

# Wijzigingen concentratiecontrole per 1 januari 2014

MR. B.A. NIJS

Met ingang van 1 januari 2014 geldt een aantal wijzigingen voor concentratiemeldingen bij de Europese Commissie. Het doel van deze wijzigingen is om de administratieve druk voor ondernemingen te verminderen. Zo komen onder andere meer transacties in aanmerking voor een vereenvoudigde procedure en dient volgens de Commissie minder informatie verstrekt te worden bij een melding, met name wanneer deze in aanmerking komt voor vereenvoudigde afhandeling. Of men in dat laatste doel geslaagd is, is echter nog maar zeer de vraag. In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste wijzigingen.

## Uitbreiding van transacties die in aanmerking komen voor een vereenvoudigde procedure

De nieuwe Mededeling betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde concentraties<sup>1</sup> (de 'Mededeling') van de Commissie is van toepassing op een groter aantal transacties. Volgens de Commissie komen nu 10% meer concentraties in aanmerking voor vereenvoudigde behandeling (een stijging van 60%-70% naar 70%-80% van alle gemelde concentraties). Dit wordt op twee manier bereikt.

Ten eerste worden de marktaandeelgrenzen verruimd. Transacties die resulteren in een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 20% (horizontale overlap) of marktaandelen van minder dan 30% wanneer partijen geen concurrenten zijn maar in een verticale relatie staan tot elkaar (verticale overlap), komen in aanmerking voor vereenvoudigde afdoening. Deze percentages waren tot 1 januari 2014 15% respectievelijk 20%.

Ten tweede wordt ook gekeken naar de toename in marktaandeel. In de nieuwe opzet komen ook concentraties in aanmerking voor vereenvoudigde behandeling die resulteren in een gezamenlijk marktaandeel van 20% tot 50%, maar waarvan de toename als gevolg van de transactie gering is: een toename van de HHI van 150<sup>2</sup>. In zijn algemeenheid betekent dit een toename van minder dan 3%; in de meeste gevallen een toename van slechts 1%-2%.

Ten slotte wordt in de nieuwe Mededeling van de Commissie duidelijk gemaakt dat bij joint ventures

voor de hiervoor genoemde marktaandeelgrenzen geen rekening hoeft te worden gehouden met overlappende activiteiten van de controlerende aandeelhouders. Dit is een aanzienlijke verbetering ten opzichte van de bestaande praktijk waarbij niet-problematische joint ventures geen gebruik konden maken van de vereenvoudigde procedure vanwege overlappende marktaandelen van aandeelhouders op andere markten dan die van de joint venture.

## Versoepeling van de procedure

Naast het verruimen van de marktaandeelgrenzen voor een vereenvoudigde procedure, heeft de Commissie ook getracht de procedure in het algemeen te versoepelen.

Het eerste wat opvalt, is dat de Commissie onderkent dat pre-notificatie niet nodig is voor concentraties zonder horizontale of verticale overlap, zie paragraaf 23 van de nieuwe Mededeling. Dit is opgenomen naar aanleiding van de consultatie van marktpartijen over het concept van de nieuwe Mededeling.<sup>3</sup> De Commissie wil voor die transacties echter nog altijd wel graag een aankondiging vooraf ontvangen in de vorm van een *case team allocation request*.

Daarnaast wordt in het Form CO op een aantal plaatsen expliciet aangegeven dat de meldende partijen kunnen vragen om ontheffing van de verplichting om de informatie te verstrekken. Dit betreft in het bijzonder: deelnemingen in andere ondernemingen, eerdere overnames, management- en marktinformatie (rapporten, analyses enzovoort),

1 Mededeling van 5 december 2013, PB C

2 [uitleg HHI]

3 Consultatie heeft plaatsgevonden van 27 maart 2013 tot 19 juni 2013. Zie [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013\\_merger\\_regulation/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_regulation/index_en.html) voor een overzicht van de reacties en de conceptstukken die ter consultatie zijn voorgelegd.

marktomvang, capaciteit, bestaande samenwerkingsovereenkomsten en brancheorganisaties.

Er zijn echter geen belangrijke vragen geschrap in de meldingsformulieren. Sommige informatie behoeft niet langer verstrekt te worden (bijvoorbeeld de contactgegevens van de leveranciers en *hard copies* van jaarverslagen indien deze op internet verkrijgbaar zijn),<sup>4</sup> maar in het algemeen leidt dit niet tot een belangrijke lastenverlichting. In tegendeel, het lijkt erop dat er in/bij het Form CO meer informatie verstrekt moet worden (zie hierna).

Voor het nieuwe Short Form CO geldt dat de definitie van ‘te behandelen markten’ (*reportable markets*) is beperkt tot de EER. Dat betekent dat voor concentraties waarbij alleen buiten de EER sprake is van horizontale of verticale overlap tussen partijen, sectie 7 van het Short Form CO (‘Informatie over markten’) niet meer behoeft te worden ingevuld. Daarvoor is wel een nieuwe sectie 8 in de plaats gekomen, waarin aangegeven moet worden wat de activiteiten van partijen zijn en waarom er geen sprake is van een ‘te behandelen markt’ in de EER.

### Verzwarende administratieve lasten?

In het persbericht van 5 december 2013<sup>5</sup> stelt de Commissie dat zij de informatie die bij een melding verstrekt moet worden heeft verminderd (*“The Commission has also reduced the amount of information required for notifying transactions in all cases, whether under the simplified procedure or not.”*). Maar zoals hiervoor al opgemerkt, geldt dat zeker niet voor alle concentratiecontrole meldingen.

### Form CO

Er is veel commentaar geweest op het concept van de nieuwe tekst in het Form CO dat de marktinformatie verstrekt moet worden voor alle plausible alternatieve relevante markten en niet alleen voor de door partijen geïdentificeerde relevante markten. Het is niet verwonderlijk dat dit op veel weerstand is gestuit in de consultatieperiode. Veel, zo niet alle, marktpartijen die hebben gereageerd, gaven aan dat dit zou leiden tot een enorme toename van de administratieve druk. De Commissie heeft hieraan gehoor gegeven, door in het Form CO aan te geven dat zij met ‘plausible alternatieve markten’ met name doelt op precedënten van de Commissie en de EU-rechter en – indien dergelijke precedënten ontbreken – markten/segmenten genoemd in brancherapporten, marktstudies en interne documenten van de aanmeldende partijen. In die zin verandert er derhalve niet veel met de bestaande praktijk. Indien partijen in het verleden een snelle beoordeling van de

melding wensten, werd – zeker wanneer zij van mening zijn dat de markt moest worden afgebakend in afwijking van eerdere beschikkingen of marktgebruiken – ook informatie verschaft voor alternatieve markten.

Opvallender is echter het verzoek van de Commissie om kwantitatieve economische data, zoals bieddata (in aanbestedingsmarkten), scanner data en/of switching data. Dit verzoek staat niet als een vraag geformuleerd in het Form CO – en kan dus niet leiden tot een incompleet verklaring van de melding – maar in de inleidende tekst (onder paragraaf 1.8) staat: *“In gevallen waarin een kwantitatieve economische analyse van de betrokken markten waarschijnlijk nuttig is, moet u een korte beschrijving geven van de gegevens die elk van de betrokken ondernemingen verzamelt en opslaat tijdens haar normale bedrijfsvoering en die voor dit soort analyse nuttig kunnen zijn.”* Dit geldt dus voor alle plausible alternatieve betrokken markten, zowel horizontaal als verticaal. Hoewel bij gecompliceerde transacties deze informatie vaak al bij de melding wordt verstrekt, is niet uitgesloten dat de Commissie dergelijke informatie nu voor een veel groter aantal meldingen zal verzoeken.

Voorts dienen meer interne documenten overgelegd te worden bij een melding. Waar een dergelijk verzoek voorheen beperkt was tot de documenten die betrekking hadden op een analyse of beoordeling van de concentratie (alleen voor gecompliceerde transacties werden meer interne documenten gevraagd), wordt nu in het algemeen ook gevraagd om notulen van vergaderingen van de Raad van Bestuur, Raad van Commissarissen en Raad van Toezicht waar de concentratie is besproken. Ook moeten analyses, rapporten en dergelijke met betrekking tot mogelijke alternatieve transacties worden verstrekt. Daarnaast dienen analyses, rapporten, studies, onderzoeken enzovoort van de voorafgaande twee jaar met betrekking tot de betrokken markten (marktaandeel, concurrentie-

### De vereenvoudigde procedure is van toepassing op een groter aantal transacties.

voorwaarden, concurrenten, potentieel voor omzetgroei of expansie naar andere productmarkten of geografische markten) verstrekt te worden. Al met al een forse uitbreiding van de interne documenten die verstrekt moeten worden, maar de Commissie geeft wel aan dat een ontheffing van het verzoek kan worden gevraagd. Deze mogelijkheid geldt echter niet voor de notulen van de raad van bestuur, raad van commissarissen en raad van toezicht.

Overigens is het betreurenswaardig dat de Commissie bij de contactgegevens nog altijd vraagt om faxnummers, aangezien faxnummers steeds minder beschikbaar c.q. relevant zijn. De Commissie benadert marktpartijen immers voornamelijk per e-mail (e-questionnaires) en per telefoon.

<sup>4</sup> De melding behoeft ook niet meer in 32-voud te worden ingediend op cd-rom. Twee cd-roms zijn in beginsel voldoende en er kan ook gevraagd worden om een ontheffing voor het indienen van papieren kopieën.

<sup>5</sup> Zie: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-1214\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1214_en.htm).

## Short Form CO

Vanaf 1 januari 2014 moeten bij een Short Form CO ook interne documenten verstrekt worden indien er sprake is van één of meerdere ‘te behandelen markten’. Het gaat dan om presentaties met betrekking tot de aangemelde concentratie en die zijn opgesteld door/voor de raad van bestuur, de raad van commissarissen, de raad van toezicht of de aandeelhoudersvergadering.

## Er zijn echter geen belangrijke vragen geschrap in de meldingsformulieren.

Daarnaast moet voor concentraties die resulteren in een marktaandeel van 20%-50%, maar met een geringe toename (de nieuwe categorie concentraties die in aanmerking kunnen komen voor een Short Form CO) uitgebreid ingegaan worden op marktomstandigheden en verkoopcijfers en marktaandelen voor de afgelopen drie jaar. Al met al gaat het Short Form CO dan toch al weer in de richting van een ‘gewoon’ Form CO. De lastenverlichting voor dit type concentraties wordt dus voor een groot deel weer teniet gedaan door de veelheid aan informatie die in het Short Form CO moet worden verstrekt.

Zoals hiervoor al aangegeven, is er ook een nieuw sectie 8 opgenomen in het Short Form CO. Voor meldingen waar geen ‘te behandelen markten’ zijn, dient vanaf nu wel opgave te worden gedaan van de activiteiten van de partijen en dient uitgelegd te worden waarom er geen sprake is van ‘te behandelen markten’.

Voor het Form RS gelden gelijkaardige opmerkingen als voor het Form CO en Short Form CO.

## Tot slot

Voorts heeft de Commissie van de gelegenheid gebruikgemaakt om een aantal nieuwe modelteksten te introduceren. Met ingang van 1 januari 2014 moet ook gebruikgemaakt worden van een modeltekst voor de volmacht en voor de omzet-informatie.<sup>6</sup>

Daarnaast zijn de modelteksten voor de afstotingsremedie en voor het mandaat van de trustee aangepast. Deze wijzigingen zijn voornamelijk tekstueel en praktisch van aard en bevatten geen ingrijpende veranderingen. Wel bevat de standaardtekst nu striktere bepalingen met betrekking tot de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie tussen de onderneming en het af te stoten onderdeel: er moeten ook maatregelen genomen worden die ervoor zorgen dat commercieel gevoelige informatie met betrekking tot het af te stoten onderdeel, die reeds in het bezit is van de onderneming, wordt vernietigd. Daarnaast is nu ook uitdrukkelijk opgenomen dat geen personeel van het af te stoten onderdeel mag worden benaderd.

Intussen werkt de Commissie aan verdere herzieningen van het concentratietoezicht. In juni 2013 heeft de Commissie voorstellen gepubliceerd om het toezicht uit te breiden tot minderheidsdeelnemingen zonder zeggenschap en om de procedure voor verwijzingen te vereenvoudigen. De consultatieperiode is inmiddels gesloten en later dit jaar zal een ‘white paper’ met betrekking tot dit voorstel worden gepubliceerd.

### Over de auteur

Mr. Barbara Nijs is advocaat NautaDutilh. Zij maakt deel uit van de redactie van MP.

6 Deze zijn te vinden op: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/regulations.html#impl\\_reg](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/regulations.html#impl_reg).