

Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen

(2004/C 31/03)

I. INLEIDING

1. Artikel 2 van Verordening nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen ⁽¹⁾ (hierna „de concentratieverordening” genoemd) bepaalt dat de Europese Commissie concentraties in de zin van de concentratieverordening moet toetsen op hun verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt. Daartoe moet de Commissie overeenkomstig artikel 2, leden 2 en 3, nagaan of een concentratie op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zou belemmeren, met name ten gevolge van het in het leven roepen of versterken van een machtspositie.

2. De Commissie moet bijgevolg rekening houden met elke significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging waartoe een concentratie vermoedelijk zal leiden. Het in het leven roepen of versterken van een machtspositie is een belangrijke vorm van een dergelijke concurrentievervalsing. In de context van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (hierna: „Verordening nr. 4064/89”) werd het begrip machtspositie als volgt gedefinieerd:

„een situatie waarin één of meer ondernemingen een economische macht bezitten die hen in de gelegenheid stelt de handhaving van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te verhinderen doordat hun de mogelijkheid wordt geboden zich in aanzienlijke mate onafhankelijk te gedragen van hun concurrenten, hun afnemers en, ten slotte, de consument” ⁽²⁾.

3. Bij de uitlegging van het begrip machtspositie in de context van Verordening nr. 4064/89 verwees het Hof van Justitie naar het feit dat deze verordening „ziet op alle concentraties van communautaire dimensie die wegens hun effect op de mededingsstructuur in de Gemeenschap onverenigbaar kunnen blijken met het door het Verdrag beoogde regime van niet-vervalste mededinging” ⁽³⁾.

4. Het feit dat een fusie een machtspositie in het leven roept of versterkt voor één bepaalde onderneming in de markt, is tot dusver de meest voorkomende reden geweest om te concluderen dat een concentratie zou leiden tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging. Daarnaast is in een oligopolistische context het begrip machtspositie eveneens toegepast op gevallen van collectieve dominantie. De verwachting is dat ook in de toekomst de meeste gevallen van onverenigbaarheid van een concentratie met de gemeenschappelijke markt gebaseerd zullen zijn op de vaststelling dat er sprake zal zijn van een machtspositie. Dat begrip geeft dan ook een belangrijke indicatie voor de norm die inzake concurrentievervalsing wordt gehanteerd bij het bepalen of een concentratie vermoedelijk de daadwerkelijke mededinging in significante mate zal verstoren, en bijgevolg ook voor de waarschijnlijkheid van een overheidsingrijpen ⁽⁴⁾. Daarom worden in deze mededeling de beleidslijnen die uit de bestaande beschikkingspraktijk kunnen worden afgeleid overgenomen

en wordt ten volle rekening gehouden met de bestaande jurisprudentie van de communautaire rechtscolleges.

5. In deze mededeling wil de Commissie toelichten hoe zij concentraties ⁽⁵⁾ beoordeelt wanneer de betrokken ondernemingen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op dezelfde relevante markt ⁽⁶⁾. Hierna zullen dit soort concentraties worden aangeduid als „horizontale fusies”. In de mededeling wordt de analytische methode uiteengezet die de Commissie volgt bij de beoordeling van horizontale fusies, maar er kan niet in detail worden ingegaan op alle mogelijke toepassingen van die werkwijze. De Commissie past de in de mededeling beschreven methode toe op de specifieke feiten en omstandigheden van elke zaak.

6. De aanwijzingen die in deze mededeling worden gegeven bouwen zowel voort op de zich ontwikkelende ervaring van de Commissie bij de toetsing van horizontale fusies aan Verordening nr. 4064/89 sinds deze op 21 september 1990 van kracht werd, als op de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen. De in de voorliggende mededeling omschreven beginselen zullen door de Commissie worden toegepast en verder worden uitgewerkt en verfijnd bij de behandeling van specifieke zaken. De Commissie kan deze mededeling van tijd tot tijd herzien om rekening te houden met toekomstige ontwikkelingen.

7. De interpretatie die de Commissie aan de concentratieverordening geeft met betrekking tot de beoordeling van horizontale fusies, loopt niet vooruit op de uitlegging die eventueel wordt gegeven door het Hof van Justitie of het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen.

II. OVERZICHT

8. Daadwerkelijke mededinging levert veel voordelen op voor consumenten, zoals lage prijzen, producten van een goede kwaliteit, een ruim aanbod aan goederen en diensten, en innovatie. Door haar controle op concentraties voorkomt de Commissie fusies die de afnemers die voordelen dreigen te ontzeggen doordat ze de marktmacht van ondernemingen significant vergroten. Onder „grotere marktmacht” wordt verstaan de mogelijkheid voor een of meer ondernemingen om op winstvergroten wijze de prijzen te verhogen, de productie te verlagen, de keuze aan producten of diensten te verkleinen, de kwaliteit van producten of diensten te verlagen, innovatie af te remmen of op andere wijze de krachtlijnen van concurrentie te beïnvloeden. In deze mededeling wordt de uitdrukking „hogere prijzen” vaak gebruikt als een korte aanduiding van deze diverse wijzen waarop een fusie kan leiden tot concurrentieschade ⁽⁷⁾. Zowel leveranciers als kopers kunnen marktmacht bezitten. Voor alle duidelijkheid wordt hier doorgaans marktmacht van een leverancier bedoeld. Wanneer het om marktmacht van een koper gaat, wordt de term „kopersmacht” of „afnemersmacht” gebruikt.

9. Bij het beoordelen van de gevolgen die een fusie heeft voor de mededinging vergelijkt de Commissie de mededingingssituatie die uit de fusie zou voortvloeien, met die welke zonder de fusie zou hebben bestaan ⁽⁸⁾. In de meeste gevallen is de bestaande mededingingssituatie het meest relevante vergelijkingspunt om de effecten van een fusie te beoordelen. In bepaalde omstandigheden kan de Commissie evenwel rekening houden met toekomstige ontwikkelingen van de markt die redelijkerwijs te voorspellen zijn ⁽⁹⁾. De Commissie kan met name rekening houden met de kans dat ondernemingen in een situatie zonder de fusie de markt zullen betreden of deze zullen verlaten, wanneer zij nagaat wat het relevante vergelijkingspunt is ⁽¹⁰⁾.
10. De beoordeling van een concentratie door de Commissie bestaat normaal gesproken uit:
- a) de bepaling van de relevante productmarkt en de relevante geografische markt,
 - b) de beoordeling van de fusie vanuit mededingingsoogpunt.
- Het belangrijkste doel van marktbeoordeling is het op systematische wijze vaststellen van de rechtstreekse concurrentiedruk waarmee de gefuseerde entiteit te maken krijgt. Aanwijzingen in dit verband zijn te vinden in de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht ⁽¹¹⁾. Diverse overwegingen die bij de afbakening van de relevante markten een rol spelen, kunnen ook van belang zijn bij het beoordelen van de fusie vanuit het oogpunt van de mededinging.
11. Deze mededeling is opgebouwd rond de volgende elementen:
- a) de benaderingswijze van de Commissie met betrekking tot marktaandeel- en concentratiedrempels (hoofdstuk III);
 - b) de kans dat een fusie concurrentieverstorende effecten heeft op de relevante markten, bij gebreke van factoren die voor tegenwicht zorgen (hoofdstuk IV);
 - c) de kans dat afnemersmacht kan functioneren als tegenwicht tegen een toename van marktmacht als gevolg van de fusie (hoofdstuk V);
 - d) de kans dat markttoetreding door nieuwe ondernemingen daadwerkelijke mededinging op de relevante markten in stand houdt (hoofdstuk VI);
 - e) de kans dat efficiëntieverbeteringen kunnen functioneren als tegenwicht tegen de schadelijke effecten die anders uit de fusie zouden kunnen voortvloeien (hoofdstuk VII);
 - f) de voorwaarden voor aanvaarding van een reddingsfusie („failing firm defence”) (hoofdstuk VIII).
12. Om de voorzienbare gevolgen ⁽¹²⁾ van een fusie voor de relevante markten te beoordelen, analyseert de Commissie de mogelijke concurrentieverstorende gevolgen ervan en de relevante factoren die voor tegenwicht zorgen, zoals afnemersmacht, de omvang van de toetredingsbarrières en de eventuele efficiëntieverbeteringen die door de partijen naar voren worden gebracht. In uitzonderlijke omstandigheden gaat de Commissie na of aan de voorwaarden voor het aanvaarden van een reddingsfusie is voldaan.

13. Gelet op de elementen bepaalt de Commissie overeenkomstig artikel 2 van de concentratieverordening of de fusie de daadwerkelijke mededinging op significante wijze belemmert, met name door het in het leven roepen of versterken van een machtspositie, en derhalve onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt moet worden verklaard. Het spreekt vanzelf dat deze factoren geen „checklist” vormen die in elk concreet geval mechanisch kan worden toegepast. De analyse van de mededingingssituatie in een concreet geval zal eerder gebaseerd zijn op een globale beoordeling van de voorzienbare gevolgen van de fusie, gelet op de relevante factoren en voorwaarden. Niet alle elementen zullen in alle gevallen relevant zijn voor elke horizontale fusie, en het zal wellicht niet steeds noodzakelijk zijn alle elementen van een zaak even grondig te onderzoeken.

III. MARKTAANDELEN EN MARKTCONCENTRATIE

14. De marktaandelen en de graad van marktconcentratie bieden bruikbare, eerste aanwijzingen voor de marktstructuur en voor het belang van zowel de fuserende partijen als hun concurrenten voor de mededinging.
15. Normaliter baseert de Commissie zich in haar analyse op de bestaande marktaandelen ⁽¹³⁾. De bestaande marktaandelen kunnen evenwel worden gecorrigeerd om rekening te houden met redelijk zekere toekomstige veranderingen, bijvoorbeeld het feit dat ondernemingen de markt zullen verlaten of betreden, of zullen uitbreiden ⁽¹⁴⁾. De marktaandelen ná de fusie worden berekend op grond van de veronderstelling dat het gecombineerde marktaandeel van de fuserende partijen na de fusie de som is van hun marktaandelen vóór de fusie ⁽¹⁵⁾. Historische gegevens kunnen worden gebruikt indien de marktaandelen aan sterke fluctuaties onderhevig zijn geweest, bijvoorbeeld wanneer de markt wordt gekenmerkt door grote, onregelmatige bestellingen. Veranderingen in historische marktaandelen kunnen nuttige informatie verschaffen over de werking van de concurrentie en, doordat bijvoorbeeld blijkt welke ondernemingen marktaandeel hebben gewonnen of verloren, over het te verwachten toekomstige belang van de verschillende concurrenten. In ieder geval interpreteert de Commissie de marktaandelen in het licht van de vermoedelijke marktomstandigheden, bijvoorbeeld indien de markt zeer dynamisch van aard is en indien de marktstructuur fluctueert als gevolg van innovatie of groei ⁽¹⁶⁾.
16. Ook uit de graad van concentratie op een markt kan nuttige informatie worden afgeleid over de concurrentiesituatie op de markt. Om de marktconcentratie te meten past de Commissie vaak de Herfindahl-Hirschman Index (HHI) ⁽¹⁷⁾ toe. De HHI wordt berekend door de som te maken van de gekwadeerde individuele marktaandelen van alle ondernemingen op de markt ⁽¹⁸⁾. De HHI verleent verhoudingsgewijs een groter gewicht aan de marktaandelen van de grotere ondernemingen. Het verdient weliswaar de voorkeur alle ondernemingen in de berekening op te nemen, maar het ontbreken van gegevens over zeer kleine ondernemingen is doorgaans niet zo belangrijk, omdat dit soort ondernemingen de hoogte van de HHI niet significant beïnvloedt. Het absolute niveau van de HHI geeft een eerste aanwijzing voor de concurrentiedruk op de markt ná de fusie; de wijziging in de HHI (meestal de „delta” genoemd) is dan weer een geschikte graadmeter voor de verandering in de concentratiegraad die rechtstreeks uit de fusie voortvloeit ⁽¹⁹⁾.

Marktaandeelniveaus

17. Volgens een vaste rechtspraak kunnen zeer grote marktaandelen — 50 % of meer — op zichzelf een voldoende bewijs vormen voor het bestaan van een machtspositie op de markt ⁽²⁰⁾. Kleinere concurrenten kunnen evenwel een voldoende sterke inperkende invloed hebben, bijvoorbeeld indien zij in staat zijn en geneigd zijn om waar mogelijk hun leveringen op te voeren. Ook een fusie waarbij het gaat om een onderneming met een marktaandeel na de fusie van minder dan 50 %, kan aanleiding geven tot bedenkingen uit concurrentieoogpunt, op grond van andere factoren zoals de sterkte van de concurrenten en hun aantal, het bestaan van capaciteitsbeperkingen of de mate waarin de producten van de fuserende partijen onderling inwisselbaar zijn. De Commissie heeft zo in meerdere gevallen geoordeeld dat fusies die resulteerden in ondernemingen met marktaandelen tussen 40 % en 50 % ⁽²¹⁾ — en in enkele gevallen minder dan 40 % ⁽²²⁾ — toch leidden tot het in het leven roepen of versterken van een machtspositie.
18. Van concentraties die, vanwege het beperkte marktaandeel van de betrokken ondernemingen, een daadwerkelijke mededinging niet kunnen belemmeren, kan worden vermoed dat zij met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn. Onverminderd de artikelen 81 en 82 van het Verdrag is een indicatie in die zin met name aanwezig wanneer het marktaandeel van de betrokken ondernemingen 25 % niet overschrijdt ⁽²³⁾, noch op de gemeenschappelijke markt, noch op een wezenlijk deel daarvan ⁽²⁴⁾.

HHI-niveaus

19. Het is onwaarschijnlijk dat de Commissie horizontale mededingingsbezwaren zal zien op een markt waar de HHI na de fusie minder dan 1 000 bedraagt. Dergelijke markten behoeven doorgaans niet grondig geanalyseerd te worden.
20. Het is evenzeer onwaarschijnlijk dat de Commissie horizontale mededingingsbezwaren zal zien in geval van een fusie met een HHI na fusie tussen 1 000 en 2 000 en een delta van minder dan 250, of in geval van een fusie met een HHI van meer dan 2 000 en een delta van minder dan 150, behalve wanneer bijzondere omstandigheden zich voordoen zoals bijvoorbeeld een of meer van de volgende situaties:
- a) een fusie waarbij een potentiële nieuwkomer of een recente nieuwkomer met een klein marktaandeel betrokken is;
 - b) een of meer van de fusiepartners zijn sterk innoverend op een wijze die niet tot uiting komt in de marktaandelen;
 - c) er bestaan significante wederzijdse participaties tussen de marktdeelnemers ⁽²⁵⁾;
 - d) een van de fuserende ondernemingen is een zeer eigenzinnige speler („buitenbeentje”) die met hoge waarschijnlijkheid gecoördineerde marktgedragingen veroorzaakt;

- e) er zijn aanwijzingen dat marktcoördinatie heeft plaatsgevonden of nog plaatsvindt, of dat er sprake is van praktijken die marktcoördinatie vergemakkelijken;
- f) een van de fusiepartners heeft reeds vóór de fusie een marktaandeel van 50 % of meer ⁽²⁶⁾.

21. Al deze HHI-niveaus kunnen, in combinatie met de betrokken delta's, een eerste aanwijzing vormen voor het feit dat er geen bezwaren zijn uit mededingingsoogpunt. Een vermoeden dat er al dan niet dergelijke bezwaren bestaan, kan er evenwel niet uit worden afgeleid.

IV. MOGELIJKE CONCURRENTIEBEPERKENDE EFFECTEN VAN HORIZONTALE FUSIES

22. Er zijn twee belangrijke manieren waarop horizontale fusies de daadwerkelijke mededinging op significante wijze kunnen belemmeren, met name door het in het leven roepen of versterken van een machtspositie:
- a) doordat zij belangrijke concurrentiedruk op één of meer ondernemingen wegnemen, hetgeen vervolgens zou leiden tot een grotere marktmacht, zonder dat daarvoor coördinatie van marktgedrag nodig is (effecten zonder marktcoördinatie/niet-gecoördineerde effecten);
 - b) doordat zij de aard van de mededinging zodanig veranderen dat ondernemingen die voorheen hun gedragingen op de markt niet coördineerden, nu in significante mate sterker geneigd zijn hun marktgedrag te coördineren en de prijzen te verhogen of de daadwerkelijke mededinging op andere wijze te belemmeren. Een fusie kan coördinatie ook eenvoudiger, stabiel en doeltreffender maken voor ondernemingen die al vóór de fusie coördineerden (effecten met marktcoördinatie/gecoördineerde effecten).
23. De Commissie onderzoekt of de door de fusie teweeggebrachte veranderingen tot deze effecten zouden leiden. Beide bovengenoemde mogelijkheden kunnen van belang zijn voor de beoordeling van een bepaalde operatie.

Effecten zonder marktcoördinatie (niet-gecoördineerde effecten) ⁽²⁷⁾

24. Een fusie kan de daadwerkelijke mededinging op een markt op significante wijze belemmeren door het wegnemen van belangrijke concurrentiedruk op één of meer aanbieders, die daardoor een grotere marktmacht verwerven. Het meest directe effect van de fusie zal het wegvallen van concurrentie zijn tussen de fuserende ondernemingen. Indien een van de fuserende ondernemingen bijvoorbeeld vóór de fusie haar prijzen had verhoogd, zou zij in zekere mate omzet hebben verloren aan de andere fuserende onderneming. Door de fusie wordt deze specifieke vorm van druk uitgeschakeld. Ook ondernemingen op dezelfde markt die niet bij de fusie betrokken zijn, kunnen profiteren van de verminderde concurrentiedruk die door de fusie ontstaat, omdat de prijsverhoging door de fuserende ondernemingen kan zorgen voor een overschakeling van een deel van de vraag naar de concurrerende ondernemingen, die het op hun beurt voordelig kunnen vinden hun prijzen te verhogen ⁽²⁸⁾. Een dergelijke vermindering van de concurrentiedruk kan leiden tot aanzienlijke prijsverhogingen op de relevante markt.

25. In het algemeen zou een fusie die dergelijke niet-gecoördineerde effecten heeft, de daadwerkelijke mededinging op significante wijze belemmeren door het in het leven roepen of versterken van een machtspositie voor één enkele onderneming, één die in de meeste gevallen na de fusie een aanmerkelijk groter marktaandeel heeft dan de eerstvolgende concurrent. Daarnaast kunnen concentraties op oligopolistische markten⁽²⁹⁾, die gepaard gaan met de uitschakeling van belangrijke concurrentiedruk die de fusierende partijen voorheen op elkaar uitoefenden en met een vermindering van de concurrentiedruk op de overige concurrenten, zelfs zonder dat coördinatie tussen de leden van het oligopolie waarschijnlijk is, eveneens leiden tot een significante belemmering van de mededinging. De concentratieverordening maakt duidelijk dat alle fusies die dergelijke effecten voortbrengen, ook onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt moeten worden verklaard⁽³⁰⁾.
26. Een aantal factoren, die op zichzelf niet noodzakelijk doorslaggevend zijn, kunnen bepalen of een fusie vermoedelijk aanleiding zal geven tot significante niet-gecoördineerde effecten. Niet al deze factoren hoeven aanwezig te zijn om te kunnen stellen dat dergelijke effecten waarschijnlijk zijn. Evenmin mag deze lijst als volledig worden beschouwd.

De fusierende ondernemingen hebben hoge marktaandelen

27. Hoe hoger het marktaandeel, hoe groter de kans dat een onderneming marktmacht bezit. En hoe groter de samenvoeging van marktaandelen, hoe groter de kans dat een fusie zal leiden tot een significante toename van marktmacht. Hoe groter de omzetbasis waarop na een prijsverhoging een hogere winstmarge kan worden toegepast, des te groter de kans dat de fusierende ondernemingen een dergelijke prijsverhoging voordelig zullen vinden ondanks de ermee gepaard gaande vermindering van de afzet. Hoewel het marktaandeel en de samengevoegde marktaandelen slechts een eerste aanwijzing geven over de marktmacht en de vergroting van de marktmacht, zijn zij doorgaans belangrijke factoren bij de beoordeling van de fusie⁽³¹⁾.

De fusierende ondernemingen zijn naaste concurrenten

28. Binnen een relevante markt kunnen de producten gedifferentieerd zijn⁽³²⁾, in die zin dat sommige producten onderling sterker inwisselbaar zijn dan andere⁽³³⁾. Hoe groter de onderlinge substitueerbaarheid tussen de producten van de fusierende ondernemingen, hoe groter de kans dat de fusierende ondernemingen hun prijzen significant zullen verhogen⁽³⁴⁾. Zo kan bijvoorbeeld een fusie tussen twee producenten die producten aanbieden die door een groot aantal afnemers als hun eerste en tweede keuze worden beschouwd, resulteren in een aanzienlijke prijsverhoging. Het feit dat de rivaliteit tussen de partijen een belangrijke bron van concurrentie was op de markt, kan bijgevolg een cruciale factor zijn in de analyse⁽³⁵⁾. Hoge winstmarges vóór de fusie⁽³⁶⁾ kunnen significante prijsverhogingen eveneens waarschijnlijker maken. De prikkel voor fusierende ondernemingen om hun prijzen te verhogen wordt beperkt gehouden wanneer concurrerende ondernemingen sterk inwisselbare producten vervaardigen dan wanneer hun producten minder inwisselbaar zijn⁽³⁷⁾. Het is dan ook minder waarschijnlijk dat een fusie de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zal belemmeren – met name door het in het leven roepen of versterken van een machtspositie – wanneer er een hoge mate van inwisselbaarheid bestaat tussen de producten van de fusierende ondernemingen en die van rivaliserende producenten.
29. Wanneer de gegevens beschikbaar zijn, kan de inwisselbaarheid worden beoordeeld aan de hand van studies

van consumentenvoorkeuren, een analyse van inkooppatronen, een raming van de kruislingse prijselasticiteiten van de betrokken producten⁽³⁸⁾ of verschuivingsratio's (*diversion ratios*)⁽³⁹⁾. Op biedmarkten kan worden gemeten of in het verleden een van de fusierende partijen zich bij het bieden heeft laten beperken door de aanwezigheid van de andere fusiepartner⁽⁴⁰⁾.

30. Op sommige markten is het voor de actieve ondernemingen betrekkelijk eenvoudig en niet al te duur om hun producten te herpositioneren of hun productassortiment uit te breiden. Met name gaat de Commissie na of de mogelijkheid van herpositionering of uitbreiding van de productlijn door de fusierende partijen of hun concurrenten een invloed kan hebben op de prikkel voor de fusieonderneming haar prijzen te verhogen. Een herpositionering van producten of een uitbreiding van de productlijn brengt echter vaak risico's en zware verzonken kosten (*sunk costs*)⁽⁴¹⁾ mee, en kan minder rendabel zijn dan de bestaande productlijn.

De afnemers hebben weinig mogelijkheden om van leverancier te veranderen

31. De afnemers van de fusierende partijen kunnen het moeilijk hebben om van leverancier te veranderen omdat er weinig alternatieve leveranciers⁽⁴²⁾ zijn of omdat daarmee aanzienlijke overschakelingskosten gemoeid zijn⁽⁴³⁾. Dergelijke afnemers zijn bijzonder kwetsbaar in geval van prijsverhogingen. De fusie kan een negatieve invloed hebben op de mogelijkheid van deze afnemers om zich tegen prijsverhogingen te beschermen. Dit zal waarschijnlijk met name het geval zijn voor afnemers die gespreid inkochten bij de twee fusierende ondernemingen als middel om concurrerende prijzen te verkrijgen. Empirische gegevens over overschakelingspatronen en reacties op prijswijzigingen in het verleden kunnen in dit verband belangrijke informatie opleveren.

De kans dat de concurrenten meer gaan leveren als de prijzen stijgen, is klein

32. Indien de marktomstandigheden van dien aard zijn dat de concurrenten van de fusierende ondernemingen vermoedelijk niet noemenswaardig meer gaan leveren wanneer de prijzen stijgen, kan dit voor de fusierende ondernemingen een prikkel vormen om hun productie te verminderen tot beneden het niveau van hun gezamenlijke omzet vóór de fusie en zo de marktprijzen te doen stijgen⁽⁴⁴⁾. De fusie vergroot de prikkel om de productie te beperken doordat zij de fusieonderneming een ruimere omzetbasis biedt waarop de hogere winstmarges die uit een prijsstijging ten gevolge van een productiebeperking voortvloeien, van toepassing zijn.
33. Wanneer de marktomstandigheden daarentegen van dien aard zijn dat concurrerende ondernemingen over voldoende capaciteit beschikken, en het voldoende verhogen van de verkoop voor hen winstvergroterend is, is de kans klein dat de Commissie tot de conclusie komt dat de fusie een machtspositie in het leven zal roepen of zal versterken, of anderszins de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zal belemmeren.
34. Een dergelijke uitbreiding van de productie is met name niet erg waarschijnlijk wanneer concurrenten te maken hebben met bindende capaciteitsbeperkingen en de uitbreiding van de capaciteit duur is⁽⁴⁵⁾, of indien de exploitatie van het bestaande capaciteitsoverschot aanzienlijk duurder is dan de exploitatie van de reeds benutte capaciteit.

35. Hoewel capaciteitsbeperkingen waarschijnlijk het belangrijkst zijn wanneer de producten betrekkelijk homogeen zijn, kunnen zij ook van belang zijn in het geval dat ondernemingen gedifferentieerde producten aanbieden.

De fusieonderneming kan de groei van concurrenten bemoeilijken

36. Sommige voorgenomen fusies zouden, indien zij werden toegestaan, de daadwerkelijke mededinging op significante wijze belemmeren doordat zij de fusieonderneming de mogelijkheid en de prikkel zouden geven om de groei van kleinere ondernemingen of potentiële concurrenten te bemoeilijken of om de concurrentiemogelijkheden van rivaliserende ondernemingen anderszins te beperken. In een dergelijk geval kan het zijn dat concurrenten individueel of gezamenlijk niet in staat zijn de fuserende ondernemingen in voldoende mate aan banden te leggen om te verhinderen dat zij haar prijzen verhoogt of andere concurrentiebeperkende maatregelen neemt. De fusieonderneming kan bijvoorbeeld een zo sterke controle of invloed hebben op de levering van grondstoffen⁽⁴⁶⁾ of op de distributiemogelijkheden⁽⁴⁷⁾ dat het voor concurrerende ondernemingen duurder wordt te groeien of de markt te betreden. Ook de controle van de fusieonderneming over octrooien⁽⁴⁸⁾ of andere soorten intellectuele-eigendomsrechten (bv. merken⁽⁴⁹⁾) kan de groei of markttoetreding van concurrenten bemoeilijken. Op markten waarop interoperabiliteit tussen verschillende infrastructuren of platforms belangrijk is⁽⁵⁰⁾, kan een fusie de fusieonderneming de mogelijkheid en de prikkel geven om de kosten van haar concurrenten te verhogen of de kwaliteit van de dienstverlening van haar concurrenten te verlagen⁽⁵¹⁾. Bij het vormen van een oordeel hierover kan de Commissie onder meer rekening houden met de financiële draagkracht van de fusieonderneming in vergelijking met die van haar concurrenten⁽⁵²⁾.

De fusie schakelt een belangrijke concurrentiefactor uit

37. Sommige ondernemingen hebben een grotere invloed op het mededingingsproces dan hun marktaandeel of soortgelijke graadmeters zouden doen vermoeden. Een fusie waarbij een dergelijke onderneming betrokken is, kan de concurrentiedynamiek op significante, concurrentiebeperkende wijze veranderen, met name wanneer de markt reeds sterk geconcentreerd is⁽⁵³⁾. Een onderneming kan bijvoorbeeld een nieuwkomer zijn, waarvan wordt verwacht dat zij in de toekomst aanzienlijke concurrentiedruk zal gaan uitoefenen op andere ondernemingen in de markt.
38. Op markten waarop innovatie een belangrijke concurrentiefactor is, kan een fusie voor de ondernemingen de mogelijkheid en de prikkel vergroten om innovaties op de markt te brengen en zo ook de concurrentiedruk op concurrenten opvoeren om op die markt te innoveren. Omgekeerd kan de daadwerkelijke concurrentie op significante wijze worden belemmerd door een fusie tussen twee belangrijke innovatoren, bijvoorbeeld tussen twee ondernemingen die voor een specifieke productmarkt producten „in de pijplijn” hebben. Zo kan ook een onderneming met een betrekkelijk klein marktaandeel toch een belangrijke concurrentiefactor zijn indien zij veelbelovende producten in de pijplijn heeft⁽⁵⁴⁾.

Effecten met marktcoördinatie (gecoördineerde effecten)

39. Op sommige markten kan de structuur van dien aard zijn dat ondernemingen het mogelijk, economisch rationeel en dus verkieslijk vinden om duurzaam één front te vormen op de markt met het doel om tegen hogere prijzen te verkopen. Een fusie op een geconcentreerde markt kan de daadwerkelijke mededinging op significante wijze belemmeren door het in het leven roepen of versterken van

een collectieve machtspositie, omdat zij de kans vergroot dat ondernemingen zo hun gedrag kunnen coördineren en de prijzen kunnen verhogen, zelfs zonder een overeenkomst te sluiten of tot onderling afgestemde feitelijke gedragingen te komen in de zin van artikel 81 van het Verdrag⁽⁵⁵⁾. Een fusie kan marktcoördinatie ook gemakkelijker, stabiel en doeltreffender maken voor ondernemingen die al vóór de fusie coördineerden, door de marktcoördinatie te verstevigen of door de ondernemingen de kans te geven om te coördineren bij nog hogere prijzen.

40. Marktcoördinatie kan diverse vormen aannemen. Op sommige markten bestaat de meest waarschijnlijke vorm van coördinatie erin dat prijzen worden gehandhaafd boven het concurrerende niveau. Op andere markten kan marktcoördinatie gericht zijn op het beperken van de productie of de omvang van de nieuwe capaciteit die op de markt wordt gebracht. Ondernemingen kunnen ook coördineren door de markt te verdelen in bijvoorbeeld geografische gebieden⁽⁵⁶⁾ of volgens andere afnemerskenmerken, of door contracten onderling te verdelen op bidmarkten.
41. De kans is groter dat marktcoördinatie opduikt op markten waar het betrekkelijk eenvoudig is om tot een verstandhouding te komen over de coördinatievoorwaarden. Daarenboven moet aan drie voorwaarden voldaan zijn om tot duurzame coördinatie te komen. Ten eerste moeten de coördinerende ondernemingen in voldoende mate kunnen controleren of de verstandhouding wordt nageleefd. Ten tweede moet er een geloofwaardig disciplineringsmechanisme zijn dat in werking kan worden gesteld wanneer afwijkend gedrag aan het licht komt. Ten derde mogen de met de coördinatie beoogde resultaten niet in gevaar kunnen worden gebracht door het optreden van buitenstaanders, zoals huidige en toekomstige concurrenten die niet aan de marktcoördinatie deelnemen, en afnemers⁽⁵⁷⁾.
42. De Commissie onderzoekt of het mogelijk zou zijn tot marktcoördinatie te komen en of de coördinatie waarschijnlijk van duurzame aard kan zijn. Daarbij houdt de Commissie rekening met de wijzigingen die de fusie teweegbrengt. De vermindering van het aantal ondernemingen op een markt kan op zichzelf een factor zijn die marktcoördinatie vergemakkelijkt. Een fusie kan de waarschijnlijkheid of de omvang van concurrentiebeperkende effecten bij coördinatie van gedragingen echter ook op andere wijzen vergroten. Zo kan er bij een fusie een onderneming betrokken zijn die als „buitenbeentje” te boek staat omdat zij al eerder onderlinge afstemming heeft verhindert of verstoord, bijvoorbeeld doordat zij de door haar concurrenten toegepaste prijsverhogingen niet volgde, of die kenmerken heeft waardoor zij geneigd is andere strategische keuzen te maken dan de concurrenten zouden willen. Indien de fusieonderneming een strategie zou volgen die overeenstemt met die van de overige concurrenten, zou het voor de overblijvende ondernemingen eenvoudiger zijn tot afstemming te komen, en zou de fusie de waarschijnlijkheid, de duurzaamheid of de doeltreffendheid van marktcoördinatie doen toenemen.
43. Bij de afweging hoe groot de kans op concurrentiebeperkende effecten met coördinatie van gedragingen is, houdt de Commissie rekening met alle beschikbare relevante informatie over de kenmerken van de betrokken markten, inclusief structurele aspecten en de eerdere gedragingen van de ondernemingen⁽⁵⁸⁾. Het feit dat er in het verleden coördinatie heeft plaatsgevonden is van belang indien de relevante kenmerken van de markt niet noemenswaardig zijn gewijzigd en waarschijnlijk in de nabije toekomst ook niet zullen veranderen⁽⁵⁹⁾. Gegevens over coördinatie op soortgelijke markten kunnen eveneens nuttige informatie zijn.

Het komen tot een verstandhouding

44. De kans is groter dat marktcoördinatie opduikt wanneer concurrenten gemakkelijk tot een gemeenschappelijke opvatting kunnen komen over hoe de coördinatie dient te verlopen. Coördinerende ondernemingen dienen in grote lijnen gelijke opvattingen te hebben over welk gedrag in overeenstemming is met de gezamenlijke gedragslijn en welk gedrag niet.
45. In de regel is het zo dat hoe minder complex en hoe stabiel de economische omgeving is, des te eenvoudiger het voor de ondernemingen is tot overeenstemming te komen over de coördinatievoorwaarden. Met een paar deelnemers is het bijvoorbeeld gemakkelijker coördineren dan met vele. Coördinatie van de prijs van één enkel, homogeen product is ook eenvoudiger dan coördinatie van honderden prijzen op een markt met veel verschillende producten. Evenzo is prijscoördinatie eenvoudiger wanneer vraag- en aanbodsituatie betrekkelijk stabiel zijn dan wanneer de situatie voortdurend aan verandering onderhevig is ⁽⁶⁰⁾. In dit verband kan een sterk fluctuerende vraag, aanzienlijke interne groei van sommige ondernemingen op de markt of een frequente toetreding van nieuwe ondernemingen tot de markt er op wijzen dat de huidige situatie niet voldoende stabiel is om coördinatie waarschijnlijk te maken ⁽⁶¹⁾. Op markten waarop innovatie belangrijk is, kan coördinatie moeilijker zijn omdat innovaties (in het bijzonder, significante innovaties) een onderneming een groot voordeel kunnen opleveren ten opzichte van haar concurrenten.
46. Coördinatie via marktverdeling zal eenvoudiger zijn wanneer afnemers eenvoudige kenmerken vertonen die de coördinerende ondernemingen in staat stellen hen gemakkelijk onder elkaar te verdelen. Dergelijke kenmerken kunnen een geografische basis hebben, gebaseerd zijn op het soort afnemer of op het enkele feit dat bepaalde afnemers vrijwel steeds kopen bij één welbepaalde onderneming. Coördinatie via marktverdeling kan vrij duidelijk zijn indien gemakkelijk kan worden vastgesteld wie van elke afnemer de leverancier is en indien de coördinatie erin bestaat dat bestaande klanten aan hun vaste leverancier worden toegewezen.
47. Coördinerende ondernemingen kunnen echter andere midde len dan marktverdeling vinden om problemen te overwinnen die voortvloeien uit complexe economische omgevingen. Zij kunnen bijvoorbeeld eenvoudige prijszetting sregels vaststellen waardoor de complexiteit van de coördinatie van een groot aantal prijzen afneemt. Een voorbeeld van een dergelijke regel is het vaststellen van een klein aantal prijspunten, hetgeen het coördinatieprobleem beperkt. Een ander voorbeeld is het leggen van een vaste relatie tussen bepaalde basisprijzen en een aantal andere prijzen, zodat deze prijzen eigenlijk parallel bewegen. Vrij beschikbare essentiële informatie, uitwisseling van informatie via beroepsorganisaties of informatie verkregen door middel van wederzijdse participaties of door het samen opzetten van gemeenschappelijke ondernemingen, kan eveneens helpen om tot coördinatieafspraken te komen. Hoe complexer de marktsituatie is, hoe meer transparantie of communicatie normaliter vereist zal zijn om tot overeenstemming te komen over de coördinatievoorwaarden.
48. Ondernemingen zullen wellicht gemakkelijker tot een verstandhouding komen over de coördinatievoorwaarden indien zij onderling vrij symmetrisch zijn ⁽⁶²⁾, met name op het stuk van kostenstructuur, marktaandeel, capaciteitsniveau of verticale integratie ⁽⁶³⁾. Structurele banden zoals wederzijdse participaties of gezamenlijke deelname aan gemeenschappelijke ondernemingen kunnen er eveneens toe bijdragen dat de coördinerende ondernemingen in dezelfde mate tot coördinatie geneigd zijn ⁽⁶⁴⁾.

Controle op afwijkend gedrag

49. Coördinerende ondernemingen verkeren vaak in de verleiding hun marktaandelen te verhogen door af te wijken van de coördinatieafspraken, bijvoorbeeld door prijzen te verlagen, geheime kortingen aan te bieden, de productkwaliteit te verbeteren, hun capaciteit uit te breiden of te proberen nieuwe afnemers aan te trekken. Alleen de geloofwaardige dreiging met een snelle en afdoende represaille weerhoudt de ondernemingen ervan afwijkend gedrag te vertonen. Markten moeten dus voldoende transparant zijn om de coördinerende ondernemingen in staat te stellen afdoende te controleren of andere ondernemingen afwijkend gedrag vertonen, en zo te weten wanneer represailles moeten worden genomen ⁽⁶⁵⁾.
50. De transparantie op de markt is vaak groter naarmate het aantal actieve marktdeelnemers geringer is. Hoe groot de transparantie is, hangt verder vaak af van de manier waarop transacties op een bepaalde markt verlopen. Zo zal de transparantie waarschijnlijk groot zijn op een markt waarop de transacties plaatsvinden op een openbare beurs of via publieke veilingen ⁽⁶⁶⁾. Omgekeerd zal de transparantie wellicht gering zijn op een markt waarop de transacties vertrouwelijk zijn en bilateraal wordt onderhandeld tussen kopers en verkopers ⁽⁶⁷⁾. Bij het beoordelen van het niveau van de transparantie op de markt, komt het er vooral op aan te bepalen wat ondernemingen kunnen afleiden uit de beschikbare informatie over het optreden van andere ondernemingen ⁽⁶⁸⁾. De coördinerende ondernemingen moeten met enige zekerheid kunnen uitmaken of onverwachte gedragingen het resultaat zijn van afwijkingen van de onderlinge verstandhouding. Zo kan het in onstabiele omgevingen bijvoorbeeld moeilijk zijn voor een onderneming te weten te komen of haar omzetverlies te wijten is aan een veralgemeende daling van de vraag dan wel aan het feit dat een concurrent bijzonder lage prijzen aanbiedt. Evenzo kan het, wanneer de totale vraag of de kosten fluctueren, moeilijk uit te maken zijn of een concurrent zijn prijzen verlaagt omdat hij verwacht dat de gecoördineerde prijzen zullen dalen, dan wel omdat hij afwijkt van een afgesproken gedragslijn.
51. Op sommige markten waar de algemene omstandigheden het moeilijk lijken te maken zicht te houden op afwijkende gedragingen, kunnen ondernemingen niettemin initiatieven nemen die tot gevolg hebben dat dergelijk inzicht wordt vereenvoudigd, ook al zijn die initiatieven niet noodzakelijk met dat doel genomen. Dergelijke initiatieven – bijvoorbeeld verkoopcondities zoals „bij-ons-de-laagste-prijs-die-u-bij-de-concurrentie-vindt” of een „meestbegunstigde afnemer”-beding, vrijwillige bekendmaking van informatie, aankondigingen of uitwisseling van informatie via beroepsorganisaties – kunnen de transparantie vergroten of concurrenten helpen de gemaakte keuzes te interpreteren. Ook wederzijdse vertegenwoordiging op directieniveau (cross-directorships), deelname aan gemeenschappelijke ondernemingen en vergelijkbare regelingen kunnen het zicht op marktgedragingen vereenvoudigen.

Disciplineringsmechanismen

52. Marktcoördinatie is niet houdbaar tenzij de gevolgen van afwijkend gedrag voldoende ernstig zijn om alle coördinerende ondernemingen ervan te overtuigen dat het in hun eigen belang is de verstandhouding na te leven. Het is dus de dreiging van een toekomstige vergelding die de coördinatie levensvatbaar houdt ⁽⁶⁹⁾. De dreiging is echter alleen geloofwaardig indien het voldoende zeker is dat, bij het aan het licht komen van afwijkend gedrag van een van de ondernemingen, een disciplineringsmechanisme ook echt in werking wordt gesteld ⁽⁷⁰⁾.

53. Bij sancties die pas na geruime tijd volgen of die niet zeker worden toegepast, is de kans kleiner dat zij afdoende zijn om op te wegen tegen de voordelen van afwijkend gedrag. Wanneer een markt bijvoorbeeld wordt gekenmerkt door incidentele, omvangrijke orders, kan het moeilijk zijn een voldoende krachtig disciplineringsmechanisme vast te stellen, aangezien de winst die afwijkend gedrag op het juiste ogenblik oplevert, wellicht groot, zeker en onmiddellijk is, terwijl het verlies dat het gevolg is van een bestraffing, wellicht gering en onzeker is, en zich pas na een zekere tijd zou laten gevoelen. De snelheid waarmee disciplineringsmechanismen kunnen worden geactiveerd, houdt verband met de transparantie. Wanneer ondernemingen alleen met een aanzienlijke vertraging de gedragingen van hun concurrenten kunnen waarnemen, zal de sanctiëring evenzeer vertraagd worden, hetgeen invloed kan hebben op de vraag of de afschrikking afdoende is.
54. De geloofwaardigheid van het disciplineringsmechanisme hangt af van de mate waarin de overige coördinerende ondernemingen een prikkel hebben om bestraffend op te treden. Sommige disciplineringsmechanismen, zoals het bestraffen van de overtreder door tijdelijk een prijzenoorlog te voeren of de productie significant op te voeren, kunnen op korte termijn ook economisch verlies meebrengen voor de ondernemingen die de sanctie toepassen. Dit neemt niet noodzakelijk de prikkel weg om op te treden, want het verlies op korte termijn zal wellicht geringer zijn dan het voordeel dat de sanctiëring op lange termijn oplevert doordat teruggekeerd naar een systeem met coördinatie.
55. De sanctiëring hoeft niet noodzakelijkerwijs plaats te vinden op dezelfde markten als die waar zich het afwijkende gedrag zich voordoet⁽⁷¹⁾. Indien de coördinerende ondernemingen commercieel met elkaar te maken hebben op andere markten, kunnen deze diverse mogelijkheden tot sanctiëring bieden⁽⁷²⁾. De sanctiëring kan verschillende vormen aannemen, waaronder het stopzetten van gemeenschappelijke ondernemingen of andere vormen van samenwerking, of de verkoop van aandelen in ondernemingen in gemeenschappelijk bezit.

Reacties van buitenstaanders

56. Wil marktcoördinatie kunnen slagen, dan mogen de van coördinatie verwachte resultaten niet in gevaar gebracht kunnen worden door de acties van niet-coördinerende ondernemingen en potentiële concurrenten, of van afnemers. Indien de coördinatie ten doel heeft de totale capaciteit op de markt te beperken, zal dit alleen de consumenten treffen wanneer niet-coördinerende ondernemingen niet in staat zijn op deze inkrimping te reageren door hun eigen capaciteit voldoende te vergroten om een netto verlies aan capaciteit te voorkomen of althans om de gecoördineerde capaciteitsinkrimping onrendabel te maken⁽⁷³⁾.
57. De gevolgen van markttoetreding en van kopersmacht bij de afnemers worden in volgende hoofdstukjes besproken. Bijzondere aandacht gaat evenwel uit naar de mogelijke impact van deze elementen op de stabiliteit van de coördinatie. Door een groot deel van zijn behoeften te betrekken bij slechts één aanbieder of door langetermijncontracten aan te bieden, kan een grote afnemer bijvoorbeeld de marktcoördinatie destabiliseren doordat hij erin slaagt een van de coördinerende ondernemingen ertoe te brengen van de afgesproken gedragslijn af te wijken om flink wat extra klandizie binnen te halen.

Fusie met een potentiële concurrent

58. Concentraties waarbij een onderneming die reeds actief is op een relevante markt fuseert met een potentiële concurrent op die markt, kunnen soortgelijke concurrentiebeperkende gevolgen hebben als fusies tussen twee ondernemingen die reeds actief zijn op dezelfde relevante markt, en dus de daadwerkelijke mededinging op significante wijze belemmeren, met name door het in het leven roepen of versterken van een machtspositie.
59. Een fusie met een potentiële concurrent kan horizontale concurrentiebeperkende effecten hebben, met of zonder coördinatie van gedragingen, indien de potentiële concurrent de gedragingen van de op de markt actieve onderneming in aanzienlijke mate intoomt. Dit is het geval wanneer de potentiële concurrent activa bezit die gemakkelijk kunnen worden gebruikt om de markt te betreden zonder daarvoor grote verzonken kosten te moeten maken. Concurrentiebeperkende effecten kunnen zich eveneens voordoen wanneer de kans groot is dat de fusiepartner de nodige kosten zal maken om de markt binnen een betrekkelijk korte periode te betreden en dat die onderneming daarna de gedragingen van de op de markt reeds actieve ondernemingen zou intomen⁽⁷⁴⁾.
60. Wil een fusie met een potentiële concurrent belangrijke concurrentiebeperkende effecten hebben, dan moet zijn voldaan aan twee basisvoorwaarden. Ten eerste moet de potentiële concurrent reeds een sterke beperkende invloed uitoefenen of moet het erg waarschijnlijk zijn dat hij zou uitgroeien tot een daadwerkelijke concurrentiekracht. Bewijzen dat een potentiële concurrent plannen heeft om op significante wijze een markt te betreden, zouden de Commissie tot die conclusie kunnen helpen komen⁽⁷⁵⁾. Ten tweede mag er geen voldoende aantal andere potentiële concurrenten zijn die voldoende concurrentiedruk kunnen handhaven⁽⁷⁶⁾.

Fusies die kopersmacht op stroomopwaartse markten in het leven roepen of versterken

61. De Commissie kan ook nagaan in hoeverre een fusieonderneming haar kopersmacht zal uitbreiden als afnemer op stroomopwaartse (upstream) markten. Aan de ene kant kan een fusie die de marktmacht van een afnemer in het leven roept of versterkt, de daadwerkelijke mededinging op significante wijze belemmeren, met name door het in het leven roepen of versterken van een machtspositie. De fusieonderneming kan dan wellicht lagere prijzen verkrijgen door haar aankoop van inputs te verminderen. Dit kan dan weer leiden tot een verlaging van het niveau van haar productie op de markt voor eindproducten, en zodoende ten koste gaan van de welvaart van de consumenten⁽⁷⁷⁾. Dit soort situaties kan zich met name voordoen wanneer de stroomopwaartse verkopersmarkt vrij versnipperd is. De mededinging op de stroomafwaartse (downstream) markten kan ook ongunstig worden beïnvloed, met name wanneer de kans groot is dat de fusieonderneming haar afnemersmacht zal gebruiken ten aanzien van haar leveranciers, om zo de markt tegen haar concurrenten af te scherpen⁽⁷⁸⁾.
62. Daarnaast is het echter ook zo dat toegenomen afnemersmacht vaak gunstig uitwerkt voor de mededinging. Wanneer toegenomen afnemersmacht de productiekosten verlaagt zonder dat de mededinging of de totale productie worden beperkt, zal een aandeel in die kostenbesparingen waarschijnlijk aan de gebruikers worden doorgegeven in de vorm van lagere prijzen.

63. Om te kunnen beoordelen of een fusie de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zou belemmeren door het in het leven roepen of versterken van afnemersmacht, moet dan ook werk worden gemaakt van een analyse van de concurrentieomstandigheden op de stroomopwaartse markten en van een inschatting van de mogelijke positieve en negatieve effecten waarnaar hierboven wordt verwezen.

V. COMPENSERENDE AFNEMERSMACHT

64. Concurrentiedruk op een leverancier wordt niet alleen uitgeoefend door de concurrenten, maar kan ook uitgaan van zijn afnemers. Zelfs ondernemingen met zeer grote marktaandelen zullen na een fusie wellicht niet in staat zijn de daadwerkelijke mededinging op significante wijze te belemmeren, en zich met name onafhankelijk op te stellen ten opzichte van hun afnemers, wanneer deze over afnemersmacht beschikken ⁽⁷⁹⁾. In deze context moet compenserende afnemersmacht worden begrepen als de sterke onderhandelingspositie van de afnemer in commerciële onderhandelingen met de verkoper, welke hij te danken heeft aan zijn omvang, zijn commerciële betekenis voor de verkoper en zijn vermogen om over te schakelen op andere leveranciers.
65. Waar nodig, gaat de Commissie na in hoeverre afnemers in een positie verkeren om tegenwicht te bieden tegen de toegenomen marktmacht waartoe een fusie anders vermoedelijk zou leiden. Eén vorm van compenserende afnemersmacht zou erin kunnen bestaan dat een afnemer op geloofwaardige wijze kan dreigen om binnen een redelijke termijn zijn toevlucht te nemen tot andere bevoorradingsbronnen indien de aanbieder zou besluiten de prijzen te verhogen ⁽⁸⁰⁾ dan wel de kwaliteit of de leveringsvoorwaarden anderszins te verslechteren. Dit zou het geval zijn wanneer de afnemer onmiddellijk kan overschakelen naar andere leveranciers ⁽⁸¹⁾, of er geloofwaardig mee kan dreigen om verticaal te integreren op de stroomopwaartse markt of om uitbreiding of toetreding op deze stroomopwaartse markt te ondersteunen ⁽⁸²⁾ (bijvoorbeeld door een potentiële toetreders te overtuigen daadwerkelijk toe te treden door toe te zeggen grote orders bij die onderneming te zullen plaatsen). Dat afnemers dit soort compenserende afnemersmacht bezitten, valt eerder te verwachten van grote en geavanceerde afnemers dan van kleinere ondernemingen in een gefragmenteerde bedrijfstak ⁽⁸³⁾. Een afnemer kan compenserende afnemersmacht ook uitoefenen door te weigeren andere producten van de leverancier te kopen of, met name in het geval van duurzame producten, aankopen uit te stellen.
66. In sommige gevallen kan het van belang zijn bijzondere aandacht te besteden aan de prikkels voor afnemers om hun afnemersmacht te gebruiken ⁽⁸⁴⁾. Zo zal bijvoorbeeld een stroomafwaartse (downstream) onderneming mogelijk niet de investering willen uitvoeren die vereist is voor het ondersteunen van nieuwe toetreding wanneer ook haar concurrenten van dergelijke toetreding de voordelen kunnen plukken in de vorm van lagere inputkosten.
67. In geen geval kan worden vastgesteld dat compenserende afnemersmacht in voldoende mate opweegt tegen de mogelijke ongunstige gevolgen van een fusie, indien ze er alleen voor zorgt dat een specifiek segment van de afnemers ⁽⁸⁵⁾, met een bijzonder sterke onderhandelingspositie, na de fusie niet te maken krijgt met aanzienlijk hogere prijzen of verslechterde voorwaarden ⁽⁸⁶⁾. Bovendien is het niet voldoende dat er afnemersmacht bestaat vóór de toetreding, hij moet ook nog ná de fusie blijven bestaan en werkzaam blijven. De reden hiervoor is dat een fusie van twee aanbieders de afnemersmacht kan reduceren wanneer daarmee een geloofwaardig alternatief wordt weggenomen.

VI. MARKTTOETREDING

68. Wanneer toetreding tot de markt voldoende vlot gaat, is de kans klein dat een fusie een significant risico voor de vrije mededinging zou vormen. Het analyseren van de toetreding is dan ook een belangrijk element in de algemene beoordeling van de concurrentieaspecten. Wil toetreding in voldoende mate concurrentiedruk op de fuserende ondernemingen kunnen leggen, dan moet worden aangetoond dat de toetreding waarschijnlijk, tijdig en in voldoende mate zal plaatsvinden om de eventuele concurrentiebeperkende gevolgen van de fusie te voorkomen of te neutraliseren.

Waarschijnlijkheid van toetreding

69. De Commissie onderzoekt of markttoetreding waarschijnlijk is en of die potentiële toetreding waarschijnlijk een remmende invloed zal hebben op het gedrag van de gevestigde marktdeelnemers na de fusie. Markttoetreding is slechts waarschijnlijk indien ze voldoende rendabel is, waarbij rekening moet worden gehouden met de prijseffecten van het op de markt brengen van extra productie en met de mogelijke reacties van de gevestigde markspelers. Toetreding is dus minder waarschijnlijk indien deze stap economisch slechts haalbaar zou zijn op grote schaal, waardoor de prijsniveaus aanzienlijk zouden dalen. En toetreding is waarschijnlijk moeilijker wanneer de gevestigde marktdeelnemers hun marktaandelen kunnen beschermen door het aanbieden van langetermijncontracten of door het geven van gerichte, vooraf aangekondigde kortingen aan de afnemers die de nieuwkomer voor zich tracht te winnen. Voorts kunnen een hoog risico op mislukking van de toetreding en de kosten daarvan markttoetreding minder waarschijnlijk maken. Hoe hoger het niveau van de verzonden kosten (sunk costs) bij toetreding, hoe hoger de kosten van een mislukte toetreding zullen oplopen ⁽⁸⁷⁾.
70. Potentiële nieuwkomers kunnen stuiten op toetredingsdrempels die bepalend zijn voor de risico's en kosten van toetreding en die dus een invloed hebben op de winstgevendheid van toetreding. Toetredingsdrempels zijn specifieke kenmerken van de markt, die de gevestigde ondernemingen een voordeel bezorgen ten opzichte van potentiële concurrenten. Zijn de toetredingsdrempels laag, dan is de kans groter dat de fuserende partijen in toom zullen worden gehouden door nieuwe toetredingen. Omgekeerd zouden, wanneer de toetredingsdrempels hoog zijn, prijsverhogingen door de fuserende ondernemingen niet noemenswaardig worden afgeremd door toetreding. Historische voorbeelden van markttoetreding en -verlating in de bedrijfstak kunnen nuttige informatie opleveren over de hoogte van de toetredingsdrempels.
71. Toetredingsdrempels kunnen verschillende vormen aannemen:
- a) Juridische bevoordeling, onder meer in de vorm van bij regelgeving vastgestelde drempels die het aantal marktdeelnemers beperken door bijvoorbeeld het aantal vergunningen te beperken ⁽⁸⁸⁾. Ook tarifaire en niet-tarifaire handelsbelemmeringen behoren tot deze categorie ⁽⁸⁹⁾.
 - b) De gevestigde ondernemingen kunnen ook technische voordelen genieten, zoals preferente toegang tot essentiële faciliteiten, natuurlijke hulpbronnen ⁽⁹⁰⁾, innovatie en O & O ⁽⁹¹⁾, of intellectuele-eigendomsrechten ⁽⁹²⁾, hetgeen het voor andere ondernemingen moeilijk maakt met succes te concurreren. In bepaalde bedrijfstakken kan het bijvoorbeeld moeilijk zijn om essentiële grondstoffen te verkrijgen, of kunnen producten of procédés beschermd zijn door octrooien. Ook andere factoren zoals schaalvoordelen, distributie- en verkoopnetwerken ⁽⁹³⁾, toegang tot de belangrijke technologieën kunnen toegangs drempels vormen.

- c) Voorts kunnen er ook toetredingsdrempels bestaan ten gevolge van de gevestigde positie van de bestaande ondernemingen op de markt. Met name kan het moeilijk zijn toegang te krijgen tot een specifieke bedrijfstak omdat ervaring of reputatie — twee elementen die mogelijk moeilijk te verwerven zijn door een nieuwkomer — noodzakelijk zijn om daadwerkelijk te concurreren. Factoren zoals consumententrouw aan een specifiek merk ⁽⁹⁴⁾, de nauwe relaties tussen leveranciers en afnemers, het belang van verkoopbevordering of reclame, of andere aan een reputatie verbonden voordelen ⁽⁹⁵⁾ zullen in dit verband in ogenschouw worden genomen. Van toetredingsdrempels kan ook sprake zijn in situaties waarin de gevestigde ondernemingen reeds hebben gezorgd voor de opbouw van een ruime overcapaciteit ⁽⁹⁶⁾, of waar de kosten voor afnemers om over te schakelen naar een nieuwe leverancier, de toetreding kunnen afremmen.
72. Bij het beoordelen van de vraag of markttoetreding al dan niet winstgevend is, moet de verwachte marktevolutie mee in rekening worden genomen. Op een markt waar voor de toekomst sterke groei wordt verwacht ⁽⁹⁷⁾, zal toetreding waarschijnlijker zijn dan op een markt die rijp is of naar verwachting zal krimpen ⁽⁹⁸⁾. Schaalvoordelen of netwerkeffecten maken dat toetreding waarschijnlijk niet winstgevend is, tenzij de toetredende onderneming een voldoende groot marktaandeel kan verwerven ⁽⁹⁹⁾.
73. Markttoetreding valt vooral te verwachten wanneer leveranciers op andere markten al beschikken over productiefaciliteiten die eventueel kunnen worden gebruikt om de betrokken markt te betreden, hetgeen de verzonken kosten van de toetreding beperkt. Hoe kleiner het verschil in winstgevendheid tussen toetreding en niet-toetreding vóór de fusie, hoe waarschijnlijker een dergelijke herbestemming van productiefaciliteiten is.
- Tijdigheid*
74. De Commissie onderzoekt of de toetreding voldoende snel en duurzaam zal zijn om de uitoefening van marktmacht te beletten of te neutraliseren. Wat daarvoor de geschikte termijn is, hangt af van de kenmerken en dynamiek van de markt, alsmede van de specifieke mogelijkheden van de potentiële toetreders ⁽¹⁰⁰⁾. Normaliter wordt toetreding echter slechts als tijdig beschouwd indien zij binnen twee jaar plaatsvindt.
- Voldoende omvang*
75. De markttoetreding moet een voldoende omvang hebben om de concurrentiebeperkende gevolgen van de fusie te voorkomen of te neutraliseren ⁽¹⁰¹⁾. Toetreding op kleine schaal, bijvoorbeeld in bepaalde „niche”-markten zal wellicht niet voldoende worden geacht.
- VII. EFFICIËNTIEVERBETERINGEN**
76. Reorganisaties binnen het bedrijfsleven in de vorm van fusies kunnen beantwoorden aan de vereisten van een dynamische mededinging en kunnen het concurrentievermogen van de industrie verbeteren, waardoor zij ook leiden tot verbetering van de voorwaarden voor de groei en verhoging van de levensstandaard in de Gemeenschap ⁽¹⁰²⁾. Het is mogelijk dat de uit de fusie voortvloeiende efficiëntieverbeteringen een tegenwicht bieden tegen de effecten op de mededinging — en in het bijzonder tegen de mogelijke schade voor de consument — die de fusie anders zou kunnen veroorzaken ⁽¹⁰³⁾. Om te kunnen beoordelen of een fusie de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zou belemmeren, met name door het in het leven roepen of versterken van een machtspositie, in de zin van artikel 2, leden 2 en 3, van de concentratieverordening, voert de Commissie een algehele doorlichting van de fusie uit mededingingsoogpunt uit. Daarbij houdt de Commissie rekening met de in artikel 2, lid 1, genoemde factoren, waaronder de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang voorzover deze in het voordeel van de consument is en geen belemmering vormt voor de mededinging ⁽¹⁰⁴⁾.
77. Bij haar algemene beoordeling van de fusie houdt de Commissie rekening met elke onderbouwde stelling dat efficiëntieverbeteringen zullen worden behaald. Zij kan besluiten dat er, dankzij de efficiëntieverbeteringen die de fusie te weegbrengt, geen reden is om de fusie overeenkomstig artikel 2, lid 3, van de concentratieverordening onverenigbaar te verklaren met de gemeenschappelijke markt. Dit is het geval wanneer de Commissie in staat is, op basis van voldoende bewijsmateriaal, te concluderen dat de door de fusie gegenereerde efficiëntieverbeteringen de mogelijkheid en de prikkel voor de fusieonderneming waarschijnlijk zullen versterken om concurrentiebevorderend op te treden ten voordele van gebruikers, en daarmee de negatieve effecten op de mededinging tegengaan die de fusie anders zou hebben veroorzaakt.
78. Wil de Commissie in haar beoordeling van de fusie rekening kunnen houden met beweerde efficiëntieverbeteringen en tot de conclusie kunnen komen dat er dankzij die efficiëntieverbeteringen geen reden is om de fusie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren, moeten de verbeteringen ten goede komen aan de verbruikers, specifiek uit de fusie voortvloeien en verifieerbaar zijn. Deze voorwaarden gelden cumulatief.
- Voordeel voor de verbruikers (consumenten)*
79. De te hanteren toetssteen bij de beoordeling van beweerde efficiëntieverbeteringen is dat de verbruikers ⁽¹⁰⁵⁾ niet slechter af mogen zijn ten gevolge van de fusie. Daarom moeten de efficiëntieverbeteringen substantieel en tijdig zijn en in beginsel de verbruikers ten goede komen op die relevante markten waar anders waarschijnlijk mededingingsproblemen zouden ontstaan.
80. Fusies kunnen verschillende soorten efficiëntieverbeteringen meebrengen, die kunnen leiden tot lagere prijzen of andere voordelen voor verbruikers. Zo kunnen kostenbesparingen in de productie of distributie de fusieonderneming bijvoorbeeld de mogelijkheid en de prikkel geven om na de fusie lagere prijzen te berekenen. In het kader van de noodzaak vast te stellen of de efficiëntieverbeteringen de verbruikers een netto voordeel opleveren, zullen kostenbesparingen die resulteren in verlagingen van variabele of marginale kosten ⁽¹⁰⁶⁾ waarschijnlijk relevanter zijn voor de beoordeling van de efficiëntieverbeteringen dan verlagingen van vaste kosten; de kans dat het eerste soort kosten resulteert in lagere prijzen voor de verbruiker is immers groter ⁽¹⁰⁷⁾. Kostenverlagingen die uitsluitend het gevolg zijn van concurrentieverstorende productiebeperkingen, kunnen niet worden beschouwd als efficiëntieverbeteringen die de verbruiker ten goede komen.
81. Verbruikers kunnen ook profijt trekken van nieuwe of verbeterde producten of diensten, bijvoorbeeld ten gevolge van efficiëntieverbeteringen op het gebied van O & O en innovatie. Een gemeenschappelijke onderneming (joint venture) die wordt opgezet om een nieuw product te ontwikkelen, kan het soort efficiëntieverbeteringen opleveren dat de Commissie in aanmerking kan nemen.

82. In het kader van concurrentiebeperkende effecten met marktcoördinatie kunnen efficiëntieverbeteringen de fusieonderneming een sterkere prikkel geven om de productie te verhogen en de prijzen te verlagen, en aldus de prikkel om haar marktgedrag af te stemmen met andere ondernemingen op de markt verkleinen. Efficiëntieverbeteringen kunnen dan ook leiden tot een beperking van het risico op concurrentiebeperkende effecten met marktcoördinatie op de betrokken markt.
83. In het algemeen kan worden gesteld dat hoe later de efficiëntieverbeteringen zich naar verwachting zullen voordoen, hoe geringer het gewicht is dat de Commissie eraan kan toekennen. Dit brengt mee dat, om te worden beschouwd als een factor die een tegenwicht vormt, de efficiëntieverbeteringen tijdig moeten plaatsvinden.
84. De prikkel voor de fusieonderneming om efficiëntieverbeteringen door te geven aan de verbruikers is vaak gerelateerd aan het bestaan van concurrentiedruk die uitgaat van de op de markt overblijvende ondernemingen en van potentiële nieuwkomers op de markt. Hoe groter de mogelijke negatieve mededingingseffecten zijn, des te meer moet de Commissie zeker zijn dat de beweerde efficiëntieverbeteringen substantieel zijn, naar alle waarschijnlijkheid tot stand zullen worden gebracht, en in voldoende mate aan de verbruikers worden doorgegeven. Het is hoogst onwaarschijnlijk dat een fusie die leidt tot een marktpositie welke die van een monopolie benadert, of tot een soortgelijk niveau van marktmacht, met de gemeenschappelijke markt verenigbaar kan worden verklaard op grond van het feit dat de efficiëntieverbeteringen de mogelijke concurrentiebeperkende gevolgen tegengaan.

Specifiek resultaat van de fusie

85. Efficiëntieverbeteringen zijn relevant voor de beoordeling van een fusie uit mededingingsoogpunt wanneer zij een direct resultaat zijn van de aangemelde fusie en niet in dezelfde mate kunnen worden bereikt met minder concurrentiebeperkende middelen. In dat geval worden de efficiëntieverbeteringen geacht door de fusie te zijn veroorzaakt en dus een specifiek resultaat van de fusie te zijn⁽¹⁰⁸⁾. Het staat aan de fuserende partijen om tijdig alle relevante informatie te verstrekken die noodzakelijk is om aan te tonen dat er voor de aangemelde fusie geen minder concurrentiebeperkende, realistische en haalbare alternatieven zijn, die toch dezelfde efficiëntieverbeteringen opleveren, of het nu gaat om alternatieven die niet het karakter van een concentratie hebben (bv. een licentieovereenkomst, of een gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een samenwerkingsverband), of alternatieven die dat karakter wel hebben (bv. een gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een concentratie, of een anders opgezette fusie). De Commissie neemt alleen alternatieven in aanmerking die, gelet op de vaste commerciële gebruiken in de sector, praktisch realiseerbaar zijn in de commerciële context waarin de fuserende partijen zich bevinden.

Verifieerbaarheid

86. Efficiëntieverbeteringen moeten verifieerbaar zijn zodat de Commissie redelijk zeker kan zijn dat de efficiëntieverbeteringen zich ook daadwerkelijk zullen voordoen, en ze moeten substantieel genoeg zijn om de potentiële schade die de fusie kan meebrengen voor de verbruikers tegen te gaan. Hoe nauwkeuriger en overtuigender de efficiëntieverbeteringen worden beschreven, hoe beter de Commissie de

beweerde verbeteringen kan beoordelen. Indien redelijkerwijs mogelijk, dienen de efficiëntieverbeteringen en het daaruit voor de verbruikers voortvloeiende voordeel te worden gekwantificeerd. Indien de noodzakelijke gegevens niet voorhanden zijn om een nauwkeurige kwantitatieve analyse te maken, moeten duidelijk aanwijsbare — niet slechts marginale — positieve gevolgen voor de verbruikers te voorzien zijn. Hoe verder in de toekomst het begin van de efficiëntieverbeteringen verwacht wordt, des te minder de Commissie in het algemeen geneigd zal zijn aan te nemen dat de efficiëntieverbeteringen daadwerkelijk tot stand zullen worden gebracht.

87. Het merendeel van de informatie op grond waarvan de Commissie kan beoordelen of de fusie het soort efficiëntieverbeteringen zal opleveren die het haar mogelijk maken een fusie goed te keuren, is uitsluitend in handen van de fuserende partijen. Het staat dan ook aan de aanmeldende partijen om tijdig alle relevante informatie te verstrekken die noodzakelijk is om aan te tonen dat de beweerde efficiëntieverbeteringen een specifiek resultaat van de fusie zijn en waarschijnlijk tot stand zullen worden gebracht. Evenzo staat het aan de aanmeldende partijen om aan te tonen in welke mate de efficiëntieverbeteringen waarschijnlijk zullen opwegen tegen mogelijke negatieve mededingingseffecten die anders uit de fusie zouden kunnen voortvloeien, en derhalve ten goede zullen komen aan de gebruikers.
88. Als bewijsmateriaal dat dienstig is voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen, zijn onder meer te beschouwen, interne documenten die door de directies werden gebruikt om tot de fusie te beslissen, verklaringen van de directies aan de eigenaars en de financiële markten over de verwachte efficiëntieverbeteringen en de voordelen voor de consument, alsmede vóór de fusie uitgevoerde studies van deskundigen over het soort en de omvang van de verwachte efficiëntieverbeteringen en over de mate waarin dat de verbruikers waarschijnlijk ten goede zal komen.

VIII. REDDINGSFUSIE (FAILING FIRM DEFENCE)

89. De Commissie kan besluiten dat een anders problematische fusie niettemin verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt indien een van de ondernemingen een bedrijf in moeilijkheden (failing firm) is. De basisvereiste is dat de verslechtering van de mededingingsstructuur die op de fusie volgt, niet kan worden beschouwd als veroorzaakt door de fusie⁽¹⁰⁹⁾. Dit zal het geval zijn wanneer de mededingingsstructuur van de markt zonder de fusie minstens in even sterke mate zou verslechteren⁽¹¹⁰⁾.
90. Voor de toepassing van een reddingsfusie (failing firm defence) acht de Commissie in het bijzonder de volgende drie criteria van belang. Ten eerste zou de beweerde in moeilijkheden verkerende onderneming, wanneer zij niet door een andere onderneming wordt overgenomen, in de nabije toekomst uit de markt moeten gaan door financiële moeilijkheden. Ten tweede mag er geen minder concurrentiebeperkend overname-alternatief bestaan dan de aangemelde fusie. Ten derde zouden de activa van de onderneming in moeilijkheden zonder een fusie onvermijdelijk van de markt verdwijnen⁽¹¹¹⁾.
91. Het staat aan de aanmeldende partijen om tijdig alle relevante informatie te verstrekken die noodzakelijk is om aan te tonen dat de verslechtering van de mededingingsstructuur die het gevolg is van de fusie, niet door de fusie wordt veroorzaakt.

- (¹) Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 (PB L 24, 29.1.2004, blz. 1).
- (²) Zie zaak T-102/96, Gencor/Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-753, punt 200. Zie het arrest in gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, Frankrijk e.a./Commissie (hierna: „de Kali en Salz-zaak”), Jurispr. 1998, blz. I-1375, punt 221. In uitzonderlijke omstandigheden kan een fusie leiden tot het in het leven roepen of versterken van een machtspositie voor een onderneming die geen partij is bij de aangemelde transactie (zie zaak IV/M.1383 — Exxon/Mobil, punten 225-229; zaak COMP/M.2434 — Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroelectrica del Cantabrico, punten 67-71).
- (³) Zie eveneens het arrest in gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, de Kali en Salz-zaak, punt 170.
- (⁴) Zie overwegingen 25 en 26 bij de concentratieverordening.
- (⁵) De in de concentratieverordening gebruikte term concentratie dekt uiteenlopende soorten operaties zoals fusies, acquisities, overnames en bepaalde soorten gemeenschappelijke ondernemingen (joint ventures). Tenzij anders aangegeven, zal in de rest van deze mededeling de term „fusie” worden gebruikt als synoniem voor „concentratie”, en zal hij dus alle bovengenoemde soorten operaties dekken.
- (⁶) Deze mededeling gaat niet over de beoordeling van de gevolgen van een fusie op de mededinging in andere markten, met inbegrip van verticale en conglomerate effecten. Evenmin gaat zij over de beoordeling van de effecten van een gemeenschappelijke onderneming als bedoeld in artikel 2, lid 4, van de concentratieverordening.
- (⁷) Onder deze term moeten ook situaties worden begrepen waarin bijvoorbeeld prijzen minder dalen, of de kans dat zij dalen geringer is dan het geval was geweest zonder de fusie, of waarin de prijzen sterker stijgen, of de kans dat zij stijgen groter is dan het geval was geweest zonder de fusie.
- (⁸) In het geval van een fusie die ten uitvoer is gelegd zonder te zijn aangemeld, zou de Commissie deze fusie naar analogie beoordelen met inachtneming van de mededingingssituatie die zou hebben bestaan zonder de ten uitvoer gelegde fusie.
- (⁹) Zie bv. Beschikking 98/526/EG in zaak IV/M.950 — Hoffmann La Roche/Boehringer Mannheim, PB L 234 van 21.8.1998, blz. 14, punt 13; zaak IV/M.1846 — Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham, punten 70-72; zaak COMP/M.2547 — Bayer/Aventis Crop Science, punten 324 e.v.
- (¹⁰) Zie bv. zaak T-102/96, Gencor/Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-753, punten 247-263.
- (¹¹) PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5.
- (¹²) Zie zaak T-102/96, Gencor/Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-753, punt 262; en zaak T-342/99, Airtours/Commissie, Jurispr. 2002, blz. II-2585, punt 280.
- (¹³) Voor de berekening van marktaandeelen, zie ook de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PB C 372 van 9.12.1997, blz. 3, punten 54-55.
- (¹⁴) Zie bv. zaak COMP/M.1806 — Astra Zeneca/Novartis, punten 150 en 415.
- (¹⁵) Indien dit relevant is, kunnen de marktaandeelen gecorrigeerd worden, in het bijzonder om rekening te houden met zeggenschapsdeelnemingen in andere ondernemingen (zie bv. zaak IV/M.1383 — Exxon/Mobil, punten 446-458; zaak COMP/M.1879 — Boeing/Hughes, punten 60-79; zaak COMP/JV 55 — Hutchison/RCPM/ECT, punten 66-75), of met andere afspraken met derden (zie bijvoorbeeld, met betrekking tot onderaannemers, Beschikking 2001/769/EG van de Commissie in zaak COMP/M.1940 — Framatome/Siemens/Cogema, PB L289 van 6.11.2001, blz. 8, punt 142).
- (¹⁶) Zie bv. zaak COMP/M.2256 — Philips/Agilent Health Care Technologies, punten 31-32, en zaak COMP/M.2609 — HP/Compaq, punt 39.
- (¹⁷) Zie bv. zaak IV/M.1365 — FCC/Vivendi, punt 40; zaak COMP/JV 55 — Hutchison/RCPM/ECT, punt 50. Indien dit nuttig is, kan de Commissie ook andere graadmeters van marktconcentratie gebruiken, zoals bijvoorbeeld concentratieratio's, die het gezamenlijke marktaandeel van een klein aantal (meestal drie of vier) leidende ondernemingen op een markt meten.
- (¹⁸) Om een voorbeeld te geven: een markt met vijf ondernemingen met marktaandeelen van, onderscheidenlijk, 40 %, 20 %, 15 %, 15 %, en 10 %, heeft een HHI van 2 550 ($40^2 + 20^2 + 15^2 + 15^2 + 10^2 = 2 550$). Een HHI kan variëren van bijna nul (in een sterk versplinterde markt) tot 10 000 (in het geval van een zuiver monopolie).
- (¹⁹) De toename van de concentratiegraad die met de HHI wordt gemeten, kan — onafhankelijk van de algemene marktconcentratie — berekend worden door het product van de marktaandeelen van de fuserende ondernemingen te verdubbelen. Zo zou bijvoorbeeld een fusie van twee ondernemingen met een marktaandeel van, onderscheidenlijk, 30 % en 15 % de HHI met 900 doen stijgen ($30 \times 15 \times 2 = 900$). De verklaring voor deze methode is als volgt: vóór de fusie was de HHI de som van de gekwadrateerde marktaandeelen van elk van de fuserende ondernemingen afzonderlijk: $(a)^2 + (b)^2$. Ná de fusie is de HHI het kwadraat van hun som: $(a + b)^2$, wat gelijk is aan $(a)^2 + (b)^2 + 2ab$. De stijging van de HHI is dus $2ab$.
- (²⁰) Zie het arrest in zaak T-221/95, Endemol/Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-1299, punt 134, en het arrest in zaak T-102/96, Gencor/Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-753, punt 205. Een andere vraag is of een machtspositie in het leven is geroepen of is versterkt ten gevolge van de fusie.
- (²¹) Zie bv. zaak COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, punten 48-50.
- (²²) Zie bv. Beschikking 1999/674/EG van de Commissie in zaak IV/M.1221 — Rewe/Meinl, PB L 274 van 23.10.1999, blz. 1, punten 98-114; zaak COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, punten 44-47.
- (²³) Voor de berekening van marktaandeelen is de marktomschrijving van cruciaal belang. Het moge duidelijk zijn dat de Commissie niet noodzakelijk de door de partijen voorgestelde marktomschrijving aanvaardt.
- (²⁴) Zie overweging 32 bij de concentratieverordening. Die indicatie is echter niet toepasbaar in gevallen waarin de voorgenomen concentratie een collectieve machtspositie in het leven roept of versterkt, waarbij naast de „betrokken ondernemingen” ook andere derden betrokken zijn (zie het arrest in de gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, de Kali en Salz-zaak, Jurispr. 1998, blz. I-1375, punten 171 e.v.; en zaak T-102/96, Gencor/Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-753, punten 134 e.v.).
- (²⁵) Op markten met veel wederzijdse participaties of gemeenschappelijke ondernemingen kan de Commissie een aangepaste HHI toepassen, die rekening houdt met dergelijke wederzijdse participaties (zie bv. zaak IV/M.1383 — Exxon/Mobil, punt 256).

- (²⁶) Zie supra punt 17.
- (²⁷) Vaak ook „unilaterale” effecten genoemd.
- (²⁸) Dergelijke verwachte reacties van de concurrenten kunnen een relevante factor zijn die een invloed heeft op de geneigdheid van de fusieonderneming om de prijzen te verhogen.
- (²⁹) Van een oligopolistische markt is sprake bij een marktstructuur met een beperkt aantal vrij grote ondernemingen. Omdat de gedragingen van één onderneming een aanmerkelijke impact hebben op de algemene marktsituatie — en dus indirect op de situatie van elk van de overige ondernemingen — verkeren oligopolistische ondernemingen in een onderling afhankelijke positie.
- (³⁰) Zie overweging 25 bij de concentratieverordening.
- (³¹) Zie met name de punten 17 en 18.
- (³²) Producten kunnen op verschillende manieren gedifferentieerd zijn. Differentiatie kan bijvoorbeeld geografisch zijn, op basis van de locatie van de filialen of de winkels; zo is de locatie bijvoorbeeld van belang voor de detailhandel, banken, reisbureaus of benzinepompen. Differentiatie kan ook gebaseerd zijn op merkimago, technische specificaties, kwaliteit of niveau van de dienstverlening. De hoeveelheid reclame die op een markt wordt gemaakt kan een aanwijzing zijn van de inspanningen van de ondernemingen om hun producten te differentiëren. Voor andere producten kunnen afnemers te maken krijgen met overschakelingskosten wanneer zij een product van een concurrent willen gaan gebruiken.
- (³³) Voor de bepaling van de relevante markt, zie de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, die reeds werd aangehaald.
- (³⁴) Zie bijvoorbeeld zaak COMP/M.2817 — Barilla/BPS/Kamps, punt 34; Beschikking 2001/403/EG in zaak COMP/M.1672 — Volvo/Scania, PB L 143 van 29.5.2001, blz. 74, punt 107-148.
- (³⁵) Zie bv. Beschikking 94/893/EG in zaak IV/M.430 — Procter & Gamble/VP Schickedanz (II), PB L 354 van 31.12.1994, blz. 32, en het arrest in zaak T-290/94, Kayserberg/Commissie, Jurispr. 1997, blz. II-2137, punt 153; Beschikking 97/610/EG van de Commissie in zaak IV/M.774 — Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, PB L 247 van 10.9.1997, blz. 1, punt 179; Beschikking 2002/156/EG van de Commissie in zaak COMP/M.2097 — SCA/Metsä Tissue, PB L 57 van 27.2.2002, blz. 1, punten 94-108; arrest in zaak T-310/01, Schneider/Commissie, Jurispr. 2002, blz. II-4071, punt 418.
- (³⁶) De relevante winstmarge (m) is normaal gesproken het verschil tussen de prijs (p) en de marginale kosten (c) voor het leveren van één extra eenheid product, uitgedrukt als een percentage van de prijs ($m = (p-c)/p$).
- (³⁷) Zie bv. zaak IV/M.1980 — Volvo/Renault VI, punt 34; zaak COMP/M.2256 — Philips Agilent/Health Care Solutions, punten 33-35; zaak COMP/M.2537 — Philips/Marconi Medical Systems, punten 31-34.
- (³⁸) Met de kruislingse prijselasticiteit van de vraag wordt gemeten in hoeverre — in een voorts ongewijzigde situatie — de omvang van de vraag naar een product verandert als gevolg van een verandering in de prijs van een ander product. Met de eigen-prijselasticiteit wordt gemeten in hoeverre de vraag naar een product verandert als gevolg van een verandering in de prijs van het betrokken product.
- (³⁹) Met de verschuivingsratio van product A ten opzichte van product B wordt gemeten welk deel van de omzet van product A die verloren gaat bij een prijsverhoging van A wordt opgepikt door product B.
- (⁴⁰) Beschikking 97/816/EG van de Commissie in zaak IV/M.877 — Boeing/McDonnell Douglas, PB L 336 van 8.12.1997, blz. 16, punt 58 e.v.; zaak COMP/M.3083 — GE/Instrumentarium, punten 125 e.v.
- (⁴¹) Verzonken kosten zijn kosten die niet gerecupereerd kunnen worden wanneer men de markt verlaat.
- (⁴²) Zie bv. Beschikking 2002/156/EG van de Commissie in zaak IV/M.877 — Boeing/McDonnell Douglas, PB L 336 van 8.12.1997, blz. 16, punt 70.
- (⁴³) Zie bv. zaak IV/M.986 — Agfa Gevaert/DuPont, PB L 211 van 29.7.1998, blz. 22, punten 63-71.
- (⁴⁴) Zie bv. zaak COMP/M.2187 — CVC/Lenzing, punten 162-170.
- (⁴⁵) Bij het analyseren van de eventuele capaciteitsuitbreiding bij concurrenten houdt de Commissie rekening met soortgelijke factoren als die welke in deel VI over markttoetreding worden beschreven. Zie bv. zaak COMP/M.2187 — CVC/Lenzing, punten 162-173.
- (⁴⁶) Zie bv. het arrest in zaak T-221/95, Endemol/Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-1299, punt 167.
- (⁴⁷) Zie bv. het arrest in zaak T-22/97, Kesko/Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-3775, punten 141 e.v.
- (⁴⁸) Zie bv. Beschikking 2001/684/EG van de Commissie in zaak COMP/M.1671 — Dow Chemical/Union Carbide, PB L 245 van 14.9.2001, blz. 1, punten 107-114.
- (⁴⁹) Zie bv. Beschikking 96/435/EG van de Commissie in zaak IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott, PB L 183 van 23.7.1996, blz. 1; en zaak T-114/2002, Babyliß SA/Commissie („Seb/Moulinex”), Jurispr. 2003, blz. II-000, punten 343 e.v.
- (⁵⁰) Dit is bijvoorbeeld het geval in sectoren die van een netwerk gebruik maken, zoals de energie-, telecomunicatie- en andere communicatie-sectoren.
- (⁵¹) Beschikking 99/287/EG van de Commissie in zaak IV/M.1069 — Worldcom/MCI, PB L 116 van 4.5.1999, blz. 1, punten 117 e.v.; zaak IV/M.1741 — MCI Worldcom/Sprint, punten 145 e.v.; zaak IV/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, punten 44 e.v.
- (⁵²) Zie het arrest in zaak T-156/98, RJB Mining/Commissie, Jurispr. 2001, blz. II-337.
- (⁵³) Beschikking 2002/156/EG van de Commissie in zaak IV/M.877 — Boeing/McDonnell Douglas, PB L 336 van 8.12.1997, blz. 16, punt 58; zaak COMP/M.2568 — Haniel/Ytong, punt 126.
- (⁵⁴) Voor een voorbeeld van een onderneming die partij is bij een fusie en die producten in de pijplijn heeft die waarschijnlijk een concurrentiedreiging gaan vormen voor de bestaande of in ontwikkeling zijnde producten van haar fusiepartner, zie zaak IV/M.1846 — Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham, punt 188.
- (⁵⁵) Zie zaak T-102/96, Gencor/Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-753, punt 277; Zie het arrest in zaak T-342/99, Airtours/Commissie, Jurispr. 2002, blz. II-2585, punt 61.
- (⁵⁶) Dit kan het geval zijn wanneer de oligopolistische marktdeelnemers hun verkopen om historische redenen op verschillende gebieden hebben geconcentreerd.

- (⁵⁷) Zie het arrest in zaak T-342/99, *Airtours/Commissie*, Jurispr. 2002, blz. II-2585, punt 62.
- (⁵⁸) Zie Beschikking 92/553/EG van de Commissie in zaak IV/M.190 — *Nestlé/Perrier*, PB L 356 van 5.12.1992, blz. 1, punten 117-118.
- (⁵⁹) Zie bv. zaak IV/M.580 — *ABB/Daimler-Benz*, punt 95.
- (⁶⁰) Zie bv. Beschikking 2002/156/EG van de Commissie in zaak COMP/M.2097 — *SCA/Metsä Tissue*, PB L 57 van 27.2.2002, blz. 1, punt 148.
- (⁶¹) Zie bv. zaak IV/M.1298 — *Kodak/Imation*, punt 60.
- (⁶²) Zie zaak T-102/96, *Gencor/Commissie*, Jurispr. 1999, blz. II-753, punt 222; Beschikking 92/553/EG van de Commissie in zaak IV/M.190 — *Nestlé/Perrier*, PB L 356 van 5.12.1992, blz. 1, punten 63-123.
- (⁶³) Voor de beoordeling of een fusie al dan niet de symmetrie van de diverse op de markt aanwezige ondernemingen kan vergroten, kunnen efficiëntieverbeteringen belangrijke aanwijzingen vormen (zie ook punt 82 van deze mededeling).
- (⁶⁴) Zie bv. Beschikking 2001/519/EG van de Commissie in zaak COMP/M.1673 — *VEBA/VIAG*, PB L 188 van 10.7.2001, blz. 1, punt 226; zaak COMP/M.2567 — *Nordbanken/Postgirot*, punt 54.
- (⁶⁵) Zie bv. zaak COMP/M.2389 — *Shell/DEA*, punten 112 e.v.; en zaak COMP/M.2533 — *BP/E.ON*, punten 102 e.v.
- (⁶⁶) Zie ook Beschikking 2000/42/EG van de Commissie in zaak IV/M.1313 — *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, PB L 20 van 25.1.2000, blz. 1, punten 176-179.
- (⁶⁷) Zie bv. zaak COMP/M.2640 — *Nestlé/Schöller*, punt 37; Beschikking 1999/641/EG in zaak IV/M.1225 — *Enso/Stora*, PB L 254 van 29.9.1999, blz. 9, punten 67-68.
- (⁶⁸) Zie bv. zaak IV/M.1939 — *Rexam(PLM)/American National Can*, punt 24.
- (⁶⁹) Zie zaak COMP/M.2389 — *Shell/DEA*, punt 121; en zaak COMP/M.2533 — *BP/E.ON*, punt 111.
- (⁷⁰) Ook al worden disciplineringsmechanismen soms „bestraffingsmechanismen” of „afschrikkingsmechanismen” genoemd, toch hoeft dit niet te worden geïnterpreteerd als zou een dergelijk mechanisme noodzakelijkerwijs een onderneming die afwijkend gedrag vertoonde individueel bestraffen. De verwachting dat de marktcoördinatie voor een bepaalde tijd uiteenvalt indien iemand afwijkend marktgedrag vertoont, vormt wellicht op zich al een afdoende disciplineringsmechanisme.
- (⁷¹) Zie bv. Beschikking 2000/42/EG van de Commissie in zaak IV/M.1313 — *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, PB L 20 van 25.1.2000, blz. 1, punt 177.
- (⁷²) Zie zaak T-102/96, *Gencor/Commissie*, Jurispr. 1999, blz. II-753, punt 281.
- (⁷³) Deze factoren worden op soortgelijke wijze geanalyseerd als bij concurrentiebeperkende effecten zonder marktcoördinatie.
- (⁷⁴) Zie bv. zaak IV/M.1630 — *Air Liquide/BOC*, punten 201 e.v. Voor een voorbeeld van een zaak waarin markttoetreding door de andere fuserende onderneming op korte tot middellange termijn niet voldoende waarschijnlijk was, zie zaak T-158/00, *ARD/Commissie*, Jurispr. 2003, blz. II-000, punten 115-127).
- (⁷⁵) Beschikking 2001/98/EG van de Commissie in zaak IV/M.1439 — *Telia/Telenor*, PB L 40 van 9.2.2001, blz. 1, punten 330-331; en zaak IV/M.1681 — *Akzo Nobel/Hoechst Roussel Vet*, overweging 64.
- (⁷⁶) Zaak IV/M.1630 — *Air Liquide/BOC*, punt 219; Beschikking 2002/164/EG in zaak COMP/M.1853 — *EDF/EnBW*, PB L 59 van 28.2.2002, blz. 1, punten 54-64.
- (⁷⁷) Zie Beschikking 1999/674/EG van de Commissie in zaak IV/M.1221 — *Rewe/Meinl*, PB L 274 van 23.10.1999, blz. 1, punten 71-74.
- (⁷⁸) Zie zaak T-22/97, *Kesko/Commissie*, Jurispr. 1999, blz. II-3775, punt 157; Beschikking 2002/156/EG van de Commissie in zaak IV/M.877 — *Boeing/McDonnell Douglas*, OJ L 336 van 8.12.1997, blz. 16, punten 105-108.
- (⁷⁹) Zie bv. de beschikking in zaak IV/M.1882 — *Pirelli/BICC*, punten 73-80.
- (⁸⁰) Zie bv. zaak IV/M.1245 — *Valeo/ITT Industries*, punt 26.
- (⁸¹) Zelfs een klein aantal afnemers zal wellicht niet voldoende afnemersmacht hebben indien zij in hoge mate „vast zitten” vanwege de hoge overschakelingskosten (zie zaak COMP/M.2187 — *CVC/Lenzing*, punt 223).
- (⁸²) Beschikking 1999/641/EG in zaak IV/M.1225 — *Enso/Stora*, PB L 254 van 29.9.1999, blz. 9, punten 89-91.
- (⁸³) Het kan ook nodig zijn de marktconcentratie aan de afnemerszijde te vergelijken met de marktconcentratie aan de aanbodzijde (Zaak COMP/JV 55 — *Hutchison/RCPM/ECT*, punt 119, en Beschikking 1999/641/EG van de Commissie in zaak IV/M.1225 — *Enso/Stora*, OJ L 254 van 29.9.1999, blz. 9, punt 97).
- (⁸⁴) Zaak COMP/JV 55 — *Hutchison/RCPM/ECT*, punten 129-130.
- (⁸⁵) Zie Beschikking 2002/156/EG van de Commissie in zaak COMP/M.2097 — *SCA/Metsä Tissue*, PB L 57 van 27.2.2002, punt 88. Prijsdiscriminatie tussen verschillende categorieën afnemers kan in sommige gevallen relevant zijn in het kader van de bepaling van de markt (zie de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt, reeds geciteerd, punt 43).
- (⁸⁶) Bijgevolg kan de Commissie beoordelen of de diverse afnemers compenserende afnemersmacht zullen hebben (zie bv. Beschikking 1999/641/EG van de Commissie in zaak IV/M.1225 — *Enso/Stora*, PB L 254 van 29.9.1999, blz. 9, punten 84-97).
- (⁸⁷) Beschikking 97/610/EG van de Commissie in zaak IV/M.774 — *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, PB L 247 van 10.9.1997, blz. 1, punt 184.
- (⁸⁸) Zaak IV/M.1430 — *Vodafone/Airtouch*, punt 27; Zaak IV/M.2016 — *France Télécom/Orange*, punt 33.
- (⁸⁹) Beschikking 2002/174/EG van de Commissie in zaak COMP/M.1693 — *Alcoa/Reynolds*, L 58 van 28.2.2002, punt 87.
- (⁹⁰) Beschikking 95/335/EG van de Commissie in zaak IV/M.754 — *Anglo American Corp./Lonrho*, PB L 149 van 20.5.1998, blz. 21, punten 118-119.
- (⁹¹) Beschikking 97/610/EG van de Commissie in zaak IV/M.774 — *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, PB L 247 van 10.9.1997, blz. 1, punten 184-187.
- (⁹²) Beschikking 94/811/EG van de Commissie in zaak IV/M. 269 — *Shell/Montecatini*, PB L 332 van 28.2.1994, blz. 48, punt 32.

- (⁹³) Beschikking 98/327/EG van de Commissie in zaak IV/M. 833 — The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S, PB L 145 van 15.5.1998, blz. 41, punt 74.
- (⁹⁴) Beschikking 98/327/EG van de Commissie in zaak IV/M.833 — The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S, PB L 145 van 15.5.1998, blz. 41, punten 72-73.
- (⁹⁵) Beschikking 2002/156/EG van de Commissie in zaak COMP/M.2097 — SCA/Metsä Tissue, PB L 57 van 27.2.2002, blz. 1, punten 83-84.
- (⁹⁶) Beschikking 2001/432/EG van de Commissie in zaak COMP/M.1813 — Industri Kapital Nordkem/Dyno, PB L 154 van 9.6.2001, blz. 41, punt 100.
- (⁹⁷) Zie bv. Beschikking 98/475/EG van de Commissie in zaak IV/M.986 — Agfa-Gevaert/Dupont, PB L 211 van 29.7.1998, blz. 22, punten 84-85.
- (⁹⁸) Zie zaak T-102/96, Gencor/Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-753, punt 237.
- (⁹⁹) Zie bv. Beschikking 2000/718/EG van de Commissie in zaak IV/M.1578 — Sanitec/Sphinx, PB L 294 van 22.11.2000, blz. 1, punt 114.
- (¹⁰⁰) Zie bv. Beschikking 2002/174/EG van de Commissie in zaak COMP/M.1693 — Alcoa/Reynolds, L 58 van 28.2.2002, punten 31-32 en 38.
- (¹⁰¹) Beschikking 91/535/EEG van de Commissie in zaak IV/M.68 — Tetra Pak/Alfa Laval, PB L 290 van 22.10.1991, blz. 35, punt 3.4.
- (¹⁰²) Zie overweging 4 bij de concentratieverordening.
- (¹⁰³) Zie overweging 29 bij de concentratieverordening.
- (¹⁰⁴) Zie artikel 2, lid 1, onder b), van de concentratieverordening.
- (¹⁰⁵) Volgens artikel 2, lid 1, onder b), omvat het begrip „verbruikers” zowel tussen- als eindverbruikers (consumenten), d.w.z. de gebruikers van de producten waarop de fusie betrekking heeft. Verbruikers in de zin van deze bepaling zijn met andere woorden de — potentiële en/of daadwerkelijke — afnemers van de fuserende ondernemingen.
- (¹⁰⁶) Variabele kosten zijn de kosten die in de relevante periode variëren naargelang van het niveau van de productie of de omzet. Marginale kosten zijn de kosten die voortvloeien uit een verdere verhoging van de productie of de omzet.
- (¹⁰⁷) Over het algemeen wordt aan besparingen in de vaste kosten niet hetzelfde belang gehecht, aangezien de relatie tussen vaste kosten en consumentenprijs meestal minder direct is, althans op korte termijn.
- (¹⁰⁸) In overeenstemming met het algemene beginsel dat in punt 9 van deze mededeling is neergelegd.
- (¹⁰⁹) Zie het arrest in gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, de Kali en Salz-zaak, punt 110.
- (¹¹⁰) Zie het arrest in gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, de Kali en Salz-zaak, punt 114. Zie ook Beschikking 2002/365/EG van de Commissie in zaak COMP/M.2314 — BASF/Pantochim/Eurodiol, PB L 132 van 17.5.2002, blz. 45, punten 157-160. Dit vereiste hangt samen met het algemene beginsel dat in punt 9 van deze mededeling is neergelegd.
- (¹¹¹) De onvermijdelijkheid van het verdwijnen van de activa van de onderneming in moeilijkheden van de betrokken markt kan, met name bij een tot monopolievorming leidende fusie, ten grondslag liggen aan de conclusie dat het marktaandeel van de onderneming in moeilijkheden hoe dan ook in elk geval door de andere fusiepartner zou worden opgeslorpt. Zie het arrest in gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, de Kali en Salz-zaak, punten 115-116.
-