

Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om »Udkast til Kommissionens meddelelse om vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser«⁽¹⁾

(2004/C 10/11)

Kommissionen besluttede den 22. januar 2003 i henhold til artikel 262 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab at høre Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om det ovennævnte emne.

Det forberedende arbejde henvistes til Den Faglige Sektion for Det Indre Marked, Produktion og Forbrug, som udpegede Bernardo Hernández Bataller til ordfører. Sektionen vedtog sin udtalelse den 3. september 2003.

Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg vedtog på sin 402. plenarforsamling af 24. og 25. september 2003, mødet den 24. september, følgende udtalelse med 90 stemmer for, 21 imod og 25 hverken for eller imod:

1. Indledning

1.1. Kommissionen har i henhold til artikel 2 i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser⁽²⁾ beføjelser til at vurdere sådanne fusioner og sammenslutninger, som er omfattet af forordningen.

1.2. Denne fællesskabsforordning er blevet suppleret med en række meddelelser fra Kommissionen om:

- Begrebet selvstændigt fungerende joint ventures⁽³⁾;
- Begrebet deltagende virksomheder⁽³⁾;
- Beregning af omsætning⁽³⁾;
- Ensartede procedurer for behandling af fusioner efter EKSF- og EF-traktaten⁽³⁾;
- Forenklet procedure for behandlingen af visse fusioner og virksomhedsovertagelser;
- Løsninger, der er acceptable for Kommissionen⁽⁴⁾;
- Begrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af fusioner og virksomhedsovertagelser⁽⁵⁾.

1.3. Til denne komplekse juridiske ramme skal føjes regulering af høringskonsulentens kompetenceområde⁽⁶⁾ samt reglerne om anmeldelser, frister og udtalelser i procedurer om fusioner og virksomhedsovertagelser⁽⁷⁾.

1.4. Efter drøftelserne i forbindelse med offentliggørelsen af grønbogen, som udvalget tidligere har afgivet udtalelse om⁽⁸⁾, og Domstolens nye retspraksis for fusioner og virksomhedsovertagelser⁽⁹⁾, har Kommissionen måttet ændre sit syn på fusioner og virksomhedsovertagelser. Den har således offentliggjort et nyt forslag til forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser⁽¹⁰⁾ samt nærværende meddelelse, der har til formål at vurdere horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser.

2. Indholdet i udkastet til meddelelse

2.1. Hensigten med udkastet til meddelelse er at opstille kriterier for vurdering af, hvordan de »horisontale fusioner«⁽¹¹⁾ påvirker konkurrencen på det relevante marked.

⁽⁶⁾ Kommissionens afgørelse af 23. maj 2001 om høringskonsulentens kompetenceområder under behandlingen af visse konkurrencesager, EFT C 162 af 19.6.2001.

⁽⁷⁾ Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 af 1. marts 1998 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, EFT L 61 af 2.3.1998.

⁽⁸⁾ EFT C 241 af 7.10.2002.

⁽⁹⁾ Blandt andet dom af 22.10.2002 (sag T-77/02) Schneider mod Kommissionen samt dom af 20.11.2002 (sag T-251/00) Lagardère SCA og Canal + SA mod Kommissionen.

⁽¹⁰⁾ Forslag til Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser [KOM(2002) 711], EFT C 20 af 28.1.2003.

⁽¹¹⁾ Herved forstås sådanne fusioner, hvor de deltagende virksomheder er aktive udbydere på det samme relevante marked eller potentielle konkurrenter på dette marked. Denne sondring samt betydningen heraf beskrives indgående i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på det horisontale samarbejde, EFT C 3 af 6.1.2001.

⁽¹⁾ EFT C 331 af 31.12.2002.

⁽²⁾ EFT L 395 af 30.12.1989, som ændret ved Rådets forordning (EØF) 1310/97 af 30. juni 1997 (EFT L 180 af 9.7.1997).

⁽³⁾ EFT C 66 af 2.3.1998.

⁽⁴⁾ EFT C 68 af 2.3.2001.

⁽⁵⁾ EFT C 188 af 4.7.2001.

2.1.1. Disse kriterier omfatter to supplerende kategorier:

- i. afgrænsning af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked. Her henvises især til markedsandelene, koncentrationsgrad og betydningen af innovation;
- ii. vurdering af fusionens konkurrencemæssige virkninger.

2.1.2. Derfor inddeles udkastet til meddelelse i følgende punkter:

- a) mulige konkurrenceskadelige virkninger af fusionen på de relevante markeder, såfremt der ikke findes faktorer, som danner modvægt hertil;
- b) sandsynligheden for, at købermagt modvirker en forøgelse af økonomisk styrke som følge af fusionen;
- c) sandsynligheden for, at tilgang af nye virksomheder gennem det konkurrencemæssige pres vil opretholde en effektiv konkurrence på de relevante markeder;
- d) sandsynligheden for, at fusionen skaber effektivitetsgevinster;
- e) betingelserne for anvendelse af nødlidende virksomhed forsvaret.

2.2. Set under ét er disse elementer dog ikke lige relevante for de horisontale fusioner. Normalt undersøges effektivitetsgevinsterne og konkursargumentet kun, hvis de anmeldende virksomheder kan påvise, at visse betingelser er opfyldt.

2.3. Der er ifølge Kommissionen hovedsagelig tre måder, hvorpå horisontale fusioner kan hæmme den effektive konkurrence betydeligt, fordi de skaber eller styrker en dominerende stilling:

- En fusion kan skabe eller styrke en overlegen markedsstilling. En virksomhed med en sådan stilling vil ofte være i stand til at forhøje priserne, uden at dens kunder og faktiske eller potentielle konkurrenter kan begrænse dens adfærd.
- En fusion kan formindske konkurrencen på et oligopolistisk marked ved at fjerne et betydeligt konkurrencepres på en eller flere udbydere, som derfor vil kunne forhøje deres priser.

- En fusion kan ændre konkurrencens art på et oligopolistisk marked, således at udbydere, der ikke samordnede deres adfærd tidligere, nu er i stand til at foretage en samordning og dermed forhøje priserne. En fusion kan også lette samordningen mellem udbydere, der allerede samordnede deres adfærd inden fusionen.

2.4. Kommissionen definerer »virksomheder med en overlegen markedsstilling« som de virksomheder, der opfylder en række forskellige kriterier. Dette gælder generelt, når de har meget høje markedsandele (over 50 %), og især i tilfælde, hvor de mindste virksomheder har langt mindre markedsandele. Kommissionen understreger dog, at andre faktorer også kan tages i betragtning for at fastlægge den fusionerede virksomheds økonomiske styrke, såsom:

- stordriftsfordele;
- privilegeret forsyningsadgang;
- et veludbygget salgs- og distributionsnet;
- adgang til vigtige faciliteter eller førende teknologier, som kan give fusionsparterne en strategisk fordel frem for deres konkurrenter;
- privilegeret adgang til særlige basismaterialer, såsom fysisk eller finansiel kapital;
- andre strategiske fordele, såsom ejendomsretten til de vigtigste varemærker, et kendt image eller et omfattende kendskab til bestemte kundepræferencer.

50 % er ikke en absolut værdi, men en indikator for, at der kan foreligge en dominerende stilling. Man har således tilladt tilfælde på 70 %, hvor konkurrence stadig var mulig, og hvor der ikke blev skabt uovervindelige barrierer for andre konkurrenters adgang til markedet: jf. sag T-114/02 af 3. april 2003. Omvendt kan anmeldelser af aftaler, hvor markedsandelen ikke overstiger 50 %, blive afvist, hvis de udgør en alvorlig risiko for konkurrencen.

2.5. Det er Kommissionens holdning, at fusioner på »oligopolistiske markeder« (oligopoler uden samordning) under visse omstændigheder kan mindske konkurrencen ved at fjerne et betydeligt konkurrencemæssigt pres på en eller flere udbydere, som derfor vil finde det rentabelt at forhøje priserne eller nedskære produktionen efter fusionen. I disse tilfælde støtter Kommissionen anvendelsen af en række mål for koncentrationsgraden på markedet, idet der sondres mellem forholdsvis homogene produkter og differentierede produkter.

2.5.1. På markeder, hvor oligopolisternes vigtigste strategiske beslutninger drejer sig om produktions- eller kapacitetsgraden, er virksomhedernes største problem, hvordan deres produktions- eller kapacitetsmæssige beslutninger påvirker priserne på markedet.

2.5.2. Der findes dog visse markeder, hvor oligopolisternes vigtigste strategiske beslutning består i prissætningen. Der kan således opstå negative virkninger for konkurrencen i de tilfælde, hvor det fusionerede selskab — fordi der ikke længere er konkurrence mellem fusionsparterne — finder det rentabelt at forhøje priserne til skade for forbrugerne. Incitamentet til at forhøje priserne er stærkt knyttet til, hvor stor en andel af afsætningstabt de enkelte fusionsparter ville forvente at få genoprettet gennem øget afsætning af den anden fusionsparts produkt.

2.6. En fusion kan ændre konkurrencens art på et oligopolistisk marked, således at udbydere, der ikke samordnede deres adfærd tidligere, nu er i stand til at foretage en samordning og dermed forhøje priserne uden at skulle indgå en aftale eller anvende en samordnet praksis, som er omfattet af EF-traktatens artikel 81.

2.6.1. Ændringen af markedstrukturen kan være af en sådan art, at udbyderne vil anse det for muligt, økonomisk rentabelt og dermed det mest tillokkende at anlægge en permanent adfærd på markedet med det formål at sælge til priser, der ligger over et konkurrencebaseret niveau.

2.7. Endelig inddrages i udkastet til meddelelse en række forhold i forbindelse med innovation, potentiel tilgang af konkurrenter til markedet, fusioner, der skaber eller forøger købermagt, strukturændringer i erhvervslivet, som anses for at tilgodese behovet for en dynamisk konkurrence samt nødlidende virksomheder.

3. Generelle bemærkninger

3.1. Udvalget tager meget positivt imod Kommissionens vedtagelse af de ovennævnte kriterier, som præciserer analyserne af en fusions indvirkning på konkurrencen. Generelt finder EØSU, at den teoretisk økonomiske tankegang bag udkastet til meddelelse er udmærket og ret ukontroversiel. EØSU mener imidlertid, at der kan gøres mere ud af vejledningen i den praktiske gennemførelse. For at rådgive virksomheder i de enkelte tilfælde bør meddelelsen komme nærmere ind på situationer, som typisk opstår i praksis, og uddybe spørgsmål såsom empirisk belæg og bevisstandard.

3.1.1. Dette vil for det første fremme forbrugernes interesser ved at give dem nye garantier for opnåelse af et gunstigt forhold mellem kvalitet og pris for produkter og tjenesteydelser. For det andet vil det anspore virksomhederne til at lægge sig mere i selen for at forbedre deres konkurrenceevne og økonomiske effektivitet.

3.1.2. Forslaget afklarer nogle aspekter af de administrative procedureregler, som Kommissionen skal følge i behandlingen af fusionsanmeldelser. Sådanne regler kan i sagens natur ikke tage højde for andre aspekter, der får betydning i forbindelse med fusioner mellem virksomheder såsom spørgsmål vedrørende beskæftigelse og industripolitik.

3.1.3. EØSU mener, at der bør tages hensyn til disse aspekter i fremtidige overnattonale lovgivningsprojekter på dette område. Eksempelvis kunne der indføres bestemmelser om arbejdsgivernes pligt til at informere de ansatte.

3.1.4. Udkastet til meddelelse uddyber nøglebegreber såsom »dominanstest«⁽¹⁾ og »betydelig begrænsning af konkurrencen«, som er fastlagt i grønbogen om revision af Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89⁽²⁾, især for så vidt angår »effektivitetsgevinster«. Denne afklaring i udkastet til meddelelse medfører ingen ændringer af Rådets forordning. Det ser ud til, at man fremover vil gå ud fra, at en virksomhed indtager en dominerende stilling, hvis den er i stand til mærkbart og vedvarende at påvirke konkurrenceparametrene. EØSU mener, at dette i høj grad udvider anvendelsesområdet og følgelig sænker tærsklen for Kommissionens indgriben. Den foreslåede definition forekommer at være overordentlig bred og upræcis. Efter EØSU's mening kan udkastet i sig selv ikke afhjælpe dette problem, som først og fremmest bør løses gennem en mere præcis definition i forordningen. For at klargøre, at der sigtes til de såkaldte ensidige virkninger af oligopolen uden samordning, kunne udkastet bare sige dette med en rimelig præcis formulering (jf. begrebet i fodnote 7 i udkastet til meddelelse). EØSU vil gerne understrege, hvor overordentlig vigtig forudseelighed er her. Usikkerhed om omfanget og indholdet af fusionsordningen har en alvorlig og uønsket afskrækkende virkning. Det modvirker ikke blot reelt skadelige fusioner, men hindrer også en legitim, nyttig og nødvendig omstrukturering.

(1) En virksomhed anses normalt for at have en dominerende stilling, når den har en økonomisk styrke, som gør, at den i sin markedsstrategi ikke behøver at tage hensyn til reaktioner fra konkurrenter, kunder i mellemliddene eller de endelige forbrugere.

(2) KOM(2001) 745 endelig. I denne forbindelse henvises også til Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked. EFT C 372 af 9.12.1997.

3.1.5. Således viderefører Kommissionen sin linie i retning af større institutionel gennemsigtighed på andre områder af dens forbindelser med privatpersoner (f.eks. gennem etablering af administrative forpligtelser ved behandling af klager over medlemsstatsers formodede overtrædelse af fællesskabsretten⁽¹⁾).

3.2. Med henblik på en mere præcis analyse af indvirkningen på konkurrencen omhandler udkastet til meddelelse udelukkende situationer, der direkte kan henføres til horisontale fusioner, idet lignende situationer, eksempelvis joint-ventures og samarbejdsaftaler mellem virksomheder⁽²⁾ lades ude af betragtning.

3.3. De kriterier, der er medtaget i udkastet til meddelelse, vil føre til mere detaljerede vurderinger. Virksomhederne skal således give mere præcise oplysninger om relevante forhold i anmeldelsen, især vedrørende den kommercielle sektor, de har specialiseret sig i. Kommissionen skal overvåge, at virksomhederne ikke pålægges for store eller unødvendige administrative byrder.

3.3.1. På denne måde styrkes retssikkerhedsprincippet, ligesom det må formodes, at man undgår tvister som dem, Domstolen i Første Instans for nylig har bilagt⁽³⁾, hvor der blev stillet spørgsmålstegn ved de vurderingskriterier, der i dag anvendes af Kommissionen⁽⁴⁾.

3.3.2. Kommissionen bør dog overveje at omdanne nogle af de begreber, kriterier, parametre og normer, som den omtaler, til lovbestemmelser i forslaget til forordning om kontrol med fusioner⁽⁵⁾ for at styrke retssikkerheden i forbindelse med vurderingen af fusioner.

4. Særlige bemærkninger

4.1. Udvalget opfordrer dog til en større indsats for at præcisere indholdet og rækkevidden af nogle af de begreber,

(1) KOM(2002) 141 endelig, EFT C 244 af 10.10.2002.

(2) Reguleret af forordningerne om gruppefritagelse inden for F&U og specialisering samt de i fodnote 2 omtalte retningslinjer.

(3) F.eks. sag T-342/99: Airtours mod Kommissionen og sag T-310/01: Schneider mod Kommissionen, som endnu ikke er offentliggjort i Samlingen af EF-Domstolens Afgørelser.

(4) Anvendelsen af de nye kriterier vil ikke påvirke Kommissionens tolerance over for horisontale fusioner. Hensigten er ikke at gøre det mere besværligt at opnå godkendelse, men derimod at foretage en tydeligere afgrænsning af de begreber, der danner grundlaget for de enkelte administrative afgørelser.

(5) KOM(2002) 711 endelig af 12.12.2002

Kommissionen anvender i udkastet til meddelelse. Her tænkes nærmere bestemt på følgende:

4.2. I punkt 11, litra a), og punkt 19 omtales »en overlegen markedsstilling« (paramount market position). Der er tale om et nyt begreb, og det forekommer vanskeligt at afgrænse dette i forhold til begrebet »dominerende stilling« (dominant position), som allerede har vundet fæste gennem Kommissionens praksis og domstolens retspraksis⁽⁶⁾, og som nævnes udtrykkeligt i stk. 20. EØSU foreslår derfor, at begrebet »overlegen markedsstilling« udgår, fordi det er juridisk upræcist. Dette vil styrke gennemsigtigheden og retssikkerheden i Kommissionens vurderinger.

4.3. Punkt 25 omhandler ligeledes et nyt begreb: »oligopoler uden samordning«. Med dette begreb synes der at blive fastlagt en særlig juridisk procedure for en situation, der minder om begrebet »dominerende stilling for en enkelt virksomhed«, som er fastlagt med udgangspunkt i Kommissionens praksis og Domstolens retspraksis⁽⁷⁾. Ved afgrænsningen af disse »oligopoler uden samordning« må det anbefales at bruge de parametre, som allerede anvendes af antitrustmyndighederne i USA, og som der på det seneste er blevet henvist til i visse afgørelser fra Kommissionen.

4.3.1. »Oligopoler uden samordning« er åbenbart kendetegnet ved, at de hverken skaber en fælles dominerende stilling eller en dominerende stilling for en enkelt virksomhed. Hvilke kriterier vil Kommissionen herefter anvende for at afgøre, om der er tale om »oligopoler uden samordning«?

4.4. I fodnote 28 og i punkt 27 omtaler Kommissionen »forholdsvis homogene produkter«, der defineres som sådanne, »hvis kunderne betragter en virksomheds produkter som tilstrækkelig gode substitutter for en anden virksomheds produkter«. Det ville være ønskeligt med en mere konkret afgrænsning af disse produkter og helst med konkrete eksempler.

4.5. Der er også behov for en nærmere præcisering af den referenceværdi, Kommissionen vil benytte ved vurdering af de enkelte fusioner. I punkt 16 omtales indekset for den samlede koncentration på markedet (det såkaldte HHI, som højst må være 1 000), og i punkt 29 den markedsandel (højst 25 %), der kan udløse konkurrencemæssige problemer for homogene produkter. Men hvad sker der, hvis parterne har en markedsandel, som ligger under 25 %, samtidig med at HHI overstiger

(6) Michelin mod Kommissionen, dom af 9.11.1983, Sml. 1983, s. 3461.

(7) DLG, dom af 15.12.1994, Sml. I-5641.

1 000? Det forekommer derfor, at et HHI på 1 000 er for lavt sat, når det erindres, at Kommissionen i andre dokumenter, herunder retningslinjer for horisontale aftaler⁽¹⁾ betegner et HHI på mellem 1 000 og 1 800 som »moderat«. Kan referenceværdien ikke hæves til et HHI på 1 300 eller 1 400? Hvis særlige forhold gør sig gældende, bør et HHI på over 1 000 og helt op til 2 000 kunne accepteres. EØSU mener således ikke, at udkastet til meddelelse klart nok siger, hvordan tærsklerne skal anvendes. I praksis er det nok heller ikke så nemt at skelne mellem differentierede og homogene markeder, idet der er forskellige gråzoner. Der bør derfor foretages en præcisering for at skabe »sikkerhedszoner« (safe-heavens) og mere generelt dækkende tærskler, hvilket bedst sker ved at tage højde for alle relevante virkninger.

4.6. Punkt 41 er også uklar, idet det anføres, at »Det er usandsynligt, at Kommissionen vil godkende en fusion«, hvis der allerede inden fusionen var tale om en samordning mellem oligopolister, medmindre dog fusionen er et middel til at bringe denne samordning til afslutning. Dette er ikke i overensstemmelse med fusionsforordningens artikel 2, stk. 3, hvori det hedder, at Kommissionen alene kan forbyde en fusion, hvis der hermed skabes eller yderligere styrkes en dominerende stilling, som i betydeligt omfang hæmmer konkurrencen.

4.7. Endelig fortjener afsnit VI, »Effektivitetsgevinster« en særlig omtale. Kort sagt kan effektivitetsgevinster være afgørende for, at en fusion bliver godkendt. Dette sker, hvis deres gavnlige indvirkning på konkurrencen gør dem acceptable. Effektivitetsgevinsterne skal bedømmes efter kriterier, som Kommissionen forud har fastlagt i et dokument eller regelsæt. Virksomhederne bør i denne forbindelse lægge særlig vægt på

(1) EFT C 66 af 2.3.1998.

fordelene for forbrugerne, som undtagelsesvis kan ses i et langsigtet perspektiv⁽²⁾ (f.eks. fordele, der følger af F&U). Langfristede fordele bør dog kun tages med i betragtning i højt specialiserede erhvervssektorer.

4.7.1. I punkt 21 omtales effektivitetsgevinster dog også som en faktor, der kan øge sandsynligheden for, at en fusion fører til større »markedsstyrke« (et begreb, som ikke afgrænses nærmere). Opfattes effektivitetsgevinster, der fører til stordriftsfordele, som en positiv faktor eller tværtimod som en styrkelse af en overlegen markedsstilling? Hvordan opnås der ligevægt mellem de positive og negative følger af effektivitetsgevinster?

4.7.2. For at undgå sådanne forvirrende situationer, må Kommissionen give konkrete og oplysende eksempler. Det skal erindres, at analysen af »effektivitetsgevinsterne« måske er den største nyhed i Kommissionens udkast til meddelelse, og at effektivitetsgevinsterne indtil for nylig kun spillede en mindre rolle i analyserne af fusionsanmeldelser til Kommissionen (se f.eks. Kommissionens afgørelse/Honeywell 2001⁽³⁾). Af hensyn til retssikkerheden bør Kommissionen udtrykkeligt præcisere i meddelelsen, at man virkelig ikke kan tale om »uretmæssige effektivitetsgevinster«.

(2) Der må udvises forsigtighed ved indførelsen af kriteriet langfristede fordele, hvilket EF-Domstolen selv er inde på i præciseringen af dens vægtning af disse fordele i Kramer retspraksis, som den redegør for i et *obiter dictum* i dommen af 12. december 2002 i sag C-281/01, hvori det bl.a. hedder: »Det omhandlede program vil sikkert på langt sigt, gennem producenterne og forbrugernes faktiske adfærd, kunne få en gunstig indvirkning på miljøet som følge af den reduktion af energiforbruget, som det vil afføde. Der er imidlertid kun tale om en indirekte indvirkning, som ligger ude i fremtiden, i modsætning til den indvirkning på handelen med kontorudstyr, som er direkte og umiddelbar.«

(3) Kommissionens afgørelse af 3. juli 2001 i sag COMP/M.2220.

Bruxelles, den 24. september 2003.

Roger BRIESCH

Formand for

Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg

BILAG

til Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse

Følgende ændringsforslag blev forkastet, men opnåede mindst en fjerdedel af de afgivne stemmer:

Punkt 3.1.3 udgår*Begrundelse*

Arbejdstagernes ret til information er reguleret i en anden ordning, og det må være op til Kommissionen at afgøre, hvorledes den skal indhente information for at kunne afgøre et anliggende. I de fleste tilfælde bør bedømmelser fra bl.a. de ansattes organisationer indgå i beslutningsgrundlaget. Det forekommer overflødigt at regulere dette i forordningen.

Indvirkningen på beskæftigelsen må aldrig i sigt selv være en begrundelse for at standse en planlagt fusion. Kun fusioner, som mærkbart hæmmer konkurrencen, bør kunne stoppes i medfør af forordningen.

Afstemmingsresultat

For: 53, imod: 78, hverken for eller imod: 10.
