



KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER

Bruxelles, den 11.12.2001
KOM(2001) 745 endelig

GRØNBOG

om revision af Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89

(fremlagt af Kommissionen)

INDHOLDSFORTEGNELSE

GRØNBOG om revision af Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89	1
GRØNBOG om revision af Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89	4
RESUMÉ.....	4
I. INDLEDNING.....	6
II. JURISDIKTIONSSPØRGSMÅL	8
A. Fællesskabsdimension.....	10
1. Baggrund.....	10
2. Resume af de spørgsmål, der rejser sig.....	10
3. Vurdering af de forskellige muligheder for ændring af artikel 1, stk. 3	11
a) Ændringer i de fem grundkriterier i artikel 1, stk. 3, kan ikke ventes at føre til nogen større forbedring.....	12
b) Ingen ændring af artikel 22 kan ventes at føre til nogen større forbedring (og ville kræve en harmonisering af national lovgivning).	15
c) Automatisk EU-kompetence i sager, der ellers skulle anmeldes til flere myndigheder	16
d) Konklusion angående mulighederne for ændring af artikel 1, stk. 3	17
4. Sagernes fordeling i et udvidet EU – i et langsigtet perspektiv	18
B. Henvisning af sager til medlemsstaterne efter artikel 9.....	19
1. Baggrund.....	19
2. Problemerne	19
3. Mulige løsninger	21
a) Mere enkle kriterier for henvisning af en sag	21
b) Henvisning af sager på Kommissionens initiativ :.....	22
c) Tidsfrister	22
C. Fælles henvisninger til Kommissionen efter artikel 22, stk. 3.....	22
1. proceduremæssige svagheder ved artikel 22, stk. 3	23
2. Operationelle svagheder ved artikel 22, stk. 3	25
3. Konklusion angående artikel 22, stk. 3	25
D. Fusionsbegrebet: relevante spørgsmål	26
1. Minoritetsinteresser.....	27

2.	Strategiske alliancer	28
3.	Artikel 2, stk. 4.....	28
4.	Delvist selvstændigt fungerende produktions-joint ventures.....	29
5.	Flere transaktioner.....	30
6.	Venturekapitalinvesteringer – artikel 3, stk. 5	33
7.	Konvergens mellem “kontrol” og “koncern”	35
8.	Sammenfattende konklusion	36
III.	MATERIELLE SPØRGSMÅL.....	37
A.	De materielle kriterier	37
B.	Effektivitetsgevinster	39
C.	Den forenkede procedure	40
IV.	PROCEDURESPØRGSMÅL.....	41
A.	Anmeldelse – den udløsende begivenhed	41
B.	Udsættelse af en fusions gennemførelse	42
C.	Beregning af frister	43
D.	Effektivitet i forvaltningen.....	44
E.	Fuldstændige anmeldelser.....	44
F.	Tilsagn i fusionsager.....	45
1.	Ændring af den gældende procedure.....	47
G.	Artikel 8, stk. 4.....	49
H.	Håndhævelsesbestemmelser.....	50
I.	Anmeldelsesgebyrer.....	51
J.	Proceduregarantier og kontrolmekanismer	52
V.	INDKALDELSE AF BEMÆRKNINGER.....	57
	BILAG.....	58

GRØNBOG

om revision af Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89

RESUMÉ

Formålet med at revidere fusionsforordningen er at sikre, at den kan fortsætte med at fungere som et effektivt middel til at føre kontrol med fusioner i et skiftende økonomisk og politisk klima, både i Europa og i hele verden. De forslag, der skitseres, bygger på de gode resultater, der er opnået med anvendelsen af forordningen igennem de seneste ti år, samtidig med at de søger at tage de udfordringer op, som globale fusioner, euroens indførelse, integrationen af markederne, udvidelsen af EU og nødvendigheden af at samarbejde med andre jurisdiktioner stiller os over for. Kommissionen mener, at reformen bør bygge på de principper, der ligger til grund for fusionsforordningen, nemlig behovet for at sikre *en effektiv, fair og gennemsigtig kontrol med fusioner på det mest hensigtsmæssige plan* i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet.

Jurisdiktionsspørgsmål

Fællesskabsdimensionen

Kommissionens gennemgang af, hvordan fusionsforordningen har fungeret, har vist, at omsætningstærsklerne i artikel 1, stk. 2, såvel som to tredjedelsreglen fungerer tilfredsstillende. Men med hensyn til artikel 1, stk. 3, har det vist sig, at selv om det væsentligste underliggende princip (nemlig at sager, der berører tre eller flere medlemsstater skal behandles af Kommissionen) fortsat er gyldigt, har jurisdiktionskriterierne i denne bestemmelse ikke givet den tilsigtede løsning på problemerne med parallelle anmeldelser. Der er derfor stadigvæk sager af EU-interesse, der skal anmeldes og behandles i flere EU-lande. Og det er især den stigende tendens i antallet af sager, hvor en fusion skal anmeldes til tre eller flere medlemsstater, der vækker bekymring, ikke mindst i betragtning af, at EU's udvidelse må ventes at forstærke denne tendens. Kommissionens forslag tager derfor navnlig sigte på en ændring af artikel 1, stk. 3, som bør træde i kraft før EU's udvidelse.

Efter at have undersøgt forskellige numeriske ændringer i tærskelkombinationen og andre kriterier i artikel 1, stk. 3, vil Kommissionen nu gerne høre, hvad man mener om, at der indføres en automatisk EU-kompetence i sager, der ellers skulle anmeldes til tre eller flere medlemsstater.

Artikel 9 og 22 om henvisning af sager vil fortsat have betydning som garanter for en vis smidighed i kompetencefordelingen inden for EU's fusionskontrol. Kommissionens undersøgelser har vist, at der generelt er en positiv holdning til en forenkling af kriterierne for at anmode om at få en sag henvist efter artikel 9, hvilket f.eks. kan ske ved at ophæve kravet om, at det skal være godtgjort, at fusionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling, og/eller at det marked, henvisningsanmodningen vedrører, ikke udgør en "væsentlig" del af fællesmarkedet. Med en sådan ændring vil sager, hvis virkninger ikke strækker sig ud over nationale grænser, lettere kunne henvises til medlemsstaterne, hvilket kan fremskynde deres behandling. For at gøre systemet konsekvent foreslås det, at Kommissionen også på eget initiativ skal kunne henviser sager til medlemsstaterne, når de fastsatte kriterier er opfyldt.

Kommissionen foreslår også, at bestemmelserne i artikel 22 om medlemsstaternes henvisning af sager til den ændres på linje hermed.

Fusionsbegrebet

I lyset af de indhøstede erfaringer og udviklingen i den praksis, der følges i erhvervslivet, kommer grønbogen også ind på en række mulige tilpasninger af fusionsbegrebet, således som det er defineret i fusionsforordningens artikel 3. Kommissionen er klar over, at minoritetsinteresser og strategiske alliancer kan have betydelige strukturelle virkninger, men det er meget vanskeligt at trække nogen skillelinje med tilstrækkelig juridisk sikkerhed. Med hensyn til bestemmelserne i artikel 2, stk. 4, angående selvstændigt fungerende joint ventures oprettet i samarbejdsøjemed konkluderes det på indeværende stadium, at der er behov for flere erfaringer på området, før man overvejer en ændring, mens der for øjeblikket ikke ser ud til at være nogen overbevisende argumenter for at udvide fusionsforordningen til også at omfatte delvist selvstændigt fungerende produktions-joint ventures. Der foreslås derimod en ændring af de nugældende bestemmelser om forbundne transaktioner for at nå frem til en mere konsekvent og effektiv anvendelse af fusionskontrolreglerne på tre særlige transaktionstyper, ligesom der også sættes spørgsmålstegn ved, om fusionsforordningen bør finde anvendelse på visse typer venturekapitaltransaktioner. Endelig diskuteres det i dette afsnit, om koncernbegrebet i artikel 5, stk. 4, bør harmoniseres med kontrolbegrebet i artikel 3, stk. 3.

Materielle spørgsmål

De materielle kriterier

Grønbogen rejser spørgsmålet om de respektive fordele ved “dominanskriteriet” i fusionsforordningen og det kriterium, der bruges i visse andre jurisdiktioner, og som drejer sig om “betydelig begrænsning af konkurrencen”. Dominanstedens værdi og effektivitet anerkendes, og det pointeres, at der allerede er ret bred enighed herom på internationalt plan, også uden nogen egentlig harmonisering af lovgivning. Men det kan måske være ønskeligt at revidere forordningsteksten på dette punkt, primært for at sikre, at de store jurisdiktioner arbejder på grundlag af den samme test, eller for at skabe et mere eksplicit retsgrundlag for vurdering af effektivitetshensyn.

Den forenkede procedure

Nogle af de forslag, der fremsættes i grønbogen, bygger på de positive erfaringer med den problemfrie anvendelse af Kommissionens meddelelse fra 2000 om en forenklet procedure. Det foreslås, at denne praksis konsolideres i en “grupperfritagelsesforordning”, hvilket vil have den positive virkning at mindske arbejdet med de transaktioner, der ikke er konkurrenceskadelige, således at de disponible ressourcer kan koncentreres om de sager, der kræver en grundigere behandling.

Procedurespørgsmål

Tilsagn

På procedureområdet drejer det vigtigste forslag sig om en omlægning af fristerne for afgivelse og drøftelse af tilsagn i første og anden undersøgelsesfase med det formål at give alle de implicerede mere tid til at komme med gennemtænkte bidrag. Det foreslås helt konkret at åbne mulighed for at sætte uret i stå. En sådan bestemmelse skulle fungere på parternes anmodning, således at det undgås, at sagen trækkes i langdrag *ex officio*.

Proceduregarantier

Grønbogen gennemgår desuden de forskellige mekanismer, der skal sikre en retfærdig sagsbehandling i fusionssager, hvortil også de foreslåede nye regler om behandling af tilsagn skal regnes. I den forbindelse kommer Kommissionen også ind på effektiviteten i domstolsprøvelsen og opfordrer til at fremsætte kommentarer til alle disse aspekter.

Andre procedurespørgsmål

Også andre spørgsmål af relevans for sagsbehandlingen gennemgås. Mere konkret kommer grønningen ind på den nuværende praksis med hensyn til, hvilken begivenhed der udløser anmeldelsespligten, og hvornår den udløses, samt den såkaldte "standstill"-forpligtelse (artikel 7). Med hensyn til anmeldelse vil Kommissionen desuden gerne have kommentarer angående elektroniske anmeldelser, kopi til medlemsstaterne direkte fra parterne selv, anmeldelsesgebyrer og de nærmere regler for at erklære anmeldelser ufuldstændige. Desuden kommer grønningen også ind på visse aspekter i forbindelse med anvendelsen af artikel 8, stk. 4, ligesom håndhævelsesprocedurerne analyseres i lyset af forslaget til "modernisering" af forordning nr. 17. Endelig peges der på muligheden for at beregne fristerne i arbejdsdage.

Kommentarer ønskes

Alle interesserede opfordres til at fremsætte deres kommentarer til ethvert af de i grønningen rejste spørgsmål såvel som til alle andre spørgsmål af relevans for gennemførelsen af fusionskontrol i Europa. Alle bidrag bør være Kommissionen i hænde senest den 31. marts 2002.

I. INDLEDNING

1. Rådets forordning 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser ("fusionsforordningen") blev vedtaget den 21. december 1989 og trådte i kraft den 21. september 1990. Den indeholder regler for store fusioner, hvis virkninger på markedet antages at ville strække sig ud over en enkelt medlemsstat.
2. I løbet af de første 10 år med fusionsforordningen er den blevet rost meget for sin evne til at tilvejebringe en effektiv fusionskontrol på EU-plan. Indførelsen af korte, strenge frister var og er et af de centrale punkter. Kommissionen mener, at forordningen stadigvæk er en god lovgivningsramme på baggrund af den fortsatte integration af markederne i hele Europa, og den mener i særdeleshed, at den tilgodeser behovet for konstant tilpasning til den økonomiske, juridiske og politiske udvikling – både i EU og mere globalt.
3. Fusionsforordningen var baseret på forventningen om, at etableringen af det indre marked ville føre til omfattende grænseoverskridende reorganiseringer, og at det var nødvendigt at indføre *ens spilleregler for alle* for at sikre, at disse transaktioner ikke blev til varig skade for konkurrencen. Dermed skulle det sikres, at samme anmeldelseskrav, procedure og retsstandarder kom til at gælde for alle fusioner med betydelige grænseoverskridende virkninger.
4. Med henblik herpå tillagde fusionsforordningen Kommissionen enekompetence for "fusioner med fællesskabsdimension". Dette "one-stop shop"-princip har et dobbelt formål. For det første bygger det i *subsidiaritetsprincipets* ånd på, at fusionskontrollen bør foregå på EU-plan, når ingen medlemsstat alene er i stand til behandle disse

fusioners grænseoverskridende omfang og virkninger til bunds. For det andet indebærer dette princip en lempelse af de administrative procedurer, hvilket reducerer omkostningerne ved fusionskontrollen for såvel konkurrencemyndighederne som virksomhederne.

5. Siden fusionsforordningen blev vedtaget, er EU blevet udvidet fra 12 til 15 medlemsstater, hvis markeder bliver stadig mere integrerede. Da aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS-aftalen) fra 1994 trådte i kraft, blev Europa-Kommissionens enekompetence for fusioner, der opfylder tærskelkriterierne, udvidet til at omfatte hele EØS-området. Reorganiseringerne i erhvervslivet på tværs af grænserne i Europa tog desuden yderligere fart med indførelsen af ØMU'en i 1999.
6. Vi står nu med udsigterne til et EU med langt flere medlemsstater fra 2004, og vi står over for færdigudviklingen af den monetære union med den endelige indførelse af euroen i 2002. Samtidig er tendenserne til øget internationalisering eller sågar globalisering fortsat i et hurtigere tempo.
7. Sideløbende hermed er et stadigt større antal systemer med forudgående fusionskontrol under indførelse overalt i verden (der findes for øjeblikket ca. 60), hvilket for virksomhederne indebærer øgede omkostninger ved at skulle indgive flere anmeldelser.
8. Siden 1990 er godt 1 800 fusioner blev anmeldt til Kommissionen (pr. juli 2001). Dette tal udgør dog kun en ganske lille del af det samlede antal fusioner, der blev anmeldt til de nationale konkurrencemyndigheder i EU i samme periode¹. Siden 1990 har mange medlemsstater såvel som ansøgerlande indført fusionskontrolregler (eller ændret de eksisterende). Mange nationale fusionskontrollsystemer følger derfor stort set principperne i fusionsforordningen. Til trods for denne "bløde harmonisering" består der dog stadigvæk forskellige grader af uoverensstemmelser, navnlig på det proceduremæssige plan.
9. Alle disse faktorer taler for, at det overordnede fusionskontrollsystem i Europa bør revideres, således at Kommissionen og hver national myndighed både sammen og hver for sig kan udnytte deres ressourcer bedst muligt til at værne om konkurrencen i EU og samtidig lempe alle unødige byrder for erhvervslivet, både hvad angår omkostningerne ved at overholde reglerne og i relation til øget retssikkerhed. Det gælder i særdeleshed for mellemstore virksomheder, der på grund af deres begrænsede størrelse ikke når op på de nugældende tærskler i fusionsforordningen, men stadigvæk er nødt til at indgive anmeldelse til flere nationale myndigheder.
10. Erfaringerne fra de første ti år med fusionsforordningen tyder også på, at det er muligt at foretage visse forbedringer, både med hensyn til forordningens anvendelsesområde og den måde, den fungerer på. Hvad anvendelsesområdet angår, er der foretaget en revurdering af et af de grundlæggende begreber, nemlig "fusionsbegrebet", ud fra flere forskellige perspektiver. Samtidig er forordningens procedurerammer blevet gennemgået, og der ser ud til at være en række muligheder

¹ I 2000 blev der anmeldt i alt 3021 fusioner til de nationale konkurrencemyndigheder i EU, mens der i samme år blev anmeldt 345 til Kommissionen.

for yderligere at forbedre både reglernes effektivitet og retssikkerheden for alle de implicerede.

11. Siden vedtagelsen i 1989 har fusionsforordningen været baseret på princippet om, at fusioner vurderes på grundlag af et kriterium for *markedsdominans* – fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet (og dermed ulovlige). Som helhed har dette vurderingskriterium vist sig at fungere effektivt med hensyn til at forhindre konkurrenceproblemer. Mange andre jurisdiktioner har da også fulgt trop og indført samme vurderingskriterium i deres regler. Det vigtigste alternative fusionskontrolkriterium, der anvendes i flere af de store jurisdiktioner, og som nogle medlemsstater for øjeblikket overvejer at indføre, drejer sig om *betydelig mindskelse af konkurrencen*. Ifølge nogle iagttagere er den manglende globale harmonisering af vurderingskriterierne for fusioner problematisk. Derfor, og eftersom man nu har indgående erfaringer med anvendelse af dominanskriteriet, vil Kommissionen gerne benytte denne lejlighed til at åbne op for en bredere debat om de respektive fordele ved de to sæt kriterier, navnlig i lyset af den almindelige enighed om, at man må søge at skabe større global konvergens i fusionskontrolstandarderne.
12. I denne sammenhæng er det også på sin plads at revurdere de bestemmelser i fusionsforordningen, der har relevans for en retfærdig sagsbehandling. Der er tale om et stort antal spørgsmål i forbindelse med sagsbehandlingen, vedtagelsen af beslutninger og adgangen til domstolsprøvelse. Desuden anerkendes det, at det er overordentlig vigtigt at sikre gennemsigtigheden i hver eneste procedurefase.
13. Denne revision af fusionsforordningen supplerer den allerede iværksatte revision af forordning nr. 17 (gennemførelsesbestemmelserne til traktatens artikel 81 og 82)². Der er dog en fundamental forskel på de to systemer, og den beror på, at Kommissionen har enekompetence angående fusioner med fællesskabsdimension, mens kompetencen i kartelsager er delt mellem Kommissionen og medlemsstaterne – Kommissionen foreslår faktisk at styrke denne parallelle kompetence. Til trods for denne forskel tages der behørigt hensyn til revisionen af forordning nr. 17, da begge de to revisioner må indgå i en gennemgribende modernisering af de europæiske lovgivningsrammer på konkurrenceområdet.
14. Af de ovennævnte grunde er det derfor nødvendigt at iværksætte en reformproces, både for at udnytte de indhøstede erfaringer og for at forberede EU's fusionskontrol på de udfordringer, den vil blive stillet over for i de kommende år. Kommissionen mener, at denne reform bør bygge på de principper, der ligger til grund for fusionsforordningen, nemlig nødvendigheden af at *sikre en effektiv, fair og gennemsigtig kontrol med fusioner på det mest hensigtsmæssige plan*.

II. JURISDIKTIONSSPØRGSMÅL

FUSIONER MED FÆLLESSKABSDIMENSION

² Se Kommissionens forslag af 27.9.2000 til Rådets forordning om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 og om ændring af forordning (EØF) nr. 1017/68, (EØF) nr. 2988/74, (EØF) nr. 4056/86 og (EØF) nr. 3975/87, KOM(2000) 582 endelig.

15. Fusionsforordningen giver Kommissionen enekompetence til at behandle *fusioner med fællesskabsdimension*. Forordningen forudsætter, at sådanne fusioner har virkninger på markedet, der strækker sig ud over en enkelt medlemsstats nationale grænser (9. betragtning).
16. Inden for fusionskontrollen bygger sagernes fordeling mellem EU og medlemsstaterne således på de samme principper som dem, der ligger til grund for subsidiaritetsprincippet (også kaldet "nærhedsprincippet"). Ifølge dette princip bør der sættes ind på det kompetenceniveau, der er mest hensigtsmæssigt i lyset af de mål, der søges opnået, og de midler, der står til rådighed for Fællesskabet og for medlemsstaterne³.
17. Erfaringerne har bekræftet, at Kommissionen generelt bedre er i stand til at behandle fusioner, hvor fusionsparterne er aktive på markeder, der er mere omfattende end nationale markeder. I sager, hvor der er tale om globale markeder eller markeder omfattende hele Europa, er Kommissionen med sine undersøgelsesbeføjelser og muligheder for at skride ind og håndhæve konkurrencereglerne helt klart bedre i stand til at handle end medlemsstaterne, der har mere begrænsede midler til rådighed. Det samme gælder ofte også i sager, der rejser konkurrenceproblemer i flere lande. Sådanne fusioner kan have betydelige virkninger for konkurrencen i andre dele af EU, idet de f.eks. kan lægge hindringer i vejen for, at konkurrenter fra andre medlemsstater kan trænge ind på markedet i de berørte lande.
18. Et særligt træk ved det indre marked i EU er, at mange markeder kan anses at befinde sig i en overgangsfase. *Pirelli-BICC-sagen*⁴ er et eksempel på resultaterne af en proces, hvor europæisk deregulering og harmonisering rent faktisk førte til, at de relevante markeder blev udvidet. I denne sag blev det fastslået, at markedet omfattede hele EØS, fordi kunderne i stigende omfang foretager deres indkøb af elkabler på europæisk plan, bl.a. på grund af de regler, der gælder i henhold til EU's direktiver om offentlige indkøb. *Pirelli-sagen* afveg fra tidligere sager i samme branche – i 1992 blev de samme markeder endnu anset for at være af nationalt tilsnit. Kommissionen har normalt særlig gode muligheder for at behandle sager, hvor der er tale om markeder i sådanne overgangsfaser, eftersom den er i stand til at tilgodese alle virkninger på både nationalt og europæisk plan.
19. Selv om hver medlemsstat nok er i stand til at løse problemer, der drejer sig om dens eget område, er Kommissionen helt klart bedre i stand til at håndtere de problemer, der berører hele EU. Fællesskabets kompetence i disse sager stemmer derfor overens med subsidiaritetsprincippet, da den er det mest effektive middel til at forhindre, at der lægges hindringer i vejen for yderligere europæisk integration. Desuden er det ikke effektivt, at de samme spørgsmål behandles i flere medlemsstater samtidig.
20. Omvendt er medlemsstaterne generelt bedre i stand til at behandle sager, der på grund af de deltagende virksomheders aktiviteter kun har virkninger inden for én

³ I henhold til EF-traktatens artikel 5 skal der handles på det niveau, hvor målene mest effektivt kan opfyldes. Som præciseret i *Kommissionen rapport til Det Europæiske Råd om tilpasning af gældende lovgivning til nærhedsprincippet* (KOM(93) 545 endelig udg. af 24.11.93), bør der handles på det kompetenceniveau, der er mest hensigtsmæssigt i lyset af de mål, der skal opfyldes, og de midler, der er til rådighed for Fællesskabet og for medlemsstaterne.

⁴ Sag nr. COMP/M.1882 –Pirelli-BICC. Kommissionens beslutning af 19.7.2000 efter artikel 8, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 4064/89.

medlemsstat, f.eks. når der ikke er tale om betydelige hindringer for adgangen til markedet eller større afsmitningsvirkninger. En effektiv behandling af sådanne sager kræver ikke mulighed for at udøve de mere omfattende beføjelser, Kommissionen råder over, og de nationale myndigheder er normalt bedre i stand til at indhente de fornødne markedsoplysninger.

A. Fællesskabsdimension

1. Baggrund

21. I sin beretning af 28. juni 2000 til Rådet om anvendelsen af tærsklerne i fusionsforordningen ("2000-rapporten")⁵ opridsede Kommissionen de konklusioner, den foreløbig havde draget med hensyn til, hvordan tærsklerne i fusionsforordningens artikel 1 havde fungeret, bl.a. i relation til de tilfælde, hvor en fusion er anmeldelsespligtig i mindst to medlemsstater. Efter denne beretning har Kommissionen foretaget yderligere undersøgelser. Resultaterne heraf gennemgås og diskuteres mere indgående i bilag I, der danner grundlaget for de konklusioner, der drages i dette afsnit.

2. Resume af de spørgsmål, der rejser sig

22. Under sin gennemgang har Kommissionen foretaget en ny vurdering af, om omsætningstærsklerne i artikel 1 fortsat er hensigtsmæssige, ikke alene i lyset af deres effektivitet, men også ud fra deres forudsigelighed og gennemsigthed. Det understreges, at hvis fusionsparterne ikke når op på kompetencekriterierne i artikel 1, betyder det normalt, at fusionen vil skulle anmeldes i en eller flere medlemsstater.

23. Med hensyn til spørgsmålet om, hvordan de nugældende tærskler fungerer, har gennemgangen som mere indgående beskrevet i bilag 1 ikke vist noget påtrængende behov for at ændre artikel 1, stk. 2. Denne bestemmelse giver fortsat resultater, der generelt stemmer overens med subsidiaritetsprincippet, og en ændring af tærskelværdierne vil ikke kunne løse problemerne med parallelle anmeldelser. Gennemgangen har heller ikke klarlagt noget påtrængende behov for at ændre to tredjedelsreglen. Denne regel, der er baseret på en kompetencefordeling på grundlag af fusionens tyngdepunkt, forekommer også at give resultater, der generelt stemmer overens med subsidiaritetsprincippet. I det begrænsede omfang, hvor to tredjedelsreglen gør det nødvendigt at indgive flere anmeldelser, er det desuden meget sjældent, at der vil være tale om mere end to nationale myndigheder.

24. På den anden side må det konkluderes, at artikel 1, stk. 3, ikke har levet op til sit formål. På tidspunktet for forordningens vedtagelse i 1997 havde bestemmelsen til formål at give Kommissionen kompetence i sager, der berører tre eller flere medlemsstater. Selv om gennemgangen stort set viser, at dette mål fortsat er gyldigt, fordi der generelt er tale om sager med fællesskabsinteresse, har bestemmelsen ikke levet op til forventningerne. Kun en lille del af disse sager er faldet ind under fusionsforordningen. I 2000 blev kun 20 sager anmeldt efter artikel 1, stk. 3, sammenholdt med, at der blev indgivet 75 anmeldelser til tre eller flere medlemsstater. At artikel 1, stk. 3, ikke virker efter hensigten, fremgår også af, at

⁵ KOM(2000) 399 endelig udg. af 28.6.2000

kun 5 % af alle fusioner blev anmeldt i henhold til denne bestemmelse i 2000, hvilket var en betydelig nedgang i forhold til det allerede lave niveau i 1999⁶.

25. Gennemgangen tyder på, at der i mange af de sager, der måtte anmeldes til flere nationale myndigheder, var grænseoverskridende interesser involveret. Alene den omstændighed, at det var nødvendigt med tre eller flere nationale anmeldelser, er i sig selv et tegn herpå. I flertallet af disse sager vurderede og/eller definerede nogle af eller alle de implicerede medlemsstater desuden det relevante geografiske marked til at være mere omfattende end nationalt. Det er også værd at bemærke, at de fleste af disse fusioner opfyldte kompetencekriterierne for så vidt angår fællesskabsdimensionen og langt fra havde noget nationalt tyngdepunkt (dvs. to tredjedelsreglen). At der i mange af disse fusioner var grænseoverskridende interesser involveret, der strakte sig ud over de lande, hvortil der blev indgivet anmeldelse, underbygges også af, at der i mange af disse sager var tale om forretningsaktiviteter i flere medlemsstater, hvor fusionen ikke blev anmeldt.
 26. Set fra de deltagende virksomheders synspunkt tyder gennemgangen også på, at parallelle anmeldelser til tre eller flere medlemsstater giver anledning til yderligere problemer i relation til sagsbehandlingstid, omkostninger og retssikkerhed (se bilag 1 for nærmere oplysninger om analysernes resultater).
 27. Denne konklusion bestyrkes af to andre faktorer. For det første ses der tendenser til, at antallet af anmeldelser til tre eller flere medlemsstater er stadigt stigende, både absolut og i forhold til antallet af fusioner anmeldt efter fusionsforordningen. Det viser, at der er tale om et voksende problem, selv med de nuværende 15 medlemsstater. Den forestående udvidelse af EU fra 2004 må antages at ville forstærke de negative virkninger af parallelle anmeldelser.
 28. Kommissionen er bekendt med – og støtter fuldt ud – det initiativ, medlemsstaterne for nylig har taget til at fremme et tættere samarbejde bl.a. om behandlingen af fusionssager, der anmeldes i mere end et land. Et sådant samarbejde må helt klart ventes at få positive virkninger i form af en styrket beskyttelse af konkurrencen, samtidig med at det vil øge effektiviteten i sagsbehandlingen. Men det forekommer dog tvivlsomt, om dette samarbejde, selv om det udbygges kraftigt, kan udgøre et fuldgyldigt alternativ til en løsning, hvor fusioner med grænseoverskridende virkninger kun behandles af én kompetent myndighed.
3. *Vurdering af de forskellige muligheder for ændring af artikel 1, stk. 3*
29. Løsningen på de ovennævnte svagheder ved artikel 1, stk. 3, skulle tage sigte på at sikre en effektiv anvendelse af EU's konkurrenceregler i sager af grænseoverskridende betydning, samtidig med at den på en afbalanceret måde mindsker de administrative byrder for de implicerede virksomheder. Denne løsning, som bør være på plads for de nye medlemsstaters tiltrædelse, må desuden udformes på en sådan måde, at den styrker fusionsforordningens underliggende principper, nemlig at fremme en effektiv beskyttelse af konkurrencen i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet.

⁶ I 2000 blev kun 20 ud af i alt 345 anmeldelser indgivet i henhold til artikel 1, stk. 3. For 1999 var der tale om 12 % eller 34 ud af 292 anmeldelser.

30. En fornuftig måde at tackle disse svagheder i artikel 1, stk. 3, på forekommer at være at se på, om bestemmelsen kan bringes til at virke mere effektivt ved at ændre et eller flere af de fem kriterier, den opstiller. En omhyggelig analyse af de oplysninger, der foreligger, viser imidlertid, at ændringer i de nuværende kriterier i artikel 1, stk. 3, sandsynligvis ikke vil give de ønskede resultater, primært fordi bestemmelsen er formuleret på en så kompleks måde, at der kan være mange forskellige grunde til, at en virksomhed ikke opfylder de nuværende kriterier i artikel 1, stk. 3. Dette forklares nærmere nedenfor.
31. Der er desuden over for Kommissionen blevet peget på, at det måske ikke er nødvendigt overhovedet at tilpasse artikel 1, stk. 3, idet den ønskede virkning kan opnås ved at ændre artikel 22. Dette forslag er også blevet indgående analyseret, men også her viser resultatet, som uddybes nærmere nedenfor, at det er usandsynligt, at det kan føre til en funktionsdygtig løsning.
32. På dette stadium mener Kommissionen derfor, at de ønskede resultater bedst kan opnås ved at foretage ændringer, der kan beskrives som virkningsorienterede. Formålet er direkte at sikre, at alle sager, der normalt har betydelige grænseoverskridende virkninger, bringes ind under Kommissionens jurisdiktion. Kommissionen vil gerne have kommentarer angående muligheden for at erstatte artikel 1, stk. 3, med en bestemmelse om, at nødvendigheden af at anmelde til tre medlemsstater antages at være et tilstrækkeligt sikkert tegn på en fusions åbenbart grænseoverskridende karakter⁷. Denne mulighed bygger på de tanker, der lå til grund for Kommissionens forslag i grønbogen fra 1996.
33. I slutningen af dette afsnit lægges der op til en debat om arbejdsdelingen i et udvidet EU også i et mere langsigtet perspektiv. Da de foranstaltninger, der skitseres, vil kræve i hvert fald et mindstemål af harmonisering af nationale fusionskontrolregler, falder denne diskussion fortsat uden for denne grønbogs rammer.
- a) Ændringer i de fem grundkriterier i artikel 1, stk. 3, kan ikke ventes at føre til nogen større forbedring
- i) Ændring af artikel 1, stk. 3, ved at tilpasse de forskellige tærskelværdier
34. Det er i denne sammenhæng vigtigt at bemærke, at tærskelværdierne i artikel 1, stk. 3, blev fastsat, uden at der var foretaget en fuldstændig undersøgelse af, hvor effektivt ændringerne ville virke med hensyn til at opfange sager af fællesskabsinteresse. Det er nok heller ikke sandsynligt, at der kan fremskaffes brugbare data herom. Omsætningen er og bliver kun et omtrentligt mål for fusioners sandsynlige virkninger, og den vil fortsat give resultater, der er forskellige, bl.a. alt efter hvilken branche, der er tale om. Der er dog almindelig enighed om, at omsætningen er den bedste målestok for, hvilke fusioner der har fællesskabsinteresse.

⁷ Det bemærkes, at de oplysninger, der foreligger, ikke taler for at foreslå en "simpel" nedsættelse af tærsklerne for verdensomsætningen eller for EU-omsætningen i artikel 1, stk. 2. Selv om det – alt efter hvilke tærskelværdier der vælges – ville bevirke, at Kommissionens jurisdiktion blev udvidet, forekommer det usandsynligt, at man kunne finde en måde, hvorpå en sådan ændring kunne skræddersyes til at opfange alle de fusioner, der har grænseoverskridende virkninger.

35. På denne baggrund er der heller intet overraskende i, at Kommissionens undersøgelser har ført til den konklusion, at der ikke findes noget entydigt svar på spørgsmålet om, på hvilket niveau tærsklerne i artikel 1, stk. 3, må sættes for at fange alle sager af fællesskabsinteresse. Det understreges desuden, at artikel 1, stk. 3, er, hvad der kan beskrives som en grundmodel, der kunne ændres i en uendelig række kombinationer. Det er relativt let at se, hvad virkningen bliver, hvis man f.eks. isoleret nedsætter tærsklen på de 2,5 mia. EUR i artikel 1, stk. 3, litra a), til 2 mia. EUR. I teorien kunne en sådan ændring naturligvis kombineres med ethvert antal ændringer af litra b), c) og/eller d) i artikel 1, stk. 3. Det er dog umuligt (og sikkert heller ikke særlig nyttigt) at finde frem til, hvad der er de ideelle tærskler, og hvordan de ideelt kunne kombineres.
36. Nedenfor fokuseres der derfor på at belyse de virkninger, hvert af kriterierne i artikel 1, stk. 3, har med hensyn til anmeldelsespligt i tre eller flere medlemsstater⁸.
37. De data, der foreligger, viser, at 71 % af alle sager, der anmeldes til en eller flere medlemsstater, ikke opfyldte 2,5 mia. EUR-kriteriet i artikel 1, stk. 3, litra a). Dette tal ville blive reduceret til 58 %, hvis tærsklen i stedet blev sat til 2 mia. EUR. Som en illustration af vanskelighederne ved at finde frem til det ideelle niveau kan følgende tages som eksempel: Tærsklen i artikel 1, litra a), skulle nedsættes til 500 mio. EUR eller endnu lavere, hvis man skulle kunne opfange alle sager, der blev anmeldt i tre eller flere medlemsstater. Men selv da vil flere af sagerne ikke opfylde kriterierne i litra b), c) og/eller d).
38. Ca. 40 % af de sager, der blev anmeldt til tre eller flere medlemsstater, opfyldte ikke det samlede 100 mio. EUR-kriterium i mindst tre medlemsstater (artikel 1, stk. 3, litra b)). Tallet ville blive reduceret til 31 %, hvis man erstattede denne tærskel med en tærskel på 50 mio. EUR.
39. Hvad angår artikel 1, stk. 3, litra c), var der 68 % af de sager, der blev anmeldt i tre eller flere medlemsstater, der ikke opfyldte 25 mio. EUR-kriteriet. Dette tal ville blive reduceret til 38 %, hvis man i stedet satte tærsklen til 15 mio. EUR.
40. Ca. 35 % af alle de sager, der blev anmeldt til tre eller flere medlemsstater, opfyldte ikke 100 mio. EUR-kriteriet i artikel 1, stk. 3, litra d). Dette tal ville blive reduceret til 25 %, hvis tærsklen i stedet for blev sat til 50 mio. EUR.
41. Det understreges, at *tallene ovenfor ikke må læses kumulativt*. Det betyder, at når et overslag viser, at hvis man nedsatte f.eks. tærsklen i artikel 1, stk. 3, litra a), ville 15 % af alle de sager, der er anmeldelsespligtige i flere medlemsstater, komme til at falde ind under fusionsforordningen, må dette tal *ikke* lægges sammen med de 10 %, som en ændring af tærsklen i artikel 1, stk. 3, litra b), anslås at kunne give. Med andre ord kan de to ændringer være alternative måder, hvorpå nogle eller sågar alle sager kan bringes ind under fusionsforordningen.
42. Inden for rammerne af, hvad der kan udledes af de disponible oplysninger, forekommer det usandsynligt, at nogen ændring af de fem kriterier i artikel 1, stk. 3, vil kunne bringe alle de sager, der hidtil har skullet anmeldes til tre eller flere medlemsstater, ind under Kommissionens jurisdiktion. Det eneste, der måske kan

⁸ En mere detaljeret beskrivelse findes i bilag 1, afsnit B, hvor resultaterne af Kommissionens undersøgelse gennemgås.

udledes, er, at en nedsættelse af omsætningstærsklerne i artikel 1, stk. 3, litra a) og c), nok vil kunne give det bedste resultat. Det skyldes, at konkrete nedsættelser af disse kriterier ser ud til at have større indvirkning på de sager der skal anmeldes til tre eller flere medlemsstater. Selv efter ændringer i de nugældende omsætningstærskler ser det dog ikke desto mindre ud til, at der fortsat vil være et vist antal fusioner med særlig stor fællesskabsinteresse (målt efter antallet af berørte medlemsstater), der ikke når op på tærsklerne⁹.

ii) Ændring af kravet i artikel 1, stk. 3, fra tre til to lande

43. Et af de mulige alternativer til en direkte nedsættelse af de forskellige tærskler i artikel 1, stk. 3, der er blevet foreslået, går ud på at ændre det nugældende trelandekrav til et tolandekrav. Det nuværende krav drejer sig om, at de deltagende virksomheder tilsammen skal have en (samlet) omsætning på mindst 100 mio. EUR i tre eller flere medlemsstater, og at mindst to af de deltagende virksomheder hver især skal have en omsætning på mindst 25 mio. EUR i tre af disse medlemsstater. Navnlig sidstnævnte krav ser ud til at være en af de mest almindelige grunde til, at en fusion ikke når op på kriterierne i artikel 1, stk. 3, ofte med det resultat, at den skal anmeldes i tre eller flere medlemsstater.
44. Der mindes dog om, at meningen med artikel 1, stk. 3, var, at den ikke skulle finde anvendelse på fusioner, der kun var anmeldelsespligtige i to medlemsstater. Selv om det er klart, at trelandekravet i praksis har haft mere vidtgående virkninger end oprindeligt tilsigtet, er det dog samtidig ikke sandsynligt, at en ændring af kriteriet i artikel 1, stk. 3, til et tolandekrav ville få mere end en begrænset effekt, når det drejer sig om at reducere antallet af fusioner, der skal anmeldes i tre eller flere medlemsstater¹⁰.

iii) Afkobling af kriterierne i artikel 1, stk. 3, litra b) og c)

45. Et andet muligt alternativ til en direkte nedsættelse af de forskellige tærskler i artikel 1, stk. 3, ville være at afkoble forbindelsen mellem kriteriet i artikel 1, stk. 3, litra b), der fastsætter, at en betydelig del af den samlede omsætning skal være realiseret i mindst tre medlemsstater, og kriteriet i litra c), ifølge hvilket mindst to af de deltagende virksomheder skal have en betydelig omsætning i disse medlemsstater.
46. I teorien kunne man mene, at 25 mio. EUR-kravet i artikel 1, stk. 3, litra c), var et relativt beskedent omsætningskrav, og at det ville være mærkeligt, hvis ikke fusioner med fællesskabsinteresse opfyldte dette krav. I den henseende er det værd at bemærke, at de foreliggende oplysninger tyder på, at andelen af sager, der opfyldte dette krav, ville stige til ca. 54 %, hvis det blev koblet fra kriteriet i artikel 1, stk. 3, litra b). Selv om den nuværende sammenkobling mellem de to kriterier tager sigte på at udelukke, at hele den samlede omsætning, der lægges til grund i forbindelse med artikel 1, stk. 3, litra b), realiseres af kun en af parterne, forekommer den også at virke for restriktivt i visse situationer.

⁹ Samtidig vil enhver sådan ændring også have den utilsigtede virkning, at flere sager, der ellers ikke skal anmeldes i tre eller flere medlemsstater, bringes ind under Kommissionens jurisdiktion.

¹⁰ Der kan ikke ud fra de oplysninger, der foreligger, siges noget om sandsynligheden for, at en ændring til et tolandekrav i artikel 1, stk. 3, litra b) og c), ville bringe sager, der i dag kun skal anmeldes til én national myndighed, ind under Kommissionens jurisdiktion.

47. Man kan næppe forestille sig, at de ovennævnte 54 %, der opfylder kravet om en omsætning på 25 mio. ECU i tre medlemsstater, generelt kun skulle have en ubetydelig grænseoverskridende virkning. At sager af denne type ofte skal anmeldes i tre eller flere medlemsstater, bestyrker dette indtryk.
48. Noget andet, der peger i samme retning, er, at de nugældende regler ofte indebærer, at fusioner, der ikke når op på de i artikel 1, stk. 3, krævede 25 mio. EUR, ofte skal anmeldes efter de nationale regler, hvilket giver anledning til en formodning om, at der også under denne tærskel kan være tale om betydelige virkninger.
49. En ændring, der ville bringe en større del af de sager, der må antages at have betydelige virkninger i mindst tre medlemsstater, ind under EU's fusionskontrol, kunne være at fjerne kriteriet i artikel 1, stk. 3, litra b). Dermed ville Fællesskabet kunne få kompetence i alle sager, hvor en af de deltagende virksomheder, typisk den overtagende virksomhed, opfylder alle kriterierne i artikel 1, stk. 3, mens den anden, typisk den overtagne virksomhed, opfylder kriterierne i litra c) og d). Der kan imidlertid ikke ud fra de foreliggende oplysninger drages nogen konklusion om, i hvilket omfang en sådan ændring ville bevirke, at fusioner, der ikke i dag skal anmeldes til flere nationale myndigheder, også opfanges.
50. Som en alternativ løsning kunne man ophæve den nuværende sammenkobling af litra b) og c) og i stedet for gøre dem til alternative kriterier. Men for at undgå, at det kun er én af de deltagende virksomheder, der har hele den omsætning, der kræves i litra b), måtte man indføre yderligere kriterier. Det er uvist, om det burde ske inden for rammerne af artikel 1 uden nogen henvisning til en tærskelværdi. Ud fra et retssikkerhedshensyn ville det f.eks. forekomme vanskeligt blot at kræve, at mindst to af de deltagende virksomheder skal være aktive i de tre medlemsstater, hvor omsætningen på de mindst 100 mio. EUR realiseres.
- iv) Konklusion angående ændringer i de fem grundkriterier i artikel 1, stk. 3
51. Af det ovenstående fremgår, at ændringer af de nugældende kriterier i artikel 1, stk. 3, ikke kan ventes at give de tilsigtede resultater. Enhver ændring må for det første antages ikke at ville give nogen garanti mod, at det kan blive nødvendigt for fusionsparterne at indgive anmeldelse i tre eller flere medlemsstater, og for det andet vil den sandsynligvis give Kommissionen jurisdiktion over et antal fusioner, der ikke i dag skal anmeldes flere steder.
- b) Ingen ændring af artikel 22 kan ventes at føre til nogen større forbedring (og ville kræve en harmonisering af national lovgivning).
52. Der er blevet peget på, at problemerne med parallelle anmeldelser kunne løses gennem ændringer, der gjorde det umiddelbart lettere for flere lande at foretage fælles henvisning af sager efter fusionsforordningens artikel 22. Alle problemerne omkring anvendelsen af artikel 22 behandles indgående i afsnittet nedenfor om henvisninger, og der er ingen grund til at gentage de argumenter, der fremføres der. Med hensyn til spørgsmålet om ændring af artikel 1, stk. 3, er det tilstrækkeligt at bemærke, at der kun forekommer at være begrænsede muligheder for at gøre artikel 22 til et almindeligt brugbart middel i sager, der skal anmeldes til flere nationale myndigheder.

53. En af de vigtigste årsager til, at artikel 22 ikke har resulteret i nogen fælles henvisninger, er de tekniske forskelle, der stadig består mellem medlemsstaternes fusionskontrolprocedurer, bl.a. med hensyn til, hvilken begivenhed der udløser anmeldelsespligt, og hvornår anmeldelsen skal indgives. En løsning på disse problemer vil nok kræve en vis harmonisering af de nationale lovgivninger. Det falder helt klart uden for rammerne af denne revision af fusionsforordningen, og det ville under alle omstændigheder tage ret lang tid at få gennemført.
- c) Automatisk EU-kompetence i sager, der ellers skulle anmeldes til flere myndigheder
54. For at få løst problemerne omkring parallelle anmeldelser foreslog Kommissionen i sin grønbog fra januar 1996, at man udvidede Kommissionens kompetence til at omfatte de fusioner, der ikke når op på tærsklerne, men som falder ind under mere end én national jurisdiktion.
55. Forslaget gik ud på at udvide Kommissionens kompetence, så at den kom til at omfatte de fusioner, som lå mellem tærsklerne i artikel 1, stk. 2, og et sæt lavere tærskler, der forsøgsvis blev sat til 2 mia. EUR (verden) og 100 mio. EUR (EU), og som ellers skulle anmeldes til flere nationale myndigheder. Forslaget gik kort sagt ud på at ændre artikel 1 i fusionsforordningen, så at fusioner, der ikke når op på tærsklerne i artikel 1, stk. 2, ikke desto mindre har fællesskabsinteresse, når de falder ind under tre medlemsstaters jurisdiktion.
56. Under de efterfølgende drøftelser vandt Kommissionens forslag imidlertid ikke den fornødne tilslutning. Kritikken gik hovedsagelig på spørgsmål som f.eks., hvordan man skulle håndtere de bestående forskelle mellem medlemsstaternes lovgivning, f.eks. i forbindelse med definitionen af en fusion og frivillig/obligatorisk anmeldelse. Der blev peget på, at disse forskelle ikke alene rejste retssikkerhedsproblemer, men også gjorde det alt for kompliceret for Kommissionen at tage stilling til, om nationale regler fandt anvendelse i en bestemt sag.
57. Siden drøftelsen af Kommissionens forslag fra 1996 er der sket en betydelig *de facto*-harmonisering af de nationale fusionskontrolregler. Den må antages at have mindsket vanskelighederne ved at anvende det system, der blev foreslået dengang. Det forekommer derfor på sin plads at genåbne drøftelserne af dette forslag. Kommissionen vil i den forbindelse holde fast ved de grundlæggende ideer i grønbogen fra 1996, nemlig at de sager, der sigtes på med en sådan ændring, skal være de fusioner, der er anmeldelsespligtige i tre eller flere lande. De mere indgående erfaringer med anvendelsen af artikel 1, stk. 3, tyder imidlertid på, at der ikke er noget empirisk grundlag for kun at anvende et sådant system på fusioner, der opfylder bestemte omsætningskriterier.
- i) Procedure
58. Når først Kommissionens kompetence i sager, der ellers skal anmeldes til flere nationale myndigheder, ligger fast, vil Kommissionens beføjelser og de procedurer, der skal følges, være de samme som for sager, der falder ind under artikel 1, stk. 2. Men ud over de normale krav til Kommissionens kompetence vil det være nødvendigt at afgøre, om fusionen når op på anmeldelsestærsklerne i mindst tre medlemsstater.

59. Ud fra drøftelserne efter grønbogen fra 1996 må det antages, at et sådant system nødvendigvis må baseres på princippet om, at de pågældende medlemsstater over for Kommissionen skal bekræfte parternes fortolkning af de nationale tærskler¹¹.
60. I et system, hvor der vil være anmeldelsespligt til Kommissionen i sager, der opfylder anmeldelseskravene i tre eller flere medlemsstater, vil parterne naturligvis senest i den formelle anmeldelse skulle godtgøre, at fusionen når op på tærsklerne i mindst tre medlemsstater. Der er dog ingen grund til, at parterne ikke skulle kunne give Kommissionen og de pågældende medlemsstater disse oplysninger på et endnu tidligere stadium. Under alle omstændigheder vil det være nødvendigt at indføre en ordning, hvor de berørte medlemsstater inden for en bestemt frist skal bekræfte parternes analyse over for Kommissionen. Af hensyn til retssikkerheden må det nødvendigvis ske inden for en ret kort frist (f.eks. en eller to uger). Man kunne f.eks. tænke sig en form for indsigelsesprocedure, dvs. at hvis den berørte medlemsstat ikke inden for den fastsatte frist rejser indsigelse mod parternes analyse, er Kommissionens kompetence fastslået.
61. Under den høring, der fulgte efter grønbogen i 1996, blev det fremført, at det kan være vanskeligt hurtigt at afgøre, om en fusion når op på de nationale anmeldelsestærskler, navnlig i de medlemsstater, hvor der anvendes andre kriterier end omsætning (f.eks. markedsandelstærskler). Selv om nogle nationale tærskler i visse tilfælde kan være vanskelige at anvende, forekommer disse vanskeligheder dog ikke at blive øget af dette forslag, da en sådan vurdering jo skulle foretages under alle omstændigheder, også selv om fusionsforordningen ikke fandt anvendelse. Eftersom antallet af medlemsstater, der anvender ikke-omsætningsbaserede kriterier, er faldet siden 1996, vil det nok ikke mere rejse så store problemer. Hvis der skulle opstå et alvorligt retssikkerhedsproblem i den henseende, kunne det desuden løses bl.a. ved at fastsætte, at enugesfristen i artikel 4, stk. 1, ikke gjaldt i denne type tilfælde.
- d) Konklusion angående mulighederne for ændring af artikel 1, stk. 3
62. Ovennævnte forslag er en virkningsorienteret model, hvor det afgørende kriterium i artikel 1, stk. 3, ikke længere er direkte baseret på, om virksomhederne når op på bestemte omsætningsniveauer. I stedet vil det faktum, at en fusion er anmeldelsespligtig i tre eller flere medlemsstater, blive betragtet som et tilstrækkeligt indicium for, at der foreligger fællesskabsinteresse. Denne model vil kræve indførelse af en gennemsigtig og hurtig måde, hvorpå medlemstaterne kan bekræfte, at deres nationale regler finder anvendelse på en konkret fusion.
63. Alle interesserede opfordres til at fremsætte deres syn på dette forslag og deres kommentarer til, hvordan det bedst kan gennemføres, eller pege på enhver anden mulighed, de kunne forestille sig. Kommissionen vil også gerne have bemærkninger om, hvordan man bedst kan fastslå, at en fusion er anmeldelsespligtig i tre eller flere medlemsstater, samt om andre tekniske eller procedurebetonede spørgsmål. Endelig vil Kommissionen gerne høre, hvilke ulemper man mener at en ændring af artikel 1,

¹¹ Enhver anden fremgangsmåde ville indebære, at Kommissionen vil skulle fortolke de nationale fusionslovgivninger. I det omfang, hvor de nationale lovgivninger endnu ikke er fuldt harmoniseret, ikke engang hvad angår tekniske koncepter som f.eks. beregning af omsætning, vil det rejse problemer med potentielle afvigelser mellem Kommissionens og medlemsstaternes fortolkning af de nationale love.

stk. 3, vil være forbundet med, og generelt, om man finder en sådan ændring ønskelig.

4. *Sagernes fordeling i et udvidet EU – i et langsigtet perspektiv*

64. De data, der blev indsamlet til brug for denne gennemgang, tyder også på, at man på længere sigt kunne overveje en mere gennemgribende løsning. Et system som det nedenfor beskrevne vil helt klart kræve ændringer i EU-reglerne og de nationale regler, der ligger uden for rammerne af denne gennemgang. De nedenstående overvejelser har derfor alene til formål at lægge op til en bredere debat om, hvordan fusionskontrollen i Europa bør tilrettelægges i årene efter EU's udvidelse.
65. En sådan debat bør fokusere på, hvordan man kan nå frem til det system, der stemmer bedst overens med nærhedsprincippet og sætter hver konkurrencemyndighed i stand til at udnytte sine begrænsede ressourcer bedst muligt, samtidig med at det tilgodeser erhvervslivets legitime ønsker om større forudsigelighed og nedbringelse af unødige omkostninger.
66. Selv om jurisdiktionskriterierne i fusionsforordningen generelt har givet resultater, der stemmer overens med subsidiaritetsprincippet, kunne de i princippet ændres på en sådan måde, at de på en mere direkte og konkret måde åbner mulighed for at fastslå enhver fusions grænseoverskridende karakter.
67. En af mulighederne ville være at indføre et system, hvor omsætningstærsklerne fjernes fra fusionsforordningen, og hvor anmeldelsespligten til Kommissionen udløses af, at fusionen er anmeldelsespligtig i flere EU-lande. På denne måde vil afgørelsen af, hvilke fusioner der kan antages at have fællesskabsinteresse, være direkte betinget af, om fusionen vil få indvirkning i flere medlemsstater. En af de afgørende forudsætninger for, at et sådant system kan fungere, er imidlertid, at der opnås en yderligere harmonisering af de nationale anmeldelsestærskler. Kommissionens undersøgelser tyder på, at det på grundlag af de nuværende, ikke-harmoniserede anmeldelsestærskler i medlemsstaterne ikke er muligt med sikkerhed at afgøre, i hvilke medlemsstater en konkret fusion vil få betydelige virkninger. Hvis man gik mere systematisk til værks ved fastsættelsen af anmeldelsestærskler i nationale fusionslovgivninger, ville disse tærskler imidlertid kunne bruges som en direkte målestok for konkrete fusions grænseoverskridende virkninger.
68. For at nå frem til en kohærent fusionskontrol i Europa ville det også være en god ide at styrke den eksisterende grad af *de facto*-harmonisering af fusionskontrolregler inden for EU. Det gælder navnlig visse centrale spørgsmål som fusionsbegrebet og store dele af procedurereglerne. Andre spørgsmål, der kunne overvejes, er, hvorvidt en yderligere harmonisering af de gældende konkurrencekriterier vil kunne fremme en mere effektiv og gennemsigtig beskyttelse af konkurrencen og sikre, at spillereglerne bliver ens for alle. Et sådant harmoniseret miljø vil også gøre det lettere at skabe et mere gnidningsløst netværkssamarbejde mellem konkurrencemyndigheder, der i sidste instans kunne munde ud i, at Kommissionen og en eller flere nationale myndigheder var fælles om at vurdere en fusions helhedsvirkninger på alle markeder, lige fra globale til lokale markeder.

B. Henvisning af sager til medlemsstaterne efter artikel 9

1. Baggrund

69. Henvisningsordningen i fusionsforordningens artikel 9 tager sigte på en finjustering af virkningerne af det omsætningsbaserede tærskelsystem, der afgør jurisdiktionsspørgsmålet, og skal sikre, at en sag kan behandles af den myndighed, der er bedst egnet til det. Det sker ved hjælp af et kriterium baseret på fusionens virkninger for konkurrencen på et marked i en medlemsstat. Er kriteriet opfyldt, kan selv fusioner, der når op på tærsklerne i artikel 1, behandles på nationalt plan. Denne ordning er helt i nærhedsprincippet's ånd.
70. I henhold til artikel 9, stk. 10, vil henvisningsreglerne kunne tages op til fornyet gennemgang samtidig med de i artikel 1 fastsatte tærskler. Efter Kommissionens rapport fra juni 2000 støttede medlemsstaterne en sådan fornyet gennemgang og foreslog også, at Kommissionen undersøgte de potentielle meromkostninger ved henvisninger.
71. Under denne revisionsrunde har man set på tilfælde, hvor der igennem de sidste fem år (fra november 1996 til januar 2001) er anmodet om henvisning af fusionsager. Resultaterne er gengivet i bilag II.

2. Problemerne

72. Resultaterne af denne seneste undersøgelse tyder ikke nævneværdigt på, at henvisninger medfører meromkostninger, men peger dog på visse aspekter i de nugældende henvisningsregler, der med fordel kunne ændres. Der er bl.a. tale om tidsfrister, kriterier for henvisning af en sag og problemer i forbindelse med delvise henvisninger. Desuden er der kommet en vis bekymring til udtryk angående nationale konkurrencemyndigheders behandling af henviste sager, primært i relation til proceduren. Af Kommissionens undersøgelser fremgår det klart, at der er et ønske om at få fastlagt en effektiv procedure, der sikrer en tilstrækkelig gennemsigtighed i forholdet mellem de implicerede virksomheder, Kommissionen og medlemsstaterne, således at man mindsker dobbeltarbejde og tidsspild og sikrer rimelige og konsekvente beslutninger.
73. En hyppigt tilbagevendende bemærkning angående tidsfristerne drejer sig om de tre uger, de nationale myndigheder har til at anmode om at få en sag henvist. Mange fandt, at det var længere tid end nødvendigt. Det gælder især, når der er tale om markeder, som en national myndighed uden nogen tvivl er bedre i stand til at tackle. Nogle pegede på, at denne lange frist kunne være skadelig, fordi den kan gå udover timingen af overtagelsestilbud i den pågældende medlemsstat. Der kunne også opstå problemer, hvis anmodningen blev fremsat umiddelbart inden fristens udløb, på et tidspunkt, hvor parterne måske koncentrerede sig om at forelægge tilsagn for Kommissionen. Endelig spiller tidsfaktoren en stor rolle, når dele af en sag henvises til nationale konkurrencemyndigheder, som er underlagt forskellige frister for deres endelige afgørelse i sagen.
74. Med hensyn til kriterierne for definition af, hvilke fusioner der kan henvises (fusionsforordningens artikel 9, stk. 2), gik de fleste ind for "forudsigelige", "enkle" eller sågar "automatiske" kriterier. Blandt forslagene var "produktmarkeder og geografiske markeder, der let kan afgrænses fra andre", "fravær af eller meget

ubetydelig samhandel mellem medlemsstater”, et klart virkningsbaseret kriterium som skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling eller enhver kombination af de ovennævnte. Artikel 9, stk. 2, litra b), der blev indført for at gøre det lettere at anmode om at få en sag henvist ved at indføre et lempeligere kriterium, er kun blevet brugt én gang som grundlag for en anmodning om henvisning.¹²

75. Blandt de virksomheder, der har været impliceret i delvist henviste sager, er det ofte blevet fremført, at henvisning mindsker fordelene ved det såkaldte “one-stop shop”-princip, og at det også kan have negativ indflydelse på sagsbehandlingstiden, omkostningerne og retssikkerheden. Det er navnlig tilfældet, når vurderingen af forskellige dele af en fusion henvises til forskellige medlemsstater. De fleste virksomheder mente, at henvisninger fører til øgede omkostninger, både økonomisk og personalemæssigt, især umiddelbart efter godkendelsen af en henvisningsanmodning, selv om der ikke blev sat tal på disse omkostninger. Man må imidlertid ikke glemme, at virksomhederne – hvilket også fremgik af undersøgelsen – generelt er i stand til at forudse, hvornår en sag sandsynligvis vil blive henvist, og på forhånd kan indregne det i deres omkostningsberegninger.
76. Der er udbredt bekymring over de nationale regler, navnlig procedureregler, der anvendes i henviste sager. Selv om alle de henviste sager ser ud til at være blevet behandlet af nationale myndigheder på et konkurrencegrundlag, er der fortsat usikkerhed om de nationale procedurers varighed og om beskyttelsen af forretningshemmeligheder i behandlingen af henviste sager. Mange efterlyser en øget indbyrdes tilnærmelse af nationale regler, i hvert fald op til en minimumsstandard.
77. I mange kommentarer blev der peget på, at behandlingen af fusioner på nationalt plan kunne blive udsat for politisk påvirkning, alt efter hvor udviklet den nationale konkurrencelovgivning var, hvordan de implicerede virksomheders ejerforhold var, og endelig hvilken politisk eller social betydning den relevante sektor havde i den pågældende medlemsstat.
78. Når først en sag er blevet henvist, pålægger fusionsforordningen medlemsstaterne to forpligtelser. For det første skal de nationale myndigheder i henhold til artikel 9, stk. 6, bekendtgøre det resultat, de er nået frem til, senest efter fire måneder. Der er blevet peget på, at den nuværende formulering af denne bestemmelse giver de nationale myndigheder et spillerum til at bruge mere tid på sagen, end hvis den var forblevet hos Kommissionen, og det er også sket. For det andet fastsættes det i artikel 9, stk. 8, at medlemsstaterne kun må træffe de foranstaltninger, der er strengt nødvendige for at bevare eller genoprette en effektiv konkurrence på det pågældende marked. Selv om det overlades til den nationale myndigheds skøn at afgøre, hvordan den vil overholde denne bestemmelse, er der tale om en forpligtelse til at overholde proportionalitetsprincippet. Eftersom medlemsstatens udøvelse af sin skønsbeføjelse er underlagt domstolskontrol, forekommer der ikke – således som det er blevet antydnet af nogle erhvervsfolk – at være noget behov for at ændre denne bestemmelse ved at indføre en eller anden form for overvågning fra Kommissionens side. I to sager af nyere dato har man set eksempler på den rolle, de nationale domstole kan spille i henviste sager¹³.

¹² Sag Govia/Conex (2001), som blev henvist til de britiske myndigheder.

¹³ Sag COMP/M.2216 ENEL/FT/Wind/Infostrada, som den 19. januar 2001 blev henvist til de italienske myndigheder, hvis afgørelse blev anket til den kompetente nationale domstol, og sag COMP/M.2044,

3. *Mulige løsninger*

79. En forenkling af de krav, der stilles til anmodninger om at få en sag henvist, vil nok fremme en mere effektiv sagsbehandling og vil måske kunne afkorte den tid, det for øjeblikket tager at anmode om og få efterkommet en anmodning om henvisning. Men det afhænger i vid udstrækning af, om det er muligt at afkorte de gældende procedurefrister på nationalt plan. I den henseende forekommer der ikke at være noget eller ikke noget større spillerum for at afkorte treugersfristen, så længe den nationale myndighed skal godtgøre, at en fusion truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling (artikel 9, stk. 2, litra a)). Men en lempelse af kravene til fremsættelse af en henvisningsanmodning må kunne mindske behovet for, at de nationale myndigheder foretager en undersøgelse af en fusions sandsynlige virkninger, inden de fremsætter en sådan anmodning. Desuden må det være muligt at afkorte den tid, der er brug for til interne konsultationer i medlemsstatens administration, eftersom en anmodning da ikke længere vil bero på den foreløbige konklusion, at fusionen må antages at føre til konkurrenceskadelige virkninger.
80. For at lette henvisning af fusioner, der på grund af deres mangel på betydelige grænseoverskridende virkninger bedst vil kunne behandles på nationalt plan, vil det også være rimeligt at give Kommissionen mulighed for at henvise sådanne sager på eget initiativ. Det vil naturligvis indebære forudgående samråd mellem Kommissionen og den relevante nationale myndighed og kunne spare den pågældende medlemsstat for arbejdet med at udarbejde en anmodning. Rent bortset fra den forenkling, en sådan henvisningsmulighed vil give, kan den også i sager, hvor fusionens virkninger er subnationale, bane vej for mere ensartede spilleregler overalt i EU. Hvis Kommissionen får mulighed for at henvise sådanne sager til medlemsstaterne, vil det stort set svare til medlemsstaternes nuværende mulighed for eventuelt at henvise sager til Kommissionen efter fusionsforordningens artikel 22.
81. For at skabe endnu større gennemsigtighed vil det måske være en god ide, hvis Kommissionen udsendte særlige retningslinjer for behandlingen af henvisninger i et ændret system. Disse retningslinjer kunne i lighed med den nyligt vedtagne meddelelse om tilsagn forklare, hvilke principper der ligger til grund for henvisning af sager, og hvordan man definerer sager af lokal eller regional interesse, suppleret med praktiske eksempler.
- a) Mere enkle kriterier for henvisning af en sag:

Det foreslås, at man kun bibeholder artikel 9, stk. 2, litra b), men gør den lettere at håndtere. Det indebærer, at man ophæver kravet om, at det skal godtgøres, at en fusion truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling. Det må være tilstrækkeligt, at det kan dokumenteres, at en fusion har virkninger for konkurrencen på et særskilt marked i en medlemsstat. Hvad angår dette markedes størrelse og relevans, bør kriteriet ikke bero på, i hvilket omfang dette marked udgør en væsentlig del af fællesmarkedet. Der bør i stedet for fastlægges et mere enkelt geografisk kriterium. Når det drejer sig om henvisninger, ser der ikke ud til at være noget behov for overhovedet at definere det eller de relevante markeders geografiske omfang, forudsat at virkningerne ikke strækker sig ud over den pågældende medlemsstat

Interbrew/Bass, som den 22. oktober 2000 blev henvist til de britiske myndigheder, hvis afgørelse om foreløbige forholdsregler blev omstødt af den nationale domstol alene af proceduregrunde.

grænser. Det må derfor være tilstrækkeligt, at det i anmodningen godtgøres, at den påståede indvirkning på konkurrencen, der danner grundlag for henvisningsanmodningen, ikke er betydelig i relation til markedsafskærmning og afsmitning på beslægtede markeder af større geografisk omfang eller har tilsvarende grænseoverskridende virkninger.

b) Henvisning af sager på Kommissionens initiativ:

For at kunne beskytte konkurrencen på markeder inden for en medlemsstat bør Kommissionen i overensstemmelse med nærhedsprincippet også kunne henvise en sag eller en del af en sag til nationale myndigheder, når de samme kriterier som de ovennævnte er opfyldt.

c) Tidsfrister:

Når det ikke længere er nødvendigt at godtgøre, at fusionen vil skabe eller styrke en dominerende stilling, kunne den treugersfrist, der gælder for fremsættelse af en henvisningsanmodning eller for Kommissionens udøvelse af et initiativ, eller begge, afkortes til to uger. Hvis anmeldende parter ønsker større retssikkerhed, kunne de sikre, at der bliver mere tid til drøftelser med de berørte nationale myndigheder og Kommissionen ved at tage kontakt med dem på et tidligt tidspunkt før anmeldelse. For at bevare fordelene ved denne mere smidige og fortrolige fase i sagsbehandlingen bør den dog ikke formaliseres i forordningen.

82. På det generelle plan forekommer det rimeligt, at anmelderne ikke stilles ringere, fordi sagen henvises. Det gælder ikke blot de materielle spørgsmål, men også de procedurespørgsmål, der kan have indvirkning på anmelderne. På den anden side kan det fremføres, at henviste sager bør behandles på lige fod med alle de fusionsager, der behandles af den pågældende kontrolmyndighed. Der kan dog ikke desto mindre være fordele ved at søge at harmonisere tidsrammerne for den endelige afgørelse. En mulighed vil være at afklare den nuværende regel i artikel 9, stk. 6, således at en beslutning af endelig karakter vil skulle vedtages inden for samme frist som den, der ville gælde for Kommissionen. En anden, mere vidtrækkende mulighed ville være, at man i fusionsforordningen fastsatte, at enhver national myndighed, der behandler en sag henvist til den, skal gøre det efter procedurereglerne i fusionsforordningen. Begge ændringer vil nok kræve efterfølgende ændringer i de nationale fusionskontrolprocedurer.

83. Kommissionen vil gerne have en debat i gang om, hvordan den nuværende arbejdsdeling mellem Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder kan forbedres. I den forbindelse vil den gerne have kommentarer til, hvordan man kan tilgodese målet om en bedre beskyttelse af konkurrencen, også når eventuelle negative virkninger ikke har grænseoverskridende karakter, og et mere effektivt system. Bemærkninger om eventuelle ulemper ved en sådan ændring eller om det ønskelige i en ændring i det hele taget vil også være velkomne.

C. Fælles henvisninger til Kommissionen efter artikel 22, stk. 3

84. Før artikel 22, stk. 3, blev ændret ved forordning 1310/97, havde den til formål at give medlemsstaterne mulighed for at anmode Kommissionen om at overtage en sag og vurdere virkningerne af fusioner, der ikke nåede op på tærsklerne i artikel 1. Bestemmelsen tog oprindeligt sigte på de medlemsstater, der endnu ikke havde et

hensigtsmæssigt redskab til at undersøge fusioner på nationalt plan. Der er blevet sat spørgsmålstegn ved, om dette oprindelige formål med artikel 22, stk. 3, var foreneligt med nærhedsprincippet, da sådanne fusioner – uden denne bestemmelse – ikke ville have været underlagt nogen kontrolordning på det nationale plan.

85. Som nævnt ovenfor har alle medlemsstater undtagen Luxembourg nu indført fusionskontrol. I praksis betyder det, at potentialet for at anvende artikel 22, stk. 3, i dens oprindelige form er meget begrænset¹⁴.
86. De ændringer, der trådte i kraft i 1998, havde til formål at give artikel 22, stk. 3, en ny funktion, som bestod i at give to eller flere medlemsstater mulighed for at henvise en sag i fællesskab, når de mente, at Kommissionen var bedre i stand til at handle. Intentionen var således at styrke anvendelsen af EU's konkurrenceret i sager, hvor fusionen havde grænseoverskridende virkninger, styrke "one-stop shop"-princippet og afhjælpe problemerne omkring fusioner, der var anmeldelsespligtige i flere lande. I en vis forstand kan denne ændring ses som et supplement til den samtidige indførelse af tærsklerne i artikel 1, stk. 3, der også havde til formål at løse de samme problemer. Men desværre viste ændringerne i artikel 22, stk. 3, sig at virke mindre effektivt end ændringen i artikel 1, stk. 3. Faktisk har Kommissionen hidtil ikke modtaget nogen fælles anmodning om at behandle en sag.
87. Kommissionen har spurgt virksomheder, der har måttet anmelde en fusion til flere nationale myndigheder, om de pågældende nationale myndigheder så vidt de vidste havde overvejet at rette en fælles anmodning til Kommissionen om at overtage sagen. Kun i 6 % af de sager, der blev anmeldt til tre eller flere medlemsstater, var de anmeldende parter bekendt med, at de pågældende nationale myndigheder overvejede en fælles anmodning. Ingen af de virksomheder, der havde anmeldt i to medlemsstater, var bekendt med sådanne overvejelser.
88. Desuden blev de samme virksomheder spurgt, om de under proceduren med parallelle anmeldelser var vidende om nogen kontakter mellem de implicerede myndigheder (hvis de f.eks. var blevet anmodet om at indvillige i en vis udveksling af fortrolige oplysninger mellem myndighederne). I 8 % af de sager, der blev anmeldt til tre eller flere medlemsstater, var de anmeldende parter vidende om en vis samordning mellem nationale konkurrencemyndigheder. For virksomheder, der anmeldte i to medlemsstater, var tallet 2 %.

1. *Proceduremæssige svagheder ved artikel 22, stk. 3*

89. Det bemærkes, at de ovennævnte oplysninger udelukkende stammer fra anmeldende parters nødvendigvis subjektive svar på spørgsmål rettet til virksomheder, der har været impliceret i parallelle anmeldelser, men det forekommer ikke desto mindre at fremgå ret klart, at den første forudsætning for fælles henvisninger – nemlig passende kontakt mellem de implicerede – ikke er opfyldt. Derfor, og for at styrke denne bestemmelses funktion som et middel til at løse problemerne med parallelle anmeldelser, er det nok nødvendigt at indføre en informationsudvekslingsmekanisme mellem alle de implicerede. En sådan mekanisme må nødvendigvis omfatte de anmeldende parter, alle de berørte medlemsstater og Kommissionen.

¹⁴ Den sidste henvisning efter artikel 22, stk. 3, blev faktisk foretaget i 1997 af de nederlandske myndigheder i sag IV/M.890 - Blokker/Toys "R" Us. I alt er kun fire sager blevet henvist til Kommissionen efter denne ordning, to fra Nederlandene, en fra Finland og en fra Belgien.

90. I et begrænset antal sager har Kommissionen haft uformel kontakt med nationale myndigheder, hvor muligheden for fælles henvisning er blevet drøftet. Disse kontakter har understreget tre yderligere elementer, som navnlig drejer sig om procedurereglerne i andet afsnit af artikel 22, stk. 4, og som kan gøre det vanskeligt for medlemsstaterne at foretage en fælles henvisning.
91. Det første problem drejer sig om bestemmelsen om, at anmodningen skal fremsættes senest en måned efter den dato, hvor medlemsstaten eller alle de medlemsstater, der fremsætter den fælles anmodning, blev underrettet om fusionen, eller hvor fusionen blev gennemført. Fristen løber fra den dato, hvor den første af disse begivenheder fandt sted. Der er ingen definition på, hvad der skal forstås ved, at en medlemsstat "*blev underrettet om en fusion*". Formuleringen af denne bestemmelse kunne nok med fordel forbedres, men det forekommer naturligt at lægge datoen for en national anmeldelse til grund som den udløsende dato i de medlemsstater, hvor der er anmeldelsespligt. Baggrunden for denne fortolkning er, at det forekommer urimeligt at lægge nogen anden, mindre formel form for underretning, til grund, når den nationale lovgivning indeholder konkrete krav om, hvordan en fusion skal meddeles til en medlemsstat¹⁵. Et spørgsmål, der er mere åbent for diskussion, er, hvordan "*underretning af en medlemsstat om en fusion*" skal fortolkes, når den nationale lovgivning ikke indeholder noget krav om anmeldelse¹⁶. Man kan desuden også forestille sig, at en fusion gennemføres på forskellige datoer i forskellige medlemsstater.
92. Det andet problem, der delvis hænger sammen med det ovenfor beskrevne, er, at medlemsstaternes fusionskontrolordninger udviser betydelige forskelle med hensyn til kravene til, *hvornår* der skal eller kan foretages anmeldelse. I praksis betyder det, at det er vanskeligt at forudse, hvornår en månedsfristen i artikel 22, stk. 4, vil udløbe i en af medlemsstaterne. Dette problem bliver naturligvis lige så mange gange større, som der er medlemsstater, der kan deltage i den fælles henvisning. En anden faktor, der i sig selv er et problem, er, at der ikke findes nogen objektiv måde, hvorpå man kan forudse, hvor mange medlemsstater der kunne deltage i en fælles henvisning. Slutresultatet er, at alt efter hvilke medlemsstater der deltager i en fælles henvisning, vil fristen i artikel 22, stk. 4, kunne variere betydeligt, da den igen vil afhænge af, hvornår hver af medlemsstaterne blev underrettet om fusionen.
93. Det tredje og nok største problem, som igen hænger sammen med den manglende harmonisering af procedureregler mellem medlemsstaterne, ligger i, at der ikke er nogen bestemmelse om, at de gældende nationale frister suspenderes, indtil der er foretaget fælles henvisning. Det betyder f.eks., at land X i henhold til sin nationale lovgivning kan være juridisk forpligtet til at træffe en afgørelse om den anmeldte fusion inden udløbet af fristen for, at land Z kan fremsætte sin anmodning til Kommissionen. Dette problem kan naturligvis blive forværret af, at der er mere end to lande, der overvejer en fælles henvisning, og af, at Kommissionen efter artikel 22, stk. 3, selv kan skønne, om den vil acceptere en henvisningsanmodning eller ej.

¹⁵ Denne fortolkning er på den anden side blevet kritiseret af praktiske grunde, for hvorfor skulle man kræve, at parterne udfører det ofte betydelige arbejde med at udarbejde flere nationale anmeldelser, hvis sagen i sidste instans alligevel henvises til Kommissionen?

¹⁶ Efter det nye franske fusionskontrolsystemes ikrafttræden vil dette problem kun gøre sig generelt gældende i Det Forenede Kongerige og i Luxembourg (men vil kunne opstå for enhver fusion, der ikke når op på de nationale tærskler for fusionskontrol).

94. For at bringe artikel 22, stk. 3, til at fungere som et almindeligt anvendeligt middel til at løse problemerne med parallelle anmeldelser vil det sandsynligvis være nødvendigt at ændre andet og mere end fusionsforordningen. Det er tvivlsomt, om fusionsforordningen kunne ændres på en sådan måde, at medlemsstaterne fik pligt til at konsultere hinanden i forbindelse med anmeldelse af fusioner uden nogen fællesskabsinteresse (som defineret i artikel 1). Det samme gælder de ovenfor beskrevne problemer, der skyldes forskellene i medlemsstaternes lovgivning angående den begivenhed, der udløser anmeldelsespligt.

95. Af disse grunde vil artikel 22, stk. 3, nok kun kunne bringes til at fungere efter hensigten efter en tilstrækkelig grad af harmonisering af nationale lovgivninger. Men selv om en sådan harmonisering blev opnået, ville systemet fortsat have en række andre operationelle svagheder, der gennemgås nedenfor.

2. *Operationelle svagheder ved artikel 22, stk. 3*

96. Ud fra et effektivitetssynspunkt indebærer henvisningsbestemmelsen i artikel 22 uundgåeligt generelt længere sagsbehandlingstid og ringere retssikkerhed for alle implicerede. Da enhver henvisningsbestemmelse i sagens natur altid vil indebære en vurdering foretaget af to eller flere konkurrencemyndigheder, er det ikke sandsynligt, at man kan finde frem til et system, der ikke giver længere ventetid end det direkte "one-stop shop"-system. Da hver af de implicerede konkurrencemyndigheder i hvert fald i det nuværende system desuden kan skønne, om den vil anmode om/acceptere henvisning af en sag eller ej, kan proceduren ikke undgå at være forbundet med endnu mere usikkerhed. Fusionsparterne er måske også i stand til at udnytte de eksisterende forskelle mellem de nationale lovgivninger til at fremme et bestemt udfald og kan derved bidrage til yderligere usikkerhed. Det er muligt, at sådanne svagheder må accepteres i et system, der er udformet med henblik på at fungere som en korrigerende mekanisme i særlige tilfælde, men de overstiger, hvad der er forsvarligt i et system, der tager sigte på at afhjælpe problemerne med parallelle anmeldelser mere generelt.

97. En anden operationel svaghed ved artikel 22, stk. 3, er, at fælles henvisning af en sag kun giver Kommissionen kompetence til at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at bevare eller genoprette en effektiv konkurrence i den eller de medlemsstater, der foretog henvisningen. Det kan være logisk i et system, der er baseret på, at Kommissionen i sådanne tilfælde træder i stedet for den eller de henvisende medlemsstater. Men det vil kunne føre til resultater, der er uforenelige med "one-stop shop"-princippet (eftersom ikke-henvisende medlemsstater fortsat kan behandle fusionen parallelt), eller, hvilket er endnu værre, føre til, at Kommissionen er ude af stand til at skride ind over for et identificeret konkurrenceproblem (hvis ikke-henvisende medlemsstater ikke tager sagen op).

3. *Konklusion angående artikel 22, stk. 3*

98. Som nævnt ovenfor kunne nogle af de nuværende svagheder ved artikel 22, stk. 3, afhjælpes gennem præciseringer (f.eks. af udtrykket "underrette en medlemsstat om en fusion"). Da artikel 22 altid har fungeret som en pendant til artikel 9, kunne man desuden overveje den samme type ændring som den, der blev skitseret angående artikel 9 (dvs. lempelse af kriterierne).

99. Men i betragtning af de ovenfor beskrevne svagheder er det dog stadigvæk tvivlsomt, om denne bestemmelse kan ændres på en sådan måde, at den giver en effektiv og generelt anvendelig metode til at løse problemet med parallelle anmeldelser. Alle interesserede opfordres dog til at fremsætte deres synspunkter herom, gerne med forslag til, hvordan denne bestemmelse kan indpasses i et sammenhængende system for kompetencefordeling.

D. Fusionsbegrebet: relevante spørgsmål

100. Ud over egentlige fusioner omfatter fusionsbegrebet også en eller flere virksomheders erhvervelse af juridisk eller faktisk kontrol over en eller flere virksomheder, herunder oprettelse af selvstændigt fungerende joint ventures.
101. Heraf følger, at en transaktion, der ikke indebærer erhvervelse af en sådan kontrol, falder uden for fusionsforordningens rammer. Det betyder f.eks., at transaktioner, hvor en virksomhed alene eller flere virksomheder i fællesskab erhverver ikke-kontrolgivende *minoritetsinteresser*, ikke er omfattet af forordningen, og det gælder, uanset om denne minoritetsandel erhverves af en konkurrent eller ej. Så længe kontrolkriteriet ikke er opfyldt, gælder det samme princip også for *strategiske alliancer*, hvilket er et begreb, der er kommet til at optræde hyppigere siden fusionsforordningens indførelse. Som regel behandler Kommissionen i dag sådanne transaktioner efter EF-traktatens artikel 81-82. Kommissionen er klar over, at sådanne transaktioner kan have "strukturelle" virkninger på de berørte markeder. Men den er også klar over vanskelighederne ved at definere disse transaktioner tilstrækkeligt præcist til at indføre anmeldelsespligt.
102. Som nævnt ovenfor finder fusionsforordningen anvendelse på selvstændigt fungerende joint ventures. I 1998 blev forordningens anvendelsesområde udvidet gennem ændringer af artikel 3, stk. 2, og indføjelser af artikel 2, stk. 4, der åbnede mulighed for også at tage stilling til samarbejdsaspekter i forbindelse med joint ventures. Desuden blev der i hvidbogen fra 1999 om modernisering af gennemførelsesbestemmelserne til artikel 81 og 82 rejst det spørgsmål, om *delvist selvstændigt fungerende produktions-joint ventures* også burde falde ind under fusionsforordningen. I sit forslag af 27. september 2000 udskød Kommissionen imidlertid en nærmere gennemgang af dette spørgsmål til revisionen af fusionsforordningen.
103. Et spørgsmål, der undertiden har givet anledning til fortolkningsproblemer, drejer sig om fusioner, der består af *flere transaktioner*. Det drejer sig fundamentalt om, hvornår to eller flere juridisk adskilte transaktioner i relation til fusionsforordningen bør anses at udgøre én anmeldelsespligtig transaktion. Svaret på dette spørgsmål kan få indvirkning på kompetencefordelingen mellem Kommissionen og de nationale myndigheder. For at sikre en effektiv kontrol med fusioner på det bedst egnede niveau mener Kommissionen, at man bør sikre, at transaktioner, der økonomisk set er betinget af hinanden, behandles samlet af en og samme myndighed. Samtidig bør enhver kunstig sammenlægning af indbyrdes adskilte transaktioner undgås.
104. Et andet spørgsmål, der hænger sammen med fusionsbegrebet, er, hvorvidt fusionsforordningen kan siges at omfatte visse transaktioner, navnlig i finanssektoren (*venturekapital* osv.), der i realiteten ikke resulterer i nogen koncentration af udbud eller efterspørgsel på markedet. Fusionsforordningens artikel 3, stk. 5, indeholder en undtagelse for visse typer af disse transaktioner. Men i lyset af den udvikling, der

siden 1990 er sket på de finansielle markeder og inden for virksomhedsfinansiering, er det på sin plads at tage op til fornyet overvejelse, om denne artikel fortsat opfylder sit formål eller bør revideres.

105. Endelig er der et spørgsmål i forbindelse med fusionsbegrebet, der drejer sig om muligheden for at skabe bedre *konvergens* mellem dette begreb og koncernbegrebet i fusionsforordningens artikel 5. Den nuværende sondring mellem de to begreber har undertiden givet anledning til kontroverser, og det er derfor ønskeligt at overveje, om det vil kunne lette forordningens anvendelse, hvis man anvendte samme begreb i begge artikler.

1. *Minoritetsinteresser*

106. I et begrænset antal sager har Kommissionen taget hensyn til afhændelse af minoritetsinteresser eller opgivelse af personsammenfald i ledende organer i fase 1-beslutninger, således at man ikke behøvede at analysere de potentielt komplicerede spørgsmål, der rejste sig under sagsbehandlingen¹⁷.
107. Fusionsforordningen finder imidlertid ikke anvendelse på erhvervelse af minoritetsinteresser, medmindre der på grund af andre faktorer opstår en situation med juridisk eller faktisk kontrol. Men det kan være, at en minoritetsandel (eventuelt i forbindelse med personsammenfald) kan ændre de forbundne virksomheders incitament til at konkurrere og dermed få indvirkning på markedsforholdene. Selv om fusionsforordningen ikke finder anvendelse i sådanne tilfælde, kan artikel 81 og 82 ifølge retspraksis anvendes til at vurdere minoritetsinteresser og de konkurrenceproblemer, de måtte rejse.
108. Kommissionen er blevet opmærksom på minoritetsinteresser og personsammenfald som faktorer, der kan virke fremmede for fælles dominans, og på, at flere andre jurisdiktioner anvender fusionsregler, når der er tale om erhvervelse af minoritetsinteresser, uafhængigt af, om der erhverves kontrol¹⁸. Fra forskellig side er det blevet fremført, at EU-reglerne med fordel også kunne udvides på det punkt.
109. På dette stadium er Kommissionen ikke i besiddelse af tilstrækkelige data om, hvor udbredte sådanne minoritetsinteresser og personsammenfald er. Men ud fra de hidtidige erfaringer ser det ud til, at kun et begrænset antal af disse transaktioner kan antages at ville rejse konkurrenceproblemer, der ikke kan løses på tilfredsstillende vis ved anvendelse af EF-traktatens artikel 81 og 82. Ud fra denne antagelse forekommer det urimeligt at underkaste alle erhvervelser af minoritetsinteresser

¹⁷ Se f.eks. IV/M.1080 - Thyssen/Krupp, beslutning af 2. juni 1998, COMP/M.1712 - Generali/INA, beslutning af 12. januar 2000, og COMP/M.1980 - Volvo/Renault, beslutning af 1. september 2000.

¹⁸ F.eks. finder de tyske, østrigske og irske fusionskontrolregler anvendelse på erhvervelse af en aktiepost på 25 %, uanset om der er tale om en ændring af kontrolforholdene i fusionsforordningens forstand eller ej. I disse lande vil der kunne kræves en ny anmeldelse, hvis der siden erhverves enekontrol. På samme måde finder de britiske fusionskontrolregler ikke alene anvendelse på erhvervelse af kontrol, men også på transaktioner, hvor en part får mulighed for at "øve væsentlig indflydelse" på en anden part. De amerikanske fusionsregler (Section 7 i Clayton Act) gælder også i situationer, der ikke ville opfylde fusionsdefinitionen i fusionsforordningen. Spørgsmål angående personsammenfald er omhandlet i Section 8 i Clayton Act. De amerikanske regler indeholder bl.a. et kriterium, der går på transaktionens størrelse, og som kan finde anvendelse på transaktioner, der ikke indebærer en overførsel af kontrol (i fusionsforordningens forstand), forudsat at den erhvervede andel har en værdi, der overstiger 50 mio. USD.

forudgående kontrol efter fusionsforordningen. Samtidig forekommer det også tvivlsomt, om det vil være muligt at opstille en ordentlig definition, der kan opfange alle de tilfælde, hvor minoritetsinteresser og personsammenfald bør underkastes en sådan kontrol.

110. Kommissionen opfordrer ikke desto mindre alle interesserede til at berette om deres erfaringer med behandlingen af minoritetsinteresser og personsammenfald efter EU's konkurrenceregler og om deres syn på, hvordan sådanne spørgsmål bedst kan behandles i fremtiden.

2. *Strategiske alliancer*

111. Strategiske alliancer er samarbejdsarrangementer af forskellig rækkevidde, hvor der etableres adskillige forbindelser, der normalt er kontraktlige, men også kan have strukturelle aspekter. Der kan være tale om alt lige fra etablering af et joint venture, specialisering inden for bestemte markeder, fælles forskning og udvikling, teknologioverførsel, krydsleveringsaftaler, aftaler om fremtidigt samarbejde på andre områder og til køb af aktieposter¹⁹. Strategiske alliancer indgås ofte mellem aktuelle konkurrenter, der søger at tage konkurrencen op med andre, tilsvarende alliancer. De har tendens til at være mest almindelige på nyligt liberaliserede markeder, hvor de har til formål at gøre deltagerne konkurrencedygtige på markeder, der befinder sig i en global integrationsproces. Konkurrenceretten tager navnlig sigte på at sikre uafhængighed og effektiv konkurrence mellem sådanne alliancer.

112. De aftaler, der er tale om i strategiske alliancer (især eksklusivlicenser, købsaftaler, konkurrenceklausuler), kan være konkurrencebegrænsende og vil derfor kunne blive ramt af traktatens artikel 81. Hidtil er der kun én, nemlig den strategiske alliance mellem Alitalia og KLM²⁰, der er blevet vurderet efter fusionsforordningen. I denne sag fandt Kommissionen, at alliancen af en række grunde²¹ opfyldte kriterierne for at blive betragtet som et selvstændigt fungerende joint venture, som defineret i Kommissionens meddelelse herom.

113. Ifølge 23. betragtning til fusionsforordningen bør fusionsbegrebet defineres på en sådan måde, at det kun omfatter foranstaltninger, som kan bevirke en varig ændring af de deltagende virksomheders struktur. Strategiske alliancer vil normalt ikke bevirke nogen strukturændring som omhandlet i fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, og vil derfor ikke nødvendigvis resultere i, at der opstår en selvstændig økonomisk enhed som defineret i meddelelsen om selvstændigt fungerende joint ventures. Artikel 81 forekommer derfor stadigvæk at være det bedst egnede retsinstrument til at behandle disse transaktioner.

3. *Artikel 2, stk. 4*

114. En af de væsentligste ændringer, der blev foretaget i fusionsforordningen i 1998, bestod i, at den kom til at omfatte visse joint ventures, som hidtil havde været

¹⁹ Se 24. Beretning om Konkurrencepolitikken (nr. 156).

²⁰ JV.19 - KLM/Alitalia.

²¹ Især følgende: at parterne ville ophøre med at operere på de markeder, alliancen omfattede, at de daglige forretninger ville blive ført i fællesskab, at de ville træffe alle vigtige strategiske og forretningsmæssige beslutninger i fællesskab, at begge parters materielle aktiver udelukkende skulle anvendes til alliancen, og at aftalen skulle være af lang varighed.

betragtet som faldende uden for forordningens anvendelsesområde (de såkaldte selvstændigt fungerende joint ventures oprettet i samarbejdsøjemed).

115. Mellem marts 1998 og december 2000 blev der anmeldt i alt 47 sådanne samarbejds-joint ventures. Kun en af disse anmeldelser var baseret på omsætningskriteriet i artikel 1, stk. 3, mens de resterende 46 opfyldte kriteriet i artikel 1, stk. 2.
116. Fusionsforordningens udvidelse til at omfatte alle selvstændigt fungerende joint ventures oprettet i samarbejdsøjemed anses for at have været rigtig. Erfaringerne har vist, at disse sager egner sig godt til den mere strukturorienterede vurdering efter fusionsforordningen. At de kom med ind under fusionsforordningen har reduceret de omkostninger, der er forbundet med, og den tid, det tager for virksomhederne at opnå godkendelse, og artikel 2, stk. 4, åbner mulighed for at vurdere alle konkurrenceaspekterne ved sådanne transaktioner under ét, i en samlet administrativ procedure.
117. Rent materielt kan sandsynligheden for, at disse joint ventures rejser konkurrenceproblemer, illustreres på følgende måde. Syv af de ovennævnte joint ventures blev vurderet til at rejse konkurrenceproblemer i enten første eller anden fase. Det tilsvarende tal for alle andre sager, der blev anmeldt efter fusionsforordningen i samme periode, var 75 (ud af i alt 798 anmeldelser). En sammenligning af disse tal viser, at ca. 15 % af disse joint ventures rejste problemer med dominerende stilling, mens der i de andre sager var tale om 9 %.
118. I samme periode var der to joint venture-sager²², der rejste problemer i relation til samordning af fortsat uafhængige virksomheders konkurrenceadfærd (dvs. artikel 81-problemer). I disse sager blev problemerne ikke undersøgt nærmere, fordi de blev løst gennem de ændringer, parterne foretog i deres oprindelige plan, og en tilbundsående undersøgelse var derfor overflødig. Hidtil er der ingen af disse joint ventures, der er blevet fundet uforenelige med fællesmarkedet.
119. Selv om det ser ud til, at den type problemer, som artikel 2, stk. 4, blev indført for at løse, kun optræder ret sjældent, må man erkende, at denne bestemmelse kun har været i kraft i ret kort tid. Der er derfor behov for flere praktiske erfaringer, før man foretager en mere indgående vurdering.

4. *Delvist selvstændigt fungerende produktions-joint ventures*

120. Som nævnt ovenfor udskød Kommissionen i sit forslag om modernisering af gennemførelsesbestemmelserne til artikel 81 og 82 afgørelsen af, om fusionsbegrebet burde udvides yderligere, til denne revision af fusionsforordningen. Baggrunden var, at Kommissionen i sin hvidbog havde peget på det ønskelige i at bevare et forhåndsgodkendelsessystem for delvist selvstændigt fungerende produktions-joint ventures. Det skyldtes de betydelige investeringer og den vidtrækkende integration af driften, der var tale om i sådanne joint ventures. Tanken var, at delvist selvstændigt fungerende joint ventures ligesom helt selvstændigt fungerende joint ventures skulle underkastes såvel dominanstesten som fusionsforordningens artikel 2, stk. 4.
121. Under den efterfølgende høring blev der imidlertid fremført kritik af forslaget på mange væsentlige punkter. Et af problemerne er, at det vil være meget vanskeligt at

²² Sag M.1327 - NC/Canal +/CDPQ/Bank America og sag JV.15 - BT/AT&T.

nå frem til en utvetydig juridisk definition på et delvist selvstændigt fungerende produktions-joint venture, navnlig på markeder for serviceydelser. Det tyder på, at sådanne joint ventures måske ikke egner sig til at blive underlagt kontrol i et system med forudgående anmeldelse.

122. Af endnu større betydning var det dog, at det ikke af høringen fremgik, at sådanne produktions-joint ventures i sig selv skulle være bedre egnet til forhåndskontrol end andre transaktioner, der kan være forbundet med storstilede investeringer (f.eks. forsknings- og udviklings-joint ventures eller distributionssystemer). Da delvist selvstændigt fungerende produktions-joint ventures per definition ikke vil være aktive på noget marked, ville det eneste, der reelt skulle vurderes, hvis de kom ind under fusionsforordningen, være, om der var tale om samordning mellem moderselskaberne. Da det betyder, at den test, der skulle foretages, ville forblive den samme (nemlig artikel 81), er der ingen grund til, at parterne skulle foretrække at være underlagt forhåndskontrol efter de nuværende regler for anvendelse af artikel 81 – det må nok siges at ville forekomme ret sjældent, at parterne i delvist selvstændigt fungerende joint ventures vil anmelde efter artikel 81 og derefter afvente Kommissionens beslutning, før de gennemfører transaktionen.
123. Desuden ville disse joint ventures fortsat være omfattet af gruppefritagelsesforordningerne efter artikel 81. I den forbindelse er det navnlig gruppefritagelserne for forsknings- og udviklingsaftaler og for specialiseringsaftaler, der er relevante. Forordning 2658/2000 om anvendelse af artikel 81, stk. 3, på kategorier af specialiseringsaftaler²³ giver bl.a. gruppefritagelse for fælles produktionsaftaler, hvor to eller flere virksomheder enes om at producere bestemte produkter i fællesskab. Fritagelsen gælder kun, når markedsandelen ikke når op over 20 %. Forordning 2659/2000 om anvendelse af artikel 81, stk. 3, på kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler²⁴ indrømmer gruppefritagelse for fælles forskning og udvikling af produkter eller processer samt fælles udnyttelse af resultaterne deraf. Hvis aftaleparterne er indbyrdes konkurrenter, gælder der en markedsandelstærskel på 25 %.
124. Det må således konkluderes, at der ud fra de disponible oplysninger ikke forekommer at være nogen tvingende grund til at udvide fusionsforordningens anvendelsesområde til også at omfatte delvist selvstændigt fungerende produktions-joint ventures. Kommissionen opfordrer dog enhver, der mener, at der bør foretages en sådan udvidelse, til at beskrive, hvordan de forestiller sig, at et sådant system kan indføres med tilstrækkelig garanti for retssikkerhed.

5. *Flere transaktioner*

125. Kommissionen har hidtil ved flere lejligheder måttet tage stilling til, om en række transaktioner, der i flere henseender var indbyrdes forbundne, burde betragtes som én samlet transaktion.
126. Spørgsmålet er relevant for, om det er Kommissionen, der har kompetencen. En transaktion, der måske ikke i sig selv har fællesskabsdimension, fordi den ikke når op

²³ EFT L 304 af 5.12.2000, s. 3.

²⁴ EFT L 304 af 5.12.2000, s. 7.

på tærsklerne i fusionsforordningen, kan alligevel falde ind under fusionsforordningen som en del af en fusion, der består af mere end en transaktion.

127. Artikel 3 finder anvendelse på erhvervelse af “direkte eller indirekte kontrol over det hele eller dele af en eller flere andre virksomheder”. Bortset fra denne generelle og brede definition findes den eneste anden bestemmelse, der er direkte møntet på den situation, hvor to eller flere transaktioner udgør en samlet fusion, i artikel 5, stk. 2, andet afsnit. Den tog primært sigte på at undgå, at fusionsparter kunne slippe uden om fusionsforordningen ved at opdele en fusion i flere transaktioner. Fusionsforordningen har opstillet den formodning, at alle transaktioner, der opfylder kriterierne i artikel 5, stk. 2, andet afsnit, skal betragtes som én fusion.
128. I overensstemmelse med “one-stop shop”-princippet er der principielt ingen grund til, at flere transaktioner, der efter den nugældende fusionsforordning ikke umiddelbart skal betragtes som en samlet fusion, ikke også skulle vurderes som en helhed, når der er en sådan økonomisk forbindelse og sammenhæng mellem dem, at de svarer til en samlet fusion.
129. Om der er tale om en sådan økonomisk enhed bør vurderes på grundlag af de mål, parterne søger virkeliggjort. Blandt de faktorer, der er relevante for, om situationen svarer til en samlet fusion, indgår tidsmæssig sammenhæng såvel som identitet, både mellem deltagerne i transaktionerne og i transaktionernes omfang.
130. Anvendelsen af “one-stop shop”-princippet på de ovenfor beskrevne typer transaktioner vil fremme det overordnede mål, som er at bevare en effektiv konkurrence, da det vil sikre, at alle virkningerne af sådanne fusioner underkastes én sammenhængende vurdering. Af samme grunde som for enhver anden fusion må en mere stringent anvendelse af “one-stop shop”-princippet også antages at skabe øget retssikkerhed for de implicerede eller berørte. For at undgå en kunstig opsplitning af behandlingen af sådanne transaktioner, der set ud fra parternes og/eller markedets perspektiv er præget af økonomisk sammenhæng, forekommer det bedst at få præciseret, under hvilke omstændigheder flere transaktioner bør betragtes som en samlet fusion i relation til fusionsforordningen. Det ser ud til at være tilfældet i følgende tre scenarier²⁵:
131. Når der er tale om *erhvervelse af fælles kontrol med en del af en virksomhed og enekontrol med en anden del af den*. Det er f.eks. normalt tilfældet, når det drejer sig om direkte overtagelse af moderselskabet i en koncern. I et sådant scenario kan målvirksomheden ofte have et eller flere datterselskaber, som kontrolleres i forening med andre, og som efter den direkte overtagelse vil blive kontrolleret (i forening med

²⁵

Man kunne tænke sig et fjerde scenario, hvor der er tale om fælles overtagelsestilbud. Disse sager behandles allerede som en samlet fusion i relation til fusionsforordningen, medmindre de bydende har aftalt, at alle de overtagne aktiver omgående skal splittes op efter en forudfastlagt plan. I den sidstnævnte situation præciseres det i punkt 24 i Kommissionens meddelelse om deltagende virksomheder, at hver af disse erhvervelser af aktiver skal betragtes som en separat fusion. Eftersom dette grundprincip allerede er slået fast, er der intet behov for at ændre de eksisterende bestemmelser. Men det kan være hensigtsmæssigt at foretage en yderligere præcisering af grænserne for undtagelsen i punkt 24 i meddelelsen om deltagende virksomheder, når den næste gang revideres. I forbindelse hermed kunne man forklare, at i det omfang, hvor der er usikkerhed om, hvad der i fremtiden skal ske med de aktiver, der er erhvervet i fællesskab, vil det fælles overtagelsestilbud i sin helhed blive betragtet som en samlet fusion, som vil blive vurderet bl.a. på grundlag af enhver kendt plan om en opsplitning af de overtagne aktiver.

andre) af det nye moderselskab. Det ville helt klart være kunstigt, hvis man ikke betragtede den overtagne koncern som en økonomisk enhed, og så længe den situation, der foreligger, ud fra et økonomisk synspunkt er den samme, vil der ikke være nogen grund til ikke at anvende det samme grundprincip. Dette kan illustreres med et simpelt eksempel, hvor virksomhed A agter at sælge følgende aktiver (som for at tydeliggøre eksemplet antages at være virksomheder, der er aktive på det samme relevante marked og er blevet drevet af A som en samlet enhed) til virksomhed B:

- 100 % af sit datterselskab A1
- sine 50 % i A2 (som A kontrollerer sammen med en anden) og
- sine (ikke kontrolgivende) 25 % i A3.

132. Efter de nugældende regler vil A1 og A2 blive betragtet som særskilte fusioner, mens overtagelsen af interesserne i A3 slet ikke vil blive betragtet som nogen fusion. De to førstnævnte transaktioner vil, alt efter hvor stor omsætningen er, skulle vurderes efter fusionsforordningen eller af en eller flere medlemsstater. Resultatet ville blive et helt andet, hvis A forud for salget placerede A1-A3 i et holdingselskab (f.eks. af skattehensyn), som derefter blev overført til B. I dette tilfælde ville der kun være én fusion, hvor B erhverver enekontrol med holdingselskabet. Desuden vil der ved afgørelsen af jurisdiktionsspørgsmålet blive taget hensyn til enhver omsætning, der kan henregnes til de af holdingselskabet ejede aktiver, hvilket betyder, at hele overførslen af aktiver vil skulle vurderes på enten EU-plan eller på nationalt plan. For at få alle de aktiver med, der bliver sammenlagt gennem fusionen, vil det derfor være bedst at ændre fusionsforordningens artikel 5, stk. 2, andet afsnit, således at den fuldt ud tilgodeser denne situation²⁶.

133. Slutresultatet af *aktivudvekslinger* (swaps) mellem to virksomheder vil normalt blive, at der fortsat vil være to separate enheder på markedet (om end med ændrede aktivkonstellationer). Aktivudvekslinger foregår ofte på grundlag af en enkelt aftale, og gennemførelsen af den ene transaktion vil, næsten per definition, være betinget af den andens gennemførelse. Fusionsforordningen har hidtil ikke anerkendt, at sådanne forbindelser er tilstrækkelige til at behandle aktivudvekslinger som en samlet fusion. Men af hensyn til en sammenhængende vurdering af hele transaktionen forekommer det berettiget at ændre denne politik. Desuden kan den ene aktivudveksling eller begge være delvise, i den forstand, at den hidtidige ejer bevarer en økonomisk interesse i den pågældende virksomhed. Hvad vurderingen angår er det klart, at hver side af handelen kan have indvirkning på den anden side. Disse faktorer, og den omstændighed, at der set ud fra parternes synsvinkel normalt er tale om en økonomisk enhed, taler for, at sådanne transaktioner behandles på lige fod med fusioner bestående af en enkelt transaktion. Det forekommer derfor hensigtsmæssigt at ændre fusionsforordningens artikel 5, stk. 2, andet afsnit, således, at den fuldt ud tilgodeser disse situationer²⁷.

²⁶ Det bliver derfor også nødvendigt at foretage ændringer i Kommissionens fortolkningsmeddelelser (se meddelelsen om fusionsbegrebet, punkt 16).

²⁷ Også her bliver det nødvendigt med ændringer i Kommissionens fortolkningsmeddelelser (se meddelelsen om deltagende virksomheder, punkt 49-50).

134. "Snigende" overtagelser via børsen er et andet eksempel på fusioner bestående af flere transaktioner. Sådanne transaktioner kan gennemføres på adskillige mere eller mindre avancerede måder, lige fra ret simple direkte aktieopkøb fra et antal hidtidige aktionærer og til transaktioner gennemført via et antal finansielle mellemænd med brug af forskellige finansielle instrumenter. Der vil ofte være tale om "fjendtlige" overtagelser, hvor målvirksomheden og/eller nogle af dens hidtidige aktionærer går mindre end helhjertet ind for overtagelsen. I sådanne scenarier vil det normalt både være uigennemførligt og kunstigt at anse fusionen for at finde sted gennem erhvervelse af den konkrete aktie eller aktiepost, der vil give erhververen en (de facto-) kontrol over målvirksomheden. Tværtimod vil det ofte set fra alle de impliceredes side være klart, at flere juridisk adskilte erhvervelser rent økonomisk set udgør et hele, og at intentionen er at opnå kontrollen over målvirksomheden. Det forekommer derfor hensigtsmæssigt at ændre fusionsforordningens artikel 5, stk. 2, andet afsnit, således at den fuldt ud tilgodeser denne type situationer²⁸.
135. Kommissionen mener, at den ovennævnte type transaktioner bør bringes ind under fusionsforordningen gennem tilpasninger af artikel 5, stk. 2, andet afsnit. For at undgå en for stor udvidelse af princippet i denne bestemmelse forekommer det dog bedst at begrænse dens anvendelse til transaktioner, der drejer sig om den samme økonomiske sektor. Efter en sådan ændring ville artikel 5, stk. 2, få følgende ordlyd (ændringerne med **fede typer**):
2. Uanset stk. 1 gælder, at hvis fusionen opstår gennem erhvervelse af dele af en eller flere virksomheder, tages der, uanset om der er tale om retlige enheder, for sælgerens eller sælgernes vedkommende kun hensyn til den del af omsætningen, der vedrører de overtagne aktiver.
- Dog betragtes to eller flere transaktioner, der finder sted mellem samme personer eller virksomheder inden for to år, **uanset hvilken type kontrol, der erhverves, som en enkelt fusion, der finder sted på tidspunktet for den seneste transaktion, medmindre der ikke er nogen forbindelse mellem de berørte erhvervsgræne.**
- Princippet i andet afsnit finder med de fornødne tilpasninger også anvendelse på aktivudvekslinger (swaps) og opkøb af en virksomheds værdipapirer som defineret i artikel 7, stk. 5, andet afsnit, i flere omgange.**
136. Kommissionen vil gerne have kommentarer til denne foreslåede ændring af fusionsforordningens artikel 5, stk. 2. Man er også velkommen til at tilkendegive, om man mener, at der er andre typer fusioner bestående af flere transaktioner, hvis behandling efter fusionsforordningen med fordel kunne afklares nærmere.
6. *Venturekapitalinvesteringer – artikel 3, stk. 5*
137. Artikel 3, stk. 5, beskriver en række snævert definerede situationer, hvor der ikke anses at foreligge en fusion. En af disse undtagelser drejer sig om pengeinstitutters sædvanlige virksomhed. Erfaringerne viser imidlertid, at begrænsningerne i denne bestemmelse (hvad angår manglende stemmerettigheder og den maksimale periode, hvor pengeinstituttet ligger inde med værdipapirerne) betyder, at den sjældent kan finde anvendelse. På den anden side har disse begrænsninger netop til formål at

²⁸ Se også punkt 180 (ff.) om forholdet mellem fusionsforordningens artikel 4 og artikel 7 i disse situationer.

forhindre omgåelse af fusionsforordningen og dermed at sikre dens effektivitet og skabe ens spilleregler for alle.

138. Under denne revisionsrunde er Kommissionen blevet opmærksom på nye finansieringsmåder på kapitalmarkederne, som bør tages med i betragtning ved revisionen af forordningens anvendelsesområde. Venturekapital har som fænomen fået langt større betydning i Europa siden fusionsforordningens vedtagelse. En af de måder, hvorpå man kunne sondre mellem forskellige former for venturekapital, går ud på at opdele den i to hovedkategorier, nemlig transaktionsinvesteringer og vækstkapital/teknologiinvesteringer.
139. Ved transaktionsinvesteringer er der normalt tale om overtagelse af etablerede, børsnoterede eller ikke-børsnoterede virksomheder, og de har mange lighedspunkter med traditionelle erhvervstransaktioner. De forekommer ikke at rejse nogen særlige problemer af relevans for denne revision.
140. Vækstkapital/teknologiinvesteringer frembyder imidlertid visse træk, der fortjener at blive undersøgt nærmere. Disse investeringer foretages normalt for at skaffe kapital til en ny virksomhed i opstartsfasen, mens børsnotering af virksomheden er et mere langsigtet mål. Iværksætteren vil typisk bevare den fulde kontrol med driften, og virksomheden har måske ikke engang nogen bestyrelse. Det er blevet fremført, at denne type venturekapital bør ses som et sidestykke til traditionelle lånefaciliteter fra banker. Det vigtigste træk i relation til fusionsforordningen er, at venturekapitalinvestorer får aktier i den nye virksomhed og typisk har vetoret i det mindste over virksomhedens budget og forretningsplan. Ved de traditionelle finansieringsmåder vil banker normalt ikke have aktier, men i stedet have mulighed for at nægte at forlænge lånene.
141. Grunden til, at disse vækstkapital/teknologiinvesteringer kan falde ind under fusionsforordningen, er, at der normalt er tale om *investeringskonsortier*, hvor to eller flere venturekapitalinvestorer er sammen om investeringen. Som følge heraf kan sådanne transaktioner, selv under opstartsfasen, hvor virksomheden endnu ikke har noget salg, være anmeldelsespligtige efter reglerne for selvstændigt fungerende joint ventures. Der er adskillige grunde til, at både investorerne og iværksætteren ofte vil foretrække konsortialinvesteringer, ikke mindst et ønske fra begge sider om at mindske deres risiko og kombinere særlig ekspertise.
142. Denne type venturekapitalinvesteringer foretages ofte i små og mellemstore virksomheder og virker fremmede for iværksætterinitiativer, hvilket på mellemlang sigt må antages at gavne konkurrencen såvel som økonomien i almindelighed. Efter de nugældende regler vil sådanne investeringer sandsynligvis opfylde kriterierne for forenklet behandling efter fusionsforordningen (se nedenfor). Men selv om det accepteres, at der nok ikke vil opstå konkurrenceproblemer i forbindelse med denne type venturekapitalinvesteringer, da de skaffer kapital til en ny virksomhed under opstart, er der mange vanskeligheder forbundet med at indføre en konkret undtagelse. En af vanskelighederne ligger i, at der ikke findes nogen fælles definition på en venturekapitalinvestor. Det er naturligvis klart, at der ikke kan opstå så store konkurrenceproblemer, hvis investoren udelukkende er en finansiel virksomhed (som

f.eks. en bank), som hvis der er tale om et datterselskab af en erhvervsvirksomhed²⁹. Desuden har det helt klart betydning for vurderingen af, hvorvidt der kan opstå konkurrenceproblemer, om investorkonsortiet spiller en mere eller mindre aktiv rolle i virksomheden. Der vil nok ikke opstå konkurrenceproblemer, når investorerne spiller en passiv rolle og stort set nøjes med at tilvejebringe kapital på en måde, der kan sammenlignes med traditionelle banklån. Det samme er ikke nødvendigvis tilfældet, når investorerne, som ofte har specialiseret sig i den pågældende branche og investerer i et stort antal virksomheder i denne branche, spiller en mere aktiv rolle, eventuelt med overførsel af aktiver og/eller information mellem de forskellige virksomheder, de har investeret i.

143. Et helt andet problem, der må løses, hvis en eller anden form for undtagelse skal kunne fungere, ser ud til at dreje sig om forholdet mellem en sådan undtagelse og fusionskontrolreglerne i medlemsstaterne. En undtagelse, der vil bevirke, at konsortier, der foretager vækstkapital/teknologiinvesteringer, underlægges anmeldelsespligt i flere medlemsstater, vil ikke alene være uforenelig med "one-stop shop"-princippet, men vil også øge byrderne i forbindelse hermed i stedet for at mindske dem.
144. Til trods for de ovenfor beskrevne problemer med at definere en kategori af venturekapitalinvesteringer, der ikke vil rejse konkurrenceproblemer, indtager Kommissionen en åben holdning over for muligheden for at udvide anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 5. Den vil derfor gerne have kommentarer hertil, specielt forslag om, hvordan det kan gøres, uden at det går ud over forordningens effektivitet. Alle, der ønsker at fremsætte bemærkninger herom, opfordres til at overveje, om de forslag, der skitseres nedenfor angående en udvidelse af den forenkede procedure, kunne mindske behovet for at tage fat på andre spørgsmål angående venturekapital.

7. *Konvergens mellem "kontrol" og "koncern"*

145. Artikel 3, stk. 3, definerer kontrolbegrebet, som er afgørende for, hvornår der antages at foreligge en fusion. Der er tale om et kvalitativt snarere end et kvantitativt kriterium, og det kan afgøres på grundlag af såvel juridiske forhold som faktiske omstændigheder.
146. Artikel 5, stk. 4, definerer, hvilke virksomheder der ud over den deltagende virksomhed vil blive medregnet under vurderingen af, om fusionen når op på tærsklerne i artikel 1. Formålet med denne bestemmelse er at få alle de økonomiske ressourcer, der er inde i billedet, med i vurderingen af fusionen.
147. I enkelte tilfælde har der været visse kontroverser angående artikel 3, stk. 3's forenelighed med artikel 5, stk. 4. Det skyldes primært følgende to faktorer:
- i artikel 5, stk. 4, litra b), fastsættes det i 1.-3. led, at en virksomhed anses at indgå i en koncern, hvis *mindst halvdelen* af dens kapital eller driftsformue besiddes af koncernen, hvis *mere end halvdelen af stemmerettighederne* i den

²⁹ EVCA – Den Europæiske Sammenslutning af Ventureselskaber – omfatter bl.a. bank-datterselskaber og kapitalforvaltningsselskaber, men også såkaldte "corporate ventures", der er datterselskaber af erhvervsvirksomheder. Sidstnævnte kan have til formål at investere i nye teknologier til støtte for eller udvikling af eksisterende industriaktiviteter.

kan udøves af koncernen, eller hvis koncernen kan udpege *mindst halvdelen af medlemmerne i dens tilsyns- eller administrationsorgan*

- i artikel 5, stk. 4, litra b), fastsættes det i 4. led, at en virksomhed skal anses at indgå i koncernen, hvis koncernen har *ret til at lede dens forretninger*.
148. De første tre led i artikel 5, stk. 4, indeholder, hvad der kan betegnes som kvantitative kriterier. Det fjerde led er af en mere virkningsbaseret karakter og svarer derved mere til det kvalitative kriterium i artikel 3, stk. 3. Så selv om slutresultatet af de to analyser i langt størsteparten af tilfældene bliver det samme, er det klart, at der er forskelle mellem de to bestemmelser, og at sådanne forskelle undertiden kan skabe usikkerhed.
149. Der er f.eks. fast retspraksis for, at kontrol i artikel 3, stk. 3's forstand kan erhverves af en virksomhed, der har betydeligt mindre end halvdelen af stemmerettighederne i den anden virksomhed (hvis det antages, at den alligevel vil kunne opnå majoritet på generalforsamlingen). På den anden side er det ikke sikkert, at der efter artikel 3, stk. 3, vil kunne anses at foreligge kontrol, selv efter overtagelse af f.eks. 51 % af aktiekapitalen eller aktiverne (f.eks. hvis en anden aktionær besidder over halvdelen af stemmerettighederne i virksomheden).
150. På samme måde stemmer sprogbrugen i artikel 5, stk. 4, inkl. 4. led, bedre overens med en situation, hvor en virksomhed har enekontrol, end hvor der er tale om et joint venture mellem flere moderselskaber.
151. I lyset af det ovenstående opfordrer Kommissionen alle interesserede til at fremsætte kommentarer til, om de i praksis finder de nuværende forskelle mellem artikel 3, stk. 3, og artikel 5, stk. 4, betænkelige, og om de i så fald finder det bedst, at koncernbegrebet også baseres på de principper, der ligger til grund for artikel 3, stk. 3. Kommissionen vil også gerne høre, hvilke ulemper man mener, det kunne give at harmonisere de to bestemmelser.
152. Et dermed beslægtet spørgsmål drejer sig om Kommissionens praksis med i analogi med artikel 5, stk. 5, at medregne en del af omsætningen i joint ventures ved opgørelse af den samlede koncernomsætning³⁰. Selv om denne analoge anvendelse af artikel 5, stk. 5, ikke har givet anledning til kontroverser, forekommer det ikke desto mindre en god ide, at det præciseres i selve bestemmelsen.
8. *Sammenfattende konklusion*
153. I dette kapitel har vi set på en række mulige ændringer af kontrolbegrebet i fusionsforordningens artikel 3. Først så vi på behandlingen af dette begreb i relation til minoritetsinteresser og strategiske alliancer. Nogle af disse transaktioner kan have strukturvirkninger, men det er ikke altid tilfældet, og det ser ikke ud til at være muligt at trække en skillelinje med tilstrækkelig retssikkerhed. Artikel 81 forekommer derfor fortsat at være det bedste grundlag for vurderingen af sådanne transaktioner.
154. Derefter diskuterede vi artikel 2, stk. 4, og delvist selvstændigt fungerende joint ventures. Med hensyn til den førstnævnte blev det konkluderet, at selv om dens

³⁰ Se punkt 40 i Kommissionens meddelelse om beregning af omsætningen.

indføjelser i fusionsforordningen i 1998 ikke har resulteret i, at der er blevet påvist et større antal afsmitningsproblemer, falder bestemmelsen ikke desto mindre i tråd med "one-stop shop"-princippet og bør derfor bibeholdes. Med hensyn til delvist selvstændigt fungerende joint ventures blev det konkluderet, at der ikke forekommer at være noget overbevisende argument for at udvide fusionsforordningen til også at omfatte sådanne transaktioner.

155. Med hensyn til spørgsmålet om fusioner bestående af flere transaktioner blev det konkluderet, at bestemmelserne bør ændres for at sikre en mere sammenhængende og effektiv anvendelse af fusionskontrolreglerne på tre konkrete former for sådanne transaktioner.
156. Derpå blev det diskuteret, om fusionsforordningen kun bør finde anvendelse på en bestemt type venturekapitaltransaktioner. Det blev konkluderet, at muligheden for at gennemføre en sådan ændring afhænger af, om denne afgrænsning kan defineres på en sådan måde, at det ikke kommer til at gå ud over fusionsforordningens effektivitet.
157. Endelig blev der rejst spørgsmål om, hvorvidt koncernbegrebet i artikel 5, stk. 4, bør bringes i overensstemmelse med kontrolbegrebet i artikel 3, stk. 3.
158. Ud over kommentarer til nogle af de ovennævnte spørgsmål opfordres alle interesserede også til at fremsætte deres bemærkninger til ethvert andet spørgsmål i relation til fusionsbegrebet, hvor de mener, det ville være en god ide at foretage en afklaring eller en revision.

III. MATERIELLE SPØRGSMÅL

A. De materielle kriterier

159. De materielle kriterier, der lægges til grund for vurderingen af anmeldte fusioner, findes i fusionsforordningens artikel 2. Under denne revisionsrunde er det blevet foreslået, at Kommissionen benytter lejligheden til at diskutere den dominanstest, der indføres i denne artikel. Der er fremført både procedurebetonede og materielle argumenter for at tage denne test op til fornyet overvejelse.
160. Fra et proceduremæssigt synspunkt er hovedargumentet for en sådan revurdering, at det kunne åbne mulighed for at få tilpasset vurderingskriterierne i fusionsforordningen til de kriterier, der benyttes i andre store jurisdiktioner som USA, Canada og Australien, hvor man baserer sig på begrebet *betydelig mindskelse af konkurrencen* ("SLC-testen" – "substantive lessening of competition"). En sådan tilpasning til en global standard for behandling af fusionssager har visse fordele. Det ville f.eks. gøre det lettere for parterne at foretage en global vurdering af mulige konkurrenceproblemer ved de transaktioner, de overvejer at indgå, og bevirke, at de undgår at skulle argumentere for deres plan på basis af forskelligt formulerede kriterier. Det ville også give konkurrencemyndighederne et bedre grundlag for at kunne samarbejde effektivt i sager, der anmeldes til flere jurisdiktioner. Hvis der anvendes samme kriterier, vil det desuden blive kriteriernes anvendelse frem for selve kriterierne, der kommer til at stå i centrum, hvilket vil være en fordel i relation til benchmarking af konkurrencemyndigheders og domstoles virksomhed og samtidig fremme konkurrenceorienteret forskning og modelopstilling.

161. Det må dog pointeres, at en ændring af grundkriterierne i fusionsforordningen også kan have visse ulemper. Selv om virkningerne heraf ikke bør overvurderes, vil de berørte, i hvert fald lige efter en sådan reform, måske have større vanskeligheder ved at forudse sagens udfald i Europa. Det hænger sammen med, at den retspraksis, der findes (både fra Kommissionens beslutninger og domstolens domme) er blevet opbygget på grundlag af dominanstesten i fusionsforordningen. En anden mulig komplikation ligger i, at de fleste medlemsstater (ligesom ansøgerlandene) har afpasset deres fusionskontrolregler efter den nuværende dominanstest³¹. Så medmindre de nationale regler også ændres, kunne en ændring af fusionsforordningens konkurrencekriterier have den uheldige virkning, at det skabte bedre international sammenhæng, men samtidig førte til større uligheder inden for EU.
162. Rent materielt er der mange lighedspunkter mellem dominanstesten og SLC-testen. Begge vil f.eks. kræve en undersøgelse af det relevante markeds udstrækning såvel som en vurdering af, hvordan det eller de relevante markeder vil blive påvirket af den planlagte fusion, og hvilken konkurrence den fusionerede enhed kommer til at stå over for. Det bemærkes også, at til trods for den nuværende forskel mellem disse tests har langt størsteparten af de sager, der har været til behandling i Kommissionen og de andre store jurisdiktioner, der benytter SLC-testen, udvist en betydelig grad af konvergens i vurderingen af fusionerne.
163. Siden fusionsforordningens vedtagelse i 1989 har dominansbegrebet udviklet sig i takt med den udvikling, der er sket både inden for økonomisk teori og inden for de økonomiske værktøjer, der bruges til at måle markedsstyrke. Det betyder, at man ved vurderingen af fusioner i dag ikke behøver at støtte sig så meget til de ret grove og upræcise markedsandelskriterier, som man måtte for 10 år siden. Det er helt naturligt, at dominanstesten har undergået en sådan udvikling, og artikel 2 har hidtil vist sig at være tilstrækkelig smidig til at åbne mulighed for at analysere en fusions virkninger ved hjælp af mere avancerede mikroøkonomiske værktøjer og modeller, som er udviklet gennem forskning i økonometri og organisation.
164. Det nok bedst kendte eksempel på denne udvikling er de europæiske domstoles fortolkning af fusionsforordningens konkurrencekriterier, hvor det i EF-Domstolens og Førsteinstansrettens domme i *Kali und Salz* og *Gencor* er blevet fastslået, at de også fandt anvendelse i situationer med kollektiv dominans.
165. Det er ikke desto mindre blevet fremført, at SLC-testen måske stemmer bedre overens med ånden i den økonomisk baserede analyse, der foretages i fusions sager, og er mindre (juridisk) stiv end dominanstesten. Nogle mener, at den vil virke mere fremmende for en effektiv fusionskontrol, navnlig på baggrund af den øgede koncentration i erhvervslivet. Samtidig er der også blevet peget på, at den mere åbne SLC-test vil føre til større retlig usikkerhed.
166. Et af de mere konkrete hypotetiske spørgsmål, der undertiden er blevet rejst angående rækkevidden af dominanstesten i fusionsforordningen, drejer sig om, hvorvidt den åbner mulighed for en effektiv kontrol i visse særlige situationer, hvor

³¹ Det bemærkes dog, at Det Forenede Kongerige og Irland for tiden overvejer reformer gående ud på at indføre en SLC-test. Også andre medlemsstater er interesserede i at få overblik over de fordele, en overgang til en sådan test kan give.

virksomhederne kan være i stand til at hæve priserne ensidigt og dermed udnytte markedsstyrke. Den type eksempler, der som oftest henvises til, drejer sig om en fusion mellem den næststørste og den tredjestørste aktør på et marked, hvor deres produkter er de nærmeste indbyrdes substitutter. I et sådant scenario er det muligt, at de fusionerede virksomheder fortsat er mindre end nummer et. Argumentet går på, at SLC-testen er bedre egnet til at håndtere en sådan situation, navnlig hvis det ud fra markedets karakteristika nok ikke kan konkluderes, at der foreligger en kollektivt dominerende stilling. Kommissionen finder, at der er tale om en interessant hypotetisk diskussion, men den er hidtil ikke stødt på situationer af den type.

167. Kommissionen konkluderer, at erfaringerne med anvendelsen af dominanstesten ikke har afsløret større huller i kriterierne. Den har heller ikke hyppigt ført til divergerende resultater i forhold til den SLC-test, der anvendes i andre jurisdiktioner. Men navnlig i lyset af fusionsaktiviteternes stadigt voksende internationale karakter mener Kommissionen, at tiden nu er inde til at få en grundig debat i gang om de respektive fordele ved de to sæt fusionskontrolkriterier.
168. For at få indledt en bred debat om disse vigtige spørgsmål opfordrer Kommissionen hermed alle interesserede til at fremkomme med begrundede synspunkter angående de fordele og ulemper, de mener er forbundet med den nuværende formulering af fusionsforordningens artikel 2, og deres vurdering af effektiviteten af disse kriterier sammenholdt med SLC-testen.
169. Da der er tale om principper af fundamental betydning for konkurrenceretten, ikke alene på EU-plan, men også i medlemsstaterne, erkendes det, at det muligvis ikke er muligt at nå frem til en endelig konklusion inden for den frist, der er sat for denne revisionsrunde.

B. Effektivitetsgevinster

170. Nogle har peget på, at dominanstesten ikke tager tilstrækkeligt højde for de effektivitetsfordele, en fusion kan give. Spørgsmål om effektivitetsgevinster har imidlertid hidtil kun været inde i billedet i et begrænset antal beslutninger truffet efter fusionsforordningen, og det kan være, at ikke alle muligheder for at tage sådanne hensyn er blevet udnyttet fuldt ud. I nogle jurisdiktioner findes der derimod eksplicite bestemmelser om, at der inden for fusionskontrollen kan tages hensyn til en fusions specifikke effektivitetsfremmende virkninger (se f.eks. de amerikanske Horizontal Merger Guidelines). I disse jurisdiktioner er der mulighed for at give grønt lys til en fusion på grundlag af et "effektivitetskriterium", når de fordele for økonomien, som effektivitetsgevinsterne antages at indebære, opvejer den skade, som den mindskede konkurrence påfører økonomien. Uanset de materielle kriterier er der i disse jurisdiktioner tendens til kun at acceptere et sådant kriterium under de ret ekstraordinære omstændigheder, hvor effektivitetsgevinsterne kan antages at blive videregivet til forbrugerne, og til trods for at fusionen vil føre til en dominerende stilling eller en mærkbar mindskelse af konkurrencen.
171. At en given fusion kan antages at føre til betydelige effektivitetsgevinster vil naturligvis under alle omstændigheder skulle godtgøres af den part, der forventer at opnå disse effektivitetsgevinster, dvs. at det normalt er op til de anmeldende parter, som jo også bedst vil kunne redegøre for sådanne gevinsters omfang og rækkevidde og forklare, hvorfor den planlagte fusion er nødvendig for at opnå disse gevinster.

172. Kommissionen er klar over og støtter den igangværende debat om, hvordan og i hvilket omfang der kan tages hensyn til effektivitetsgevinster i konkurrenceanalyser³². Derfor, og uafhængigt af diskussionen af de to sæt materielle kriterier, vil den gerne høre, hvilken rolle man mener, effektivitetshensyn bør spille inden for fusionskontrollen.

C. Den forenklede procedure

173. I 2000-rapporten blev det konstateret, at det europæiske erhvervsliv gik ind for en ændring, der ville give Kommissionen kompetence i alle sager med grænseoverskridende virkninger, men også ønskede en mindre restriktiv fremgangsmåde over for transaktioner, der ikke kan antages at få konkurrenceskadelige virkninger. For sådanne sager blev det specielt foreslået, at de oplysninger, der skal gives i anmeldelser, blev begrænset, og at standstill-bestemmelsen i artikel 7, stk. 1, ikke skulle finde anvendelse på sådanne transaktioner.
174. I september 2000 indførte Kommissionen en meddelelse om en forenklet procedure for behandling af bestemte fusioner efter fusionsforordningen³³. De første erfaringer med anvendelsen af disse principper har været meget positive, og meddelelsen har gjort EU's fusionskontrol betydeligt mere effektiv.
175. I perioden mellem september 2000 og 30. april 2001 modtog Kommissionen omkring 216 fusionsanmeldelser efter fusionsforordningen. Ca. 39 % af dem blev anset for at falde ind under den forenklede procedure. Der gik gennemsnitligt 25 kalenderdage fra fusionernes anmeldelse til deres godkendelse. Den nye procedure har således ikke haft så stor betydning for sagsbehandlingstiden, og denne situation må ventes at fortsætte, medmindre man ændrer den nugældende regel i artikel 9, stk. 2, der giver medlemsstaterne en frist på tre uger fra modtagelsen af en kopi af anmeldelsen til at anmode om at få sagen henvist. Man kunne overveje at ændre artikel 9, stk. 2. Det kunne enten ske i forbindelse med en afkortning af den nuværende tre ugersfrist for at anmode om at få en sag henvist efter artikel 9 som diskuteret ovenfor i afsnittet om henvisninger. Eller man kunne indføje en bestemmelse om, at artikel 9, stk. 2, slet ikke eller kun med en kortere frist finder anvendelse i sager, hvor parterne i deres anmeldelse påberåber sig meddelelsen om den forenklede procedure.
176. Selv om de hidtidige erfaringer klart viser, at den nye forenklede procedure har været en succes, kunne der stadig gøres mere for at strømline procedurerne yderligere – f.eks. overvejes det at indføre en forenklet CO-formular i sådanne tilfælde. Det påtænkes gjort i forbindelse med en mere generel revision af Kommissionens forordning 447/98.
177. Der er blevet peget på, at denne praksis med den forenklede procedure kunne indbygges i selve forordningen eller i en form for "gruppefritagelse", der kunne bygges op omkring de grundlæggende principper i meddelelsen. De potentielle fordele ligger i, at man så helt undgik at skulle behandle harmløse fusioner og træffe formelle beslutninger i sager, der ikke kan tænkes at have nogen større

³² Se f.eks. OCDE/GD(96)65 "Efficiency claims in mergers and other horizontal agreements".

³³ Offentliggjort i EF-Tidende den 29. juli 2000 (EFT C 217 af 29.07.2000, s. 32).

præcedensskabende værdi. Men det vil nok være mest fornuftigt og tjene retssikkerheden bedst, hvis man bevarer et vist krav om underretning af Kommissionen og medlemsstaterne.

178. Ud fra et materielt synspunkt er det desuden blevet foreslået, at fusionsforordningen, ligesom det for øjeblikket er tilfældet med lovgivningen i nogle medlemsstater, åbner mulighed for en "bagateltærskel", således at Kommissionen ikke vil skulle tage stilling til problemer med dominerende stilling, der måtte opstå på små markeder.
179. Alle interesserede opfordres til at tilkendegive deres syn på, hvordan en ændret fusionsforordning på de ovennævnte punkter eller ethvert andet punkt, der hænger sammen med dem, bedst kunne fremme en forenkling af procedurerne. Kommissionen vil især gerne have bemærkninger angående gennemsigtighed og retssikkerhed, og også om alle de andre ovennævnte punkter.

IV. PROCEDURSPØRGSMÅL

A. Anmeldelse – den udløsende begivenhed

180. I 2000-rapporten blev det nævnt, at der fra erhvervslivet undertiden blev peget på et behov for en yderligere afklaring af, hvad der udløser anmeldelsespligten efter artikel 4, stk. 1. Disse begreber blev yderligere uddybet i Kommissionens meddelelse fra 1998 om fusionsbegrebet. Men i lyset af de erfaringer, man siden da har haft med anvendelsen af fusionsforordningen, vil behovet for en yderligere afklaring blive diskuteret nedenfor.
181. I denne diskussion vil vi også komme ind på et forslag, der er blevet fremsat fra visse dele af erhvervslivet, og som går ud på, at det burde være muligt at anmelde selv før de udløsende begivenheder, der er nævnt i artikel 4, stk. 1, dvs. før der er indgået en juridisk bindende aftale.
182. I modsætning til visse andre fusionskontrolsystemer med forudgående anmeldelsespligt specificerer fusionsforordningens artikel 4, stk. 1, udtrykkeligt, hvornår en transaktion skal anmeldes. Virksomheder, der ikke overholder denne regel, udsætter sig for bødepålæg efter artikel 14, stk. 1, litra a). Da det normalt er i parternes interesse at anmelde så tidligt som muligt for hurtigst muligt at opnå en afgørelse, har det i praksis ikke været nødvendigt for Kommissionen at håndhæve enugesfristen³⁴. Der er desuden fast praksis for, at Kommissionen ikke håndhæver enugesfristen, fordi den går ud fra, at parterne ikke tager noget skridt til at gennemføre fusionsaftalen, og gerne vil give parterne den tid, der er nødvendig for at kunne udarbejde og indsende en fuldstændig anmeldelse. Der er blevet fremsat forskellige forslag angående den *sidste* frist for anmeldelse. Disse forslag strækker sig lige fra en fuldstændig afskaffelse af anmeldelsesfristen til kodificering af den nuværende praksis på området eller en ændring, således at enugesfristen kommer til at gå på meddelelse af uformelle oplysninger om transaktionen, mens fristen for selve anmeldelsen kunne være længere.

³⁴ I de sager, hvor der er blevet pålagt bøde for for sen anmeldelse, var der også tale om gennemførelse af fusionen i strid med artikel 14, stk. 2, litra b), og artikel 7, stk. 1 – se Samsung og AP Møller.

183. Nogle repræsentanter for erhvervslivet har foreslået, at artikel 4, stk. 1, enten blev ophævet eller ændret, hvad angår det *tidligste* tidspunkt for anmeldelse. I praksis har Kommissionen generelt accepteret anmeldelser indsendt efter en aftale indgået mellem virksomhedernes bestyrelser, også selv om disse ikke er juridisk bindende, medmindre bestemte betingelser siden opfyldes, f.eks. godkendelse på en generalforsamling. En af vanskelighederne ved at fortolke artikel 4, stk. 1, har ligget i de nationale forskelle, der findes med hensyn til, i hvilket omfang en virksomheds ledende organer kan binde virksomheden. Disse forskelle beror primært på bestemmelser i den nationale selskabsret, men kan også hænge sammen med særlige traditioner på aftaleområdet.
184. Det hovedargument, der fremføres til fordel for en lempelse af kravet om en aftale, der er bindende for de implicerede virksomheder, er, at det vil gøre det lettere at samordne anmeldelsen til Kommissionen med anmeldelse til andre jurisdiktioner, f.eks. USA. Det må dog pointeres, at der er mulighed for en sådan koordinering også i det nuværende system, idet man kan anmelde til alle de involverede myndigheder på den dato, hvor der er indgået en bindende aftale. Men man kan da godt forstå, at det i nogle tilfælde ud fra et forretningsmæssigt synspunkt forekommer bedst at indgive alle anmeldelser så tidligt som muligt.
185. Den nuværende politik, der går ud på at kræve, at anmeldelse skal indgives, når der er indgået en tilstrækkeligt bindende aftale (eller afgivet et offentligt overtagelsestilbud), bygger på en række formodninger, der umiddelbart fortsat har gyldighed. Da undersøgelsesfristerne begynder at løbe ved indgivelsen af en anmeldelse, må anmeldelserne i det mindste indgives på et tidspunkt, hvor fortrolighedshensyn ikke begrænser Kommissionens muligheder for at undersøge transaktionerne til bunds³⁵. Det kan desuden være u hensigtsmæssigt at iværksætte undersøgelser på et indledende stadium af transaktionen, hvis det kan skade eller begunstige andre end de anmeldende parter. Muligheden for at anmelde tidligere kan også rejse problemer i relation til effektiv udnyttelse af Kommissionens ressourcer (såvel som andre involveredes ressourcer). Endelig gælder, at hvis man åbnede mulighed for at anmelde på et tidligere stadium, vil parterne måske ikke være i stand til at give alle de oplysninger, der er nødvendige, for at Kommissionen kan foretage sin indledende vurdering inden for den i artikel 10, stk. 1, fastsatte enmånedsfrist.
186. Til trods for disse forbehold mener Kommissionen dog, at muligheden for at indføre større fleksibilitet, der kunne fremme en bedre koordinering af fusionsundersøgelser i forskellige jurisdiktioner, bør overvejes nærmere. Den opfordrer alle interesserede til at tilkendegive deres syn på, hvilke fordele og ulemper det vil være forbundet med, og i særdeleshed, om det kan opnås uden de ovenfor beskrevne negative konsekvenser.

B. Udsættelse af en fusions gennemførelse

187. I henhold til artikel 7, stk. 1, må en fusion ikke gennemføres, før den er blevet anmeldt, og før den er blevet erklæret forenelig med fællesmarkedet (den såkaldte "standstill"-forpligtelse). Under visse omstændigheder gælder der en lovfæstet undtagelse fra denne regel, når der er tale om offentlige overtagelsestilbud (se artikel 7, stk. 3). I andre tilfælde kan Kommissionen indrømme en individuel

³⁵ At der er indgivet anmeldelse offentliggøres i EF-Tidende, jf. artikel 4, stk. 3.

dispensation efter artikel 7, stk. 4. Tilsidesættelse af denne standstill-forpligtelse straffes med betydelige bøder efter artikel 14, stk. 2, litra b). I henhold til artikel 7, stk. 5, er transaktioner gennemført i strid med denne forpligtelse desuden ugyldige, medmindre fusionen siden erklæres forenelig med fællesmarkedet.

188. Det er blevet foreslået, at forholdet mellem den lovfæstede undtagelse efter artikel 7, stk. 3, for offentlige overtagelsestilbud og andre overtagelser via børsen med fordel kunne afklares nærmere. I modsætning til offentlige overtagelsestilbud er overtagelser via børsen ikke underlagt bindende regler, der pålægger den bydende pligt til at gennemføre transaktionen på en bestemt dato. Virksomheder, der har foretaget sådanne overtagelser, har ikke desto mindre fremført, at bestemmelsen i artikel 7, stk. 1, af praktiske årsager ikke burde kunne forhindre gennemførelsen af disse transaktioner, så længe betingelserne i artikel 7, stk. 3, er opfyldt. Det modsatte synspunkt, nemlig at standstill-bestemmelsen i artikel 7, stk. 1, bør overholdes fuldt ud, finder man normalt hos den virksomhed, der søges overtaget.
189. Som nævnt ovenfor i forbindelse med diskussionen af fusionsbegrebet skønnes det hensigtsmæssigt at udvide anvendelsesområdet for artikel 5, stk. 2, således at denne bestemmelse helt klart kommer til også at omfatte overtagelser via børsen. Kommissionen vil gerne høre, om man mener, at det ud over denne ændring vil være en god idé at afklare den nuværende standstill-bestemmelses rækkevidde med hensyn til sådanne overtagelser eller i al almindelighed. Alle, der mener, at enugeskravet i artikel 4, stk. 1, kan afskaffes, opfordres til at tage stilling til, hvilke virkninger det vil få, og hvad standstill-bestemmelsen bør omfatte.

C. Beregning af frister

190. Et af de vigtigste aspekter ved fusionsforordningen er, at den indførte et system med korte og definitive frister for vurderingen af anmeldte fusioner. Fusionsforordningen indeholder adskillige artikler, der fastsætter, på hvilket tidspunkt eller inden for hvilken frist bestemte ting skal ske. Disse frister er for øjeblikket udtrykt i måneder, uger og dage. Mere detaljerede bestemmelser om beregningen af frister findes i Kommissionens gennemførelsesforordning, der også fastsætter det princip, at helligdage udlignes.
191. I betragtning af vigtigheden af at overholde alle disse frister i fusionskontrollen og for at skabe større gennemsigtighed i deres beregning forekommer det hensigtsmæssigt at indføre en enklere beregningsmåde. En sådan forenkling kunne opnås ved konsekvent at benytte begrebet *arbejdsdage* i alle relevante bestemmelser i forordningen.
192. Det bemærkes, at begrebet arbejdsdage allerede benyttes af flere andre konkurrencemyndigheder. I relation til de vigtigste frister i fusionsforordningen vil arbejdsdagsbegrebet normalt resultere i en førstefaseundersøgelse på ca. 23-25 arbejdsdage³⁶. Samtidig kunne fristen for en normal andenfaseundersøgelse sættes til ca. 90 arbejdsdage, med mellemfrister, f.eks. for forslag til tilsagn.

³⁶

I lyset af diskussionen angående en udvidelse af den forenkede procedure (se ovenfor) vil det være rimeligt at fastsætte en frist på 25 arbejdsdage for de resterende sager, da de per definition vil kræve en indgående analyse af virkningerne for konkurrencen. Til orientering kan det oplyses, at der i det aktuelle forslag til revision af det britiske fusionskontrollsystem opereres med en frist på 30 arbejdsdage.

193. Alle interesserede opfordres til at tilkendegive deres syn på forslaget om at gå over til at benytte arbejdsdagsbegrebet i fusionsforordningen.

D. Effektivitet i forvaltningen

194. Fusionsforordningens artikel 19 pålægger Kommissionen pligt til at fremsende kopier af anmeldelser til medlemsstaterne inden for en frist på tre arbejdsdage. Datoen for medlemsstaternes modtagelse af anmeldelsen er vigtig, fordi den er afgørende for, hvornår en anmodning om henvisning efter artikel 9 skal være fremsat.
195. Det kan diskuteres, om disse regler resulterer i den mest effektive brug af tid og ressourcer, ikke mindst i betragtning af de betydelige forbedringer, der er sket siden reglerne oprindeligt blev indført, hvad angår mulighederne for at fremsende oplysninger og dokumenter.
196. Derfor bør man overveje, om disse bestemmelser kunne ændres, således at det fastsættes, at de anmeldende parter skal fremsende deres anmeldelse direkte til de kompetente myndigheder i medlemsstaterne. Samtidig vil Kommissionen gerne høre, hvordan man mener, der kan opnås garanti for en sikker og pålidelig måde at fremsende disse anmeldelser på, samt hvordan man kunne indføre elektronisk fremsendelse af fusionsanmeldelser.

E. Fuldstændige anmeldelser

197. Høringerne i forbindelse med 2000-rapporten tydede også på, at man kunne forbedre retssikkerheden for de anmeldende parter ved at afklare visse aspekter i fusionsforordningen. Et ret udbredt synspunkt var, at der burde være en bindende frist for, at Kommissionen kan erklære en indgivet anmeldelse ufuldstændig (hvorefter enmånedsfristen begynder forfra, se artikel 4, stk. 2, i Kommissionens gennemførelsesforordning, forordning (EF) nr. 447/98). Der er fremsat forskellige forslag om varigheden af en sådan frist (fra en til tre uger efter anmeldelsen).
198. Efter en konstruktiv dialog mellem repræsentanter for advokaterhvervet og Kommissionen blev der i 1999 opstillet et sæt retningslinjer for god praksis. De findes på Kommissionens hjemmeside³⁷. Drøftelserne viste en klar fælles interesse fra Kommissionens og fra erhvervslivets og juristernes side i at sikre, at anmeldelser kun i ganske få tilfælde erklæres ufuldstændige. Det blev dog anerkendt, at det ikke altid er muligt for anmeldende parter at følge disse retningslinjer, og at der kan være situationer, hvor det ikke kan undgås, at en anmeldelse erklæres ufuldstændig.
199. Sådanne erklæringer har ikke været så hyppige siden udsendelsen af retningslinjerne for god praksis i 1999. I årene 1997-1999 lå antallet af anmeldelser, der blev erklæret ufuldstændige, ret fast på omkring 10-11 %. I 2000 faldt det til 6 %, og for 2001 ser der ud til at blive en yderligere nedgang. En af hovedårsagerne til denne positive udvikling er, at virksomhederne i de seneste år i stigende grad har taget kontakt med Kommissionens Merger Task Force forud for anmeldelse, således som det anbefales i retningslinjerne.

³⁷ Se http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/best_practice_gl.html

200. Forslaget om et mere stift system bør overvejes indgående. Det må bl.a. erkendes, at et mere stift system kan føre til en mindre effektiv brug af Kommissionens ressourcer og dermed i sidste ende til en ringere beskyttelse af konkurrencen. Desuden må man spørge sig selv, om en bindende frist for at erklære en anmeldelse ufuldstændig nødvendigvis vil være i de anmeldende parter interesse. Hvis der opstår et nyt spørgsmål efter anmeldelsen, vil Kommissionen naturligvis gøre, hvad den kan for at løse problemet gennem yderligere undersøgelser i den tid, der er tilbage. Det er dog sandsynligt, at der kan opstå situationer, hvor Kommissionen i mangel af en mulighed for at erklære anmeldelsen ufuldstændig vil blive nødt til alligevel at indlede tilbunds gående undersøgelser. Det kan ske, uanset om parterne har gjort deres bedste for at give fuld og åben oplysning om alle relevante forhold i anmeldelsen. Erfaringerne har vist, at eftersom indledningen af en tilbunds gående undersøgelse automatisk udløser en række procedureskridt (høring, rådgivende udvalg, oversættelse, vedtagelse af en beslutning i hele kommissærkollegiet osv.), er det meget vanskeligt at tilendebringe proceduren inden for ret meget mindre end de fastsatte fire måneder.
201. Så hvis systemet blev gjort mere stift ved indførelse af en frist for at erklære en anmeldelse ufuldstændig, ville anmeldende parter løbe en større risiko for en længere sagsbehandlingstid. I en sådan situation vil den eneste mulighed for at undgå, at sagsbehandlingen trækker ud, være at trække anmeldelsen tilbage og indgive en ny anmeldelse. Det vil normalt ikke alene betyde meromkostninger og spild af tid, men også skabe usikkerhed om fusionsaftalen, eftersom tilbagetrækning af en anmeldelse uden samtidig opgivelse af den underliggende transaktion betyder, at anmelderne handler i strid med artikel 4, stk. 1, hvilket rejser spørgsmålet om anvendelse af artikel 14, stk. 1, litra a).
202. I lyset af det ovenstående mener Kommissionen, at den nuværende mulighed for at erklære en anmeldelse ufuldstændig er rimelig og opfylder et afbalanceret mål i de sjældne tilfælde, hvor der gøres brug af den. Den vil dog gerne have kommentarer hertil.

F. Tilsagn i fusionssager

203. Både fra erhvervslivet og fra medlemsstaterne er der blevet peget på et behov for at få revideret procedurereglerne i forbindelse med fusionsforordningens bestemmelser om tilsagn. For erhvervslivets vedkommende kan de mest relevante ønsker på området sammenfattes som et ønske om øget retssikkerhed og nogle rammer, der åbner mulighed for meningsfuld drøftelse. Selv om disse ønsker i særdeleshed gør sig gældende for anden fase, hvor der er tale om en endelig beslutning, gælder de også drøftelser om tilsagn ved slutningen af første fase. Erhvervslivets interesser er til dels sammenfaldende med medlemsstaternes, idet medlemsstaterne generelt gerne vil have foretaget ændringer, der sikrer, at de inddrages fuldt ud i proceduren, således som det forudses i fusionsforordningens artikel 19³⁸.
204. Tidsrammerne for drøftelser af tilsagn efter fusionsforordningen er ret komplicerede. De virker også forskelligt under første og anden fase. I første fase har de anmeldende parter mulighed for at foreslå tilsagn inden for en frist på tre uger efter

³⁸ Se også Kommissionens meddelelse af 21.12.2000 om løsninger, der kan accepteres efter Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 og Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 ("tilsagnsmeddelelsen").

anmeldelsesdatoen (artikel 18, stk. 1, i forordning 447/98). I anden fase kan der afgives tilsagn frem til tre måneder efter den dato, hvor der blev indledt procedure i sagen (artikel 18, stk. 2, i forordning 447/98). Disse frister for afgivelse af tilsagn er nødvendige for at give Kommissionen tid nok til at foretage konsultationer med medlemsstaterne, høre berørte tredjeparter og tilendebringe sin egen vurdering af sagen.

205. Artikel 18, stk. 2, giver mulighed for at forlænge tremånedesfristen i “ekstraordinære tilfælde”. For at bevare respekten for fristerne og sikre ens regler for alle skal denne bestemmelse fortolkes indskrænkende. Den kan anvendes i tilfælde, hvor de anmeldende parter som følge af udefrakommende faktorer, som de er uden indflydelse på, ikke er i stand til at foreslå tilsagn inden for de gældende frister³⁹. Bestemmelsen har ikke til formål at løse den type problemer, der beskrives i det følgende.
206. De ovennævnte frister i artikel 18 har til formål at sikre, at alle de tre typer aktører i processen, dvs. Kommissionen, virksomhederne (anmeldende parter og tredjemand) samt medlemsstaterne, får tid nok til at yde et ordentligt bidrag til den. Dette særlige forhold lægger ganske særlige bindinger på tilrettelæggelsen og de proceduremæssige aspekter af EU’s fusionskontrol. For baggrunden for disse bestemmelser var ønsket om at nå frem til en afbalanceret løsning, der indebar acceptable proceduremæssige garantier for alle de implicerede interesser, samtidig med at procedurens samlede varighed blev holdt på et minimum.
207. I anden fase kan det set ud fra de anmeldende parters synsvinkel være problematisk, at tremånedesfristen ofte begynder at løbe 2-3 uger eller i hvert fald ret kort tid efter den mundtlige høring. Det betyder, at parterne måske er nødt til at forberede sig på at skulle drøfte tilsagn samtidig med, at de skal sætte sig ind i indholdet af de indsigelser, Kommissionen rejser (de såkaldte “klagepunkter” efter artikel 18). Fra erhvervslivets side er der blevet peget på, at proceduren burde åbne mulighed for en klarere adskillelse mellem det tidsrum, de har til at sætte sig ind i og forsvare sig mod Kommissionens klagepunkter, og det tidsrum, hvor de skal forberede drøftelsen af tilsagn.
208. Denne i sig selv legitime holdning hos anmeldende parter fører ofte til en situation, hvor tilsagnene fremlægges på den sidste dag i tremånedesfristen. Det bevirker igen, at Kommissionen kun har meget kort tid til at foretage de nødvendige konsultationer af medlemsstaterne og tredjeparter, før den skal udarbejde et beslutningsudkast til drøftelse i det rådgivende udvalg. Normalt betyder det, at Kommissionen ikke vil være i stand til at foretage en tilbundsående analyse af forslaget i det udkast, der fremsendes til medlemsstaterne, medmindre de foreslåede tilsagn er klare og utvetydige og/eller er blevet fremlagt i god tid inden fristens udløb⁴⁰.
209. Af de ovennævnte grunde kunne de nugældende procedureregler ændres, så at alle implicerede får mere tid til at foretage en ordentlig vurdering af, hvordan de påviste konkurrenceproblemer kan løses. For at undgå at indføre alt for komplicerede og potentielt tidkrævende procedurer bør de nye bestemmelser nok udelukkende kunne

³⁹ Se f.eks. Kommissionens beslutning af 13.10.1999 i sag COMP/M.1439 - Telia/Telenor, EFT L 40 af 9.2.2001.

⁴⁰ I henhold til artikel 19, stk. 5, har medlemsstaterne normalt ret til at modtage det foreløbige beslutningsudkast to uger inden mødet i det rådgivende udvalg.

bringes i anvendelse på parternes initiativ og være fastsat eksplicit i forordningen. Samtidig må systemet udformes således, at virksomhederne tilskyndes til at fremsætte deres forslag i så god tid, at den tid, medlemsstaterne eller Kommissionen har til rådighed, ikke afkortes unødigt.

210. Erfaringerne har også vist, at for førstefasetilsagn kan treugersfristen for fremlæggelse af tilsagn undertiden være for kort til at afklare den nærmere rækkevidde af konkurrenceproblemerne. På samme måde kan den tid, der er tilbage efter denne frists udløb, lægge alt for stort tidspres på vurderingen af de afgivne tilsagn. Disse faktorer kan påvirke de anmeldende parter, som kan have vanskeligheder ved at formulere passende forslag inden for den tid, de har til rådighed. Også for Kommissionen og medlemsstaterne kan det nuværende system resultere i et for stort tidspres, når der skal tages stilling til afgivne tilsagn. Det forekommer derfor bedst, at der også åbnes mulighed for en begrænset forlængelse af fristen i første fase, på parternes initiativ.

211. Hvis disse ændringer vedtages, vil det også blive nødvendigt at tilpasse meddelelsen om tilsagn.

1. *Ændring af den gældende procedure*

212. Det vil nok ikke være rimeligt blot at forlænge fristen, da det vil gå ud over de parter, som efter de nugældende regler fremlægger forslag på et tidligt tidspunkt. Medmindre der foretages ændringer i sagsbehandlingsforløbet, risikerer en sådan forlængelse under alle omstændigheder at resultere i, at det aktuelle problem blot udskydes. Det, det drejer sig om, er nok at finde frem til en måde, hvorpå man kan tilskynde til at fremlægge egnede tilsagn ("best shot") i god tid, samtidig med at der åbnes mulighed for, at der kan gå en vis tid mellem den mundtlige høring og fristen for fremlæggelse af tilsagn. Et andet krav til et sådant system er naturligvis, at det må udformes på en sådan måde, at parterne ikke kan gøre indhug i den tid, medlemsstaterne og Kommissionen har brug for til at foretage en ordentlig vurdering.

213. En "stopursbestemmelse" ser ud til at kunne opfylde disse kriterier. En sådan bestemmelse kunne på en passende måde løse problemet med det tidspres, der opstår for Kommissionen og medlemsstaterne, når tilsagn fremlægges lige før fristens udløb (eller ændres derefter).

214. Men for at undgå at gøre proceduren for ineffektiv eller risikere misbrug må der knyttes nogle proceduremæssige garantier til en sådan bestemmelse. I fase 2 bør gælde det grundlæggende princip, at anmodning om at sætte uret i stå skal fremsættes inden for den ordinære tremånedersfrist. Og af hensyn til effektiviteten bør den nye bestemmelse kun kunne anvendes efter anmodning fra parterne. Desuden bør den bygge på det princip, at fristen kun forlænges i et afkortet tidsrum, f.eks. 20-30 arbejdsdage, og at den yderligere tid fordeles ligeligt mellem alle implicerede. Af hensyn til hele systemets effektivitet forekommer det ikke ønskeligt at åbne mulighed for en længere forlængelse. Det er også blevet overvejet, om der skulle være mulighed for tillæg af en kortere frist, der skulle fordeles ligeligt mellem parterne og Kommissionen (f.eks. fem dage til hver). Selv om det ville gøre systemet mere smidigt (f.eks. når der sandsynligvis kun er behov for et par dage mere), vil det imidlertid gøre det betydeligt vanskeligere at håndtere (og bl.a. vanskeliggøre planlægningen af kommende møder i det rådgivende udvalg).

215. En “stopursbestemmelse” forekommer at have flere fordele i fase 2:
- Den vil give parterne bedre proceduregarantier ved at give mere tid til drøftelserne efter den mundtlige høring, hvor parterne og Kommissionen kan arbejde med problemerne og prøve at finde en løsning på dem
 - Hvis det første forslag fremsættes på et tilstrækkeligt tidligt stadium, kan man indhente tid, der er gået tabt, når parterne fremsætter det første, ikke helt optimale forslag (f.eks. når de virkelig mener, at de vil kunne imødegå Kommissionens indsigelser, hvilket viser sig ikke at holde stik)
 - Det vil gøre proceduren mere gennemsigtig ved at give det rådgivende udvalg mulighed for at drøfte sagen på basis af et udkast til artikel 8, stk. 2-beslutning indeholdende en vurdering af parternes endelige forslag (i dag vil der ofte kun foreligge en artikel 8, stk. 3-beslutning). Også på dette punkt vil parterne få styrket de proceduremæssige garantier.
216. Et sådant system vil kun have begrænsede “omkostninger”. For de anmeldende parter gælder, at det er deres eget strategiske valg, der er afgørende for, om den ekstra tid udnyttes eller ej. For markederne vil de yderligere 20-30 arbejdsdage normalt ikke have nogen større betydning. For Kommissionen og medlemsstaterne vil det hovedsagelig kræve lidt større smidighed, da mødeplanerne måske vil skulle ændres, hvilket igen kan føre til visse logistiske problemer omkring møderne i det rådgivende udvalg (lokaler, oversættelse, tolkning osv.). Men som helhed ventes de positive virkninger at ville opveje sådanne mindre ulemper.
217. I praksis vil et sådant system give anmeldende parter et klart valg. Deres første mulighed er at fremkomme med forslag til tilsagn i god tid før tremånedersfristens udløb, således at markedstesten kan udføres før udløbet af den tredje måned. Hvis resultatet er positivt, er det ikke nødvendigt at anmode om at sætte uret i stå, og der vil være tid nok til at udarbejde et komplet beslutningsudkast til behandling i det rådgivende udvalg. Hvis markedstesten derimod giver et negativt udfald, vil parterne stadigvæk have mulighed for at anmode om at få sat uret i stå, mens der foretages yderligere drøftelser og markedstest. Ifølge dette forslag vil parterne da have yderligere 10-15 arbejdsdage til at finde frem til en egnet løsning, hvorefter Kommissionen vil have den samme tid til at efterprøve, om det endelige forslag fungerer, og udarbejde et komplet beslutningsudkast til drøftelse i det rådgivende udvalg.
218. Den anden mulighed er, at parterne beslutter først at fremlægge tilsagn lige inden udløbet af tremånedersfristen. I sådanne tilfælde er der måske ikke tid til at foretage en ordentlig markedstest før fristens udløb. Parterne vil derfor måske være nødt til at anmode om at få uret sat i stå uden at kende markedstestens fulde resultat. Beslutter de sig til at anmode om det, vil den resterende del af proceduren være den samme som beskrevet i det foregående afsnit. Beslutter de sig derimod til ikke at anmode om at få sat uret i stå, vil den videre procedure afhænge af vurderingen af de foreslåede tilsagn. Det betyder, at hvis de sent fremlagte tilsagn viser sig at løse de påviste konkurrenceproblemer på tilfredsstillende vis, vil Kommissionen måske stadigvæk være under et vist tidspres med hensyn til udarbejdelsen af et komplet beslutningsudkast om godkendelse af fusionen i god tid før mødet i det rådgivende udvalg. Men det skulle normalt ikke have nogen større negative virkninger, eftersom de tilsagn, der godkendes lige før udløbet af tremånedersfristen, normalt er

uproblematiske. Det samme gælder, hvis tilsagn fremlagt umiddelbart inden fristens udløb ikke kan godkendes, for i den situation vil Kommissionens beslutningsudkast i alt væsentligt bygge på dens klagepunktsmeddelelse, dog med tilføjelser, hvori den tager stilling til de foreslåede tilsagn.

219. I den første fase kunne den nye procedure stort set følge den ovenfor beskrevne. Det vil da være op til parterne at beslutte, om de inden for et begrænset tidsrum efter udløbet af treugersfristen vil anmode om at få sat uret i stå for at få drøftet nye eller betydeligt ændrede tilsagn. I modsætning til situationen i anden fase vil det dog nok være rimeligt at give Kommissionen mulighed for at skønne, om den vil efterkomme en anmodning om sætte uret i stå eller ej. Årsagen hertil er, at det vil gå ud over effektiviteten i sagsbehandlingen, hvis man bruger mere end de nuværende seks uger på førstefasesager, når Kommissionen ikke ser nogen mulighed for at træffe en godkendelsesbeslutning, heller ikke på basis af de nye eller betydeligt ændrede tilsagn. I sådanne tilfælde bør Kommissionen fortsat kunne vedtage en beslutning efter artikel 6, stk. 1, litra c), efter seksugersfristens udløb.
220. Kommissionen opfordrer alle interesserede til at berette om deres erfaringer og synspunkter om disse forslag og til at fremsætte generelle kommentarer angående behandlingen af første- og andenfasets tilsagn.
221. Bortset fra de ovennævnte spørgsmål angående tidsfrister i forbindelse med tilsagn er der fra flere sider blevet peget på, at der burde indføres en ændring gående ud på, at Kommissionen spiller en mere aktiv rolle ved indkredsningen af, hvilke betingelser der må være opfyldt, for at den ikke vil modsætte sig en anmeldt fusion. Kommissionen vil også gerne have bemærkninger angående det ønskelige i en sådan ændring, specielt de juridiske virkninger af et sådant "forslag" eller manglende virkninger (f.eks. hvor der er tale om forbud mod fusioner, når det ikke lykkes at finde frem til nogen egnet løsning af de påviste problemer).

G. Artikel 8, stk. 4

222. Hvis en fusion allerede er blevet gennemført, kan Kommissionen i henhold til artikel 8, stk. 4, kræve, at de fusionerede aktiver deles, at fælles kontrol bringes til ophør, eller at der træffes enhver anden foranstaltning, der kan genoprette en effektiv konkurrence. Beslutninger herom er underlagt proceduregarantierne i artikel 18 og kan træffes i henhold til artikel 8, stk. 3, eller særskilt.
223. Det er navnlig når en fusion er blevet gennemført i strid med artikel 7, stk. 1, at det kan være nødvendigt at bringe artikel 8, stk. 4, i anvendelse. Andre mulige situationer kan være offentlige overtagelsestilbud, der ikke er underlagt artikel 7, stk. 1, eller sager, der er bragt ind under Kommissionens jurisdiktion ved anvendelse af artikel 22. Endelig kan det også være rimeligt at anvende artikel 8, stk. 4, i tilfælde af en alvorlig tilsidesættelse fra parternes side af betingelser eller pålæg, som dannede grundlag for Kommissionens godkendelse af en fusion efter artikel 6, stk. 1, litra b), eller artikel 8, stk. 2. I sidstnævnte situation vil en sådan tilsidesættelse automatisk indebære, at fusionen er ulovlig (manglende opfyldelse af en betingelse), eller at godkendelsesbeslutningen kan tilbagekaldes (hvis et påbud ikke efterkommes, jf. artikel 8, stk. 5). Der kan dog være situationer, hvor det af retssikkerhedshensyn vil være nødvendigt, at de af Kommissionen konstaterede mangler nedfældes i en beslutning, hvori det også fastsættes, hvad der skal gøres for at genoprette en effektiv konkurrence.

224. Der er blevet peget på, at artikel 8, stk. 1, ved at fastsætte, at hver enkelt procedure, der indledes i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), skal afsluttes ved beslutning i overensstemmelse med artikel 8, stk. 2-5, begrænser disse bestemmelser til kun at kunne bringes i anvendelse i tilfælde, hvor fusionen er blevet anmeldt, og der er indledt andenfaseundersøgelse. Kommissionen deler ikke denne fortolkning, da den er i strid med selve artikel 8's ånd og bogstav, navnlig i betragtning af, at der i artikel 8, stk. 4, tales om en "fusion", uden at Kommissionens beføjelser indskrænkes til kun at omfatte "anmeldte" fusioner (som er den sprogbrug, der benyttes andetsteds i fusionsforordningen – se f.eks. artikel 6, artikel 8, stk. 2, artikel 9, stk. 1, osv.), og giver Kommissionen beføjelse til at skride ind "ved særskilt beslutning", hvilket ville være meningsløst, hvis Kommissionen kun kunne skride ind over for fusioner, der er ulovlige i medfør af artikel 8, stk. 3. Kommissionen vil ikke desto mindre gerne høre, om man mener, at det vil være nyttigt at forbedre formuleringen af artikel 8, stk. 4.

H. Håndhævelsesbestemmelser

225. Under høringen i forbindelse med 2000-rapporten pegede nogle medlemsstater på, at fusionsforordningens håndhævelsesbestemmelser burde tages op til fornyet overvejelse med hensyn til deres effektivitet. Disse bestemmelser falder i to hovedgrupper – undersøgelsesbeføjelser (artikel 11-13) og sanktioner (artikel 14-15). Da fusionsforordningen blev vedtaget, blev disse bestemmelser taget næsten direkte fra de gældende bestemmelser om det samme i forordning nr. 17. Kommissionens forslag til modernisering af gennemførelsesbestemmelserne til traktatens artikel 81 og 82 indeholder en række ændringer, der har til formål at beskytte konkurrencen. I det omfang, hvor disse tilpasninger drejer sig om spørgsmål af samme relevans for fusionskontrollen, bør de også indføjes i fusionsforordningen. I samme rækkefølge som i moderniseringsforslaget er der tale om følgende ændringer og/eller tilføjelser i fusionsforordningen:

- Sektorundersøgelser. Kommissionen bør i fusionsforordningen gives beføjelse til at foretage undersøgelser, ikke alene på grundlag af en konkret anmeldelse, men også for at kunne foretage mere generelle undersøgelser, herunder også efter fusioner. Sådanne undersøgelser kan give en værdifuld indsigt i, hvilke virkninger tidligere beslutninger har haft, og derigennem bruges til at finafstemme den fremtidige politik.
- Præcisering af, at det fortsat er virksomhederne, der har ansvaret for rigtigheden af de oplysninger, der gives af deres behørigt befuldmægtigede repræsentanter (advokater).
- Bevisoptagelse. I betragtning af de korte frister, der gælder inden for fusionskontrollen, er det oplagt at åbne mulighed for, at Kommissionen kan indhente mundtlige udtalelser og bruge dem som bevismateriale. Dette vil kunne fremme effektiviteten i arbejdet med at belyse sagsforholdene i fusionssager betydeligt.
- Kontrolundersøgelser. Inden for fusionsforordningens rammer har der hidtil kun i ekstraordinære tilfælde været gjort brug af kontrolundersøgelser. Der forekommer dog ikke at være nogen grund til ikke at gøre bestemmelserne herom mere effektive på linje med gennemførelsesbestemmelserne til artikel 81 og 82.

- Undersøgelser foretaget af nationale konkurrencemyndigheder. I relation til artikel 81 og 82 vil der blive foretaget en ændring, der sætter medlemsstaterne i stand til at foretage undersøgelser på deres område på vegne af en anden medlemsstats konkurrencemyndighed. Denne ændring har ikke nogen tilsvarende funktion i fusionsforordningen, der i modsætning til artikel 81 og 82 er baseret på et system med enekompetence.
- Bøder. Også i forbindelse med fusionsforordningen vil det være hensigtsmæssigt at gå over til en procentuel beregning af bøder for overtrædelse af procedureregler (op til 1 % af årsomsætningen). Desuden vil det også være formålstjenligt at tilføje manglende opfyldelse af en forpligtelse pålagt ved beslutning truffet efter fusionsforordningens artikel 6, stk. 2, på listen i forordningens artikel 14, stk. 2, litra a).
- Tvangsbøder. Også i fusionsforordningen vil det være hensigtsmæssigt at gå over til en procentuel beregning af tvangsbøder (op til 5 % af den gennemsnitlige dagsomsætning). Også her bør manglende opfyldelse af en forpligtelse pålagt ved en beslutning truffet efter fusionsforordningens artikel 6, stk. 2, tilføjes på listen i forordningens artikel 15, stk. 2, litra a).
- Desuden vil de korte og helt faste frister i fusionsforordningen i hvert fald under visse omstændigheder gøre det berettiget, at Kommissionen får mulighed for ved beslutning at kræve bestemte oplysninger uden først at have fremsat en ikke-sanktioneret begæring om oplysninger. Herigennem vil Kommissionen få mulighed for at gøre direkte brug af fusionsforordningens artikel 11, stk. 5, f.eks. når der er grund til at tro, at den virksomhed, der ønskes oplysninger af, ikke vil give et fyldestgørende svar i tide.

226. Kommissionen opfordrer alle interesserede til at fortælle om deres erfaringer og deres syn på de foreslåede ændringer, der beskrives ovenfor.

I. Anmeldelsesgebyrer

227. I 2000-rapporten blev det nævnt, at muligheden for at indføre anmeldelsesgebyrer for fusionsanmeldelser ville blive overvejet nærmere. Sådanne gebyrer anvendes i dag i flere medlemsstater (Det Forenede Kongerige, Tyskland, Østrig, Spanien, Irland og Grækenland) såvel som i flere ansøgerlande og andre lande uden for EU, bl.a. USA⁴¹. I disse jurisdiktioner begrundes anmeldelsesgebyrerne ofte med, at de er et middel til at sikre, at omkostningerne ved fusionskontrollen bæres af fusionsparterne.
228. Ser man på andre jurisdiktioner, fremgår det, at der hovedsagelig er to måder at indføre sådanne gebyrer på. Der kan enten være tale om et fast beløb for hver anmeldelse, eller gebyret kan være proportionalt i forhold til den anmeldte transaktions komplekse karakter. Inden for hver model kan der være tale om, at gebyrerne skal betales af en eller flere af de deltagende parter. Uanset hvilken model, der foretrækkes, bør grundprincippet være, at de ikke tilfalder konkurrencemyndighedens budget, således at der ikke opstår risiko for skævheder.

⁴¹ En sammenligning af anmeldelsesgebyrernes størrelse i forskellige jurisdiktioner findes i bilag I, Afsnit B.

229. Kommissionen vil derfor gerne høre, om man mener, at der bør indføres en bestemmelse i fusionsforordningen, der giver Kommissionen mulighed for at indføre anmeldelsesgebyr ved en senere kommissionsforordning, hvis den mener, det er berettiget.
230. Det bemærkes desuden, at Kommissionen tager aktivt del i den igangværende internationale debat om virkningerne af, at adskillige konkurrencemyndigheder overalt i verden indfører anmeldelsesgebyrer, hvilket er en udvikling, der volder visse bekymringer i erhvervslivet. Kommissionen ser positivt på, at man drøfter anmeldelsesgebyrer i fusionssager på internationalt plan, og mener også, at der kan være visse fordele ved en fremtidig harmonisering på internationalt plan af, hvordan man går til værks.
231. Kommentarer hertil, herunder om relevante erfaringer med anmeldelsesgebyrer i andre jurisdiktioner, vil blive hilst velkommen.

J. Proceduregarantier og kontrolmekanismer

232. Et af de bedste og mest roste træk ved fusionsforordningen har siden dens udarbejdelse været, at den har kunnet give resultater inden for en meget stram tidsfrist og samtidig bevare en høj effektivitet og gennemsigtighed.

Procedurens art og karakteristika

233. I de fusionskontrolsystemer, der findes rundt om i verden, er der tale om forskellige og alle sammen gyldige måder at kombinere de administrative og/eller judicielle elementer i proceduren på. Nogle fusionskontrolsystemer indeholder også i forskellig grad et politisk element, f.eks. i form af en test, der ikke udelukkende er baseret på konkurrencehensyn, eller mere direkte i form af indgreb fra regeringens eller ministres side. Det må slås fast, at den procedure, der fastlægges i fusionsforordningen og gennemførelsesforordningen til den, er rent administrativ og ikke judiciel⁴². Kommissionens tilsyneladende dobbeltfunktion som det undersøgende og beslutningstagende organ ligger i selve den administrative procedures struktur og anses ikke at stride mod artikel 6 i den europæiske menneskerettighedskonvention. Og ikke mindst er det blevet statueret, at Kommissionen er underlagt "effektiv" prøvning ved en uafhængig og upartisk domstol⁴³.
234. Den formelle administrative procedure giver parterne en lang række proceduregarantier, som er blevet cementeret og uddybet af en omfattende retspraksis på det konkurrenceretlige område. Gennemsigtighed spiller en helt overordnet rolle igennem hele forløbet og sikres på forskellig vis, bl.a. gennem vedtagelse af en begrundet beslutning, når der iværksættes tilbundsående undersøgelse, meddelelse af klagepunkter til parterne, aktindsigt, adgang til at imødegå Kommissionens indsigelser skriftligt såvel som ret til mundtlig høring samt fuldt begrundede endelige beslutninger.

⁴² Kommissionen er ikke en domstol som omhandlet i artikel 6, stk. 1, i den europæiske menneskerettighedskonvention, jf. Domstolens dom i forenede sager 100-3/80 *Musique diffusion Francaise mod Kommissionen*, Sml. 1983, s. 1825.

⁴³ Forenede sager 100-3/80 op.cit., sag T- T-348/94 *Enso Espanola mod Kommissionen*, Sml. 1998, s. II-1875.

235. På et mere generelt plan styrkes gennemsigtigheden omkring Kommissionens politik yderligere af Kommissionens praksis med at udsende vejledende meddelelser om vigtige jurisdiktionsspørgsmål og materielle spørgsmål. Desuden offentliggøres der meddelelser om Kommissionens behandling af individuelle sager, bl.a. om anmeldelser og beslutninger om iværksættelse af tilbundsgående undersøgelser, ligesom alle endelige beslutninger offentliggøres i deres fulde ordlyd.
236. Andre afdelinger i Kommissionen og medlemsstaterne fungerer som interne og eksterne kontrolinstanser. Andenfasebeslutninger, også beslutninger om forbud, skal vedtages af hele kommissærkollegiet. Disse arbejdsmetoder afspejler Kommissionens karakter og struktur i dens funktion som traktaternes vogter og den myndighed, der gennemfører fusionsforordningen. I lyset heraf er det indlysende, at procedurens opbygning og frister også må tage højde for de organisatoriske bindinger, der følger af selve arbejdsgangen i Kommissionen, med konsultationer mellem tjenestegrene og med 15 medlemsstater, oversættelse og tolkning, logistik omkring møder og høringer, udarbejdelse af endelige beslutninger (der skal sættes til afstemning i kommissærkollegiet, underskrives osv.).
237. Nedenfor gives en kort illustration af de proceduregarantier og kontroller, der er indbygget i Kommissionens sagsbehandlingsprocedure i fusionsager.

Proceduregarantier

238. Det bemærkes først og fremmest, at den veletablerede praksis med kontakter forud for anmeldelser og de ret detaljerede anmeldelseskemaer giver Kommissionen mulighed for at afvige fra den formelle procedure umiddelbart efter anmeldelsen og bidrager til større effektivitet i den efterfølgende proces. Kommissionen kan gøre brug af de undersøgelsesbeføjelser, den har direkte over for anmeldende parter og andre aktører på markedet, både gennem hele den første og den anden fase. I fusionsforordningen er begæringer om oplysninger og undersøgelser underlagt en række formelle procedurekrav (artikel 11-13). De oplysninger, der indhentes, må kun bruges til behandlingen af den pågældende sag (art. 17, stk. 1).
239. Parterne skal have meddelt de begrundede beslutninger, der træffes efter artikel 6, stk. 1, litra c), om iværksættelse af tilbundsgående undersøgelser, og de vil i praksis herigennem kunne danne sig et ret nøje overblik over den resterende del af procedurens omfang og rækkevidde.
240. Anden procedurefase kan få en mere konfrontationspræget karakter end første fase, og det er netop her, at proceduregarantierne er mest klare og eksplicitte i systemet.
241. Mere konkret har parterne følgende rettigheder:
- Ved undersøgelsesfasens afslutning (groft sagt to måneder før den endelige beslutning) skal Kommissionen behørigt tilsende parterne en klagepunktsmeddelelse, hvori den klart og detaljeret redegør for alle sine indsigelser, således at parterne nøjagtigt ved, hvad de skal forsvare sig mod. Det er også på grundlag af denne klagepunktsmeddelelse, at parterne kan begynde at formulere forslag til, hvordan de påviste problemer kan løses.
 - Efter at have fået meddelt klagepunkterne, kan parterne anmode om at få indsigt i Kommissionens sagsakter for at kunne kontrollere de resultater, Kommissionen er

nået frem til i sine undersøgelser, og selv undersøge, hvilke kilder Kommissionen har baseret sine indsigelser på (med forbehold af legitime interesser i at værne om forretningshemmeligheder og kommercielt følsomme oplysninger).

- I deres skriftlige svar på Kommissionens klagepunkter har parterne ret til at anmode om en formel mundtlig høring, hvor de kan fremføre deres bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen. Høringen foregår under tilstedeværelse af medlemsstaternes kompetente myndigheder. Betydningen af medlemsstaternes synspunkter, navnlig med henblik på den efterfølgende procedure (dvs. mødet i det rådgivende udvalg) anerkendes klart af parterne, der ofte kontakter de nationale myndigheder bilateralt i sagen. Desuden har parter, som Kommissionen har til hensigt at pålægge bøde eller tvangsbøde, de samme rettigheder.
242. Også tredjemand, der kan godtgøre en tilstrækkelig interesse (f.eks. bestyrelsesmedlemmer og medarbejderrepræsentanter i de deltagende virksomheder, jf. artikel 18, stk. 4, kunder, leverandører og konkurrenter), kan anmode om at blive hørt og fremsætte skriftlige bemærkninger.
243. En vigtig kategori af tredjeparter, der kun sjældent tilkendegiver deres synspunkter i fusionsager, er forbrugerne (eller deres repræsentative organisationer). Selv om dette strengt taget ikke er et spørgsmål, der falder ind under en revision af fusionsforordningen, vil Kommissionen gerne have forslag til, hvordan den kan gøre det lettere for og tilskynde forbrugergrupper og –organisationer til mere aktivt at tilkendegive deres holdninger til fusioner, der falder ind under fusionsforordningen og berører deres interesser.
244. Kommissionen er åben over for, at en virksomheds medarbejdere fremfører deres synspunkter, også under førstefaseundersøgelser, i det omfang, hvor det er muligt under hensyn til den stramme tidsplan for disse undersøgelser. I lyset heraf vil Kommissionen gerne have forslag til, hvordan medarbejderne eller deres repræsentanter kan gives mulighed for mere effektivt at tilkendegive deres synspunkter, navnlig hvad angår en planlagt fusions forventelige virkninger på markedet.
245. Mundtlige høringer tilrettelægges og ledes af en høringskonsulent, hvis rolle med hensyn til at værne om kontradiktionsretten igennem hele proceduren er blevet styrket ved en ny afgørelse om høringskonsulentens mandat⁴⁴. Høringskonsulenten aflægger høringsrapport direkte til den ansvarlige kommissær. Denne rapport indeholder en generel redegørelse for proceduregarantierne, bl.a. meddelelse af dokumenter og aktindsigt, frister for svar på klagepunktsmeddelelsen, den mundtlige hørings forløb og eventuelle bemærkninger om den videre udvikling i sagen (f.eks. tilbagemækning af klagepunkter). I sin endelige rapport (der fremsendes til medlemsstaterne, sammen med udkastet til endelig beslutning og offentliggøres sammen med denne i EF-Tidende), tager høringskonsulenten stilling til, om beslutningsudkastet udelukkende omhandler indsigelser, hvortil parterne har haft adgang til at fremsætte deres bemærkninger, samt om alle undersøgelser angående tilsagnetens virkninger for konkurrencen er foretaget objektivt. Efter de nye regler er

44

Kommissionens afgørelse af 23. maj 2001 om høringskonsulentens kompetenceområde under behandlingen af visse konkurrencesager, EFT L 162 af 19.6.2001, s. 21.

høringskonsulenten direkte underlagt konkurrencekommissæren, udpeges ved en gennemsigtig udvælgelse og skal ikke nødvendigvis være ansat i Kommissionen.

Kontroller indbygget i beslutningsprocessen

246. Det er medlemsstaterne, der er det vigtigste element af ekstern kontrol i processen. Deres rolle er mere formaliseret i fase 2. Mens de i fase 1 har ret til at få kopier af anmeldelser og de vigtigste dokumenter (herunder tilsagn) og kan fremsætte deres bemærkninger hertil, indkaldes de i fase 2 også til møder i Det Rådgivende Udvalg for Kontrol med Fusioner og Virksomhedsovertagelser, der består af repræsentanter for de relevante myndigheder. Medlemsstaterne får forinden tilsendt et sæt dokumenter indeholdende et foreløbigt beslutningsudkast og alle foreslåede tilsagn. Hvis parterne afgiver nye tilsagn, vil udvalget måske skulle høres igen. At Kommissionen tillægger udvalgets udtalelse stor betydning, fremgår klart af, at den offentliggøres.
247. Andre relevante kontorer i Generaldirektoratet for Konkurrence og andre afdelinger i Kommissionen spiller også en rolle i processen og anmodes om input igennem hele forløbet, lige fra undersøgelsesfaserne og til udarbejdelsen af beslutningsudkastet og dets begrundelse. Den Juridiske Tjeneste har en særlig rolle at spille, hvad angår sagens juridiske aspekter, både de materielle og proceduremæssige spørgsmål. Der kræves godkendelse fra Den Juridiske Tjeneste, før der kan vedtages nogen retsakt med retlige virkninger. Når beslutninger i fusionssager anfægtes, er det Den Juridiske Tjeneste, der forsvarer Kommissionen for EU-domstolene. Generaldirektoraterne for finansielle og økonomiske anliggender, for erhvervs politik og andre relevante generaldirektorater såvel som konkurrencegeneraldirektoratets egne økonomer bistår med teknisk og økonomisk ekspertise i de analyser, der foretages i fusionssager. De opfordres også til at komme med deres bemærkninger til de foreløbige konklusioner, som det team, der har ansvaret for undersøgelserne, drager i forskellige faser i sagsbehandlingen, både i første og anden fase.

Ændringer i de nuværende procedurerammer

248. Der må være mulighed for at forbedre den nuværende procedure for behandling af fusionssager, men sådanne forbedringer må naturligvis holdes inden for de rammer, der afstikkes af det nuværende traktatsystem og af Kommissionens arbejdsmetoder som beskrevet ovenfor. Et vigtigt princip ved enhver ændring må være, at den må tage sigte på at sætte de implicerede i stand til at yde et bedre bidrag til sagens behandling i rette tid og på det rette stadium. Ethvert forslag må også tage højde for, at lempelser på et område kan indebære stramninger på andre. Enhver ændring i reglerne angående tilsagn (se ovenfor) må ses i lyset heraf. Kommissionens forslag angående andenfasebehandlingen åbner mulighed for lempelser i relation til en meget stram tidsplan for at fremme gennemsigtighed og inddragelse af alle implicerede i drøftelsen af tilsagn.
249. Kommissionen vil ud fra denne grundtanke stille sig åben over for ethvert andet begrundet forslag herom.
250. Der er nogle, der mener, at det nuværende system for domstolsprøvelse af fusionsbeslutninger er utilfredsstillende og ineffektivt. Den lange sagsbehandlingstid ved EU's domstole kan ikke undgå at afskrække mange fra at indbringe en sag og har derfor tendens til at eliminere den kontroreffekt, der ligger i muligheden for

domstolsprøvelse. Den 6. december 2000 vedtog Førsteinstansretten en række ændringer i sit procesreglement med det formål at fremskynde sagsbehandlingen på forskellige områder, der også kunne omfatte fusionskontrol⁴⁵. Da disse ændringer først trådte i kraft pr. 1. februar 2001, er det imidlertid endnu for tidligt at vurdere, hvilke virkninger de har haft. Det bemærkes her, at selv om en reform af procesreglementer ligger uden for Kommissionens kompetence og helt klart uden for denne revisions rammer, vil Kommissionen hilse enhver anden reform velkommen, som EU-domstolene måtte gennemføre for at fremskynde behandlingen af indbragte sager. Det ville også give den yderligere fordel, at man ville få en endnu mere omfattende retspraksis at trække på.

251. Der er under alle omstændigheder blevet indbragt et ikke ubetydeligt antal sager mod fusionsbeslutninger, ikke mindst hvor der er blevet nedlagt forbud mod en fusion. Ud af de 15 forbudsbeslutninger, Kommissionen hidtil har vedtaget, er de 7 blevet appelleret af de anmeldende parter, hvilket vil sige, at i 47 % af disse sager blev Kommissionens beslutning grundigt prøvet (eller er ved at blive prøvet) af Førsteinstansretten⁴⁶.
252. Der er fra visse sider blevet peget på elementer i andre fusionskontrollsystemer, som opfattes som værende bedre i stand til at give en effektiv garanti for en systematisk domstolsprøvelse. I det amerikanske system skal konkurrencemyndighederne f.eks. rejse sag for en forbundsdomstol, hvis de vil blokere for en fusion. Erfaringerne viser imidlertid, at mange sager, der i USA afgøres efter afgivelse af tilsagn, ikke er underlagt domstolsprøvelse. Desuden er forbudsbeslutninger i USA heller ikke nødvendigvis underlagt domstolsprøvelse, når fusionsparterne måske opgiver deres fusionsplaner i samme øjeblik, som konkurrencemyndigheden rejser sag.⁴⁷
253. Helt uafhængigt af, at reformer af domstolsprocesser falder uden for rammerne for denne revision af fusionsforordningen, mener Kommissionen således ikke, at det nuværende system for domstolsprøvelse ikke sikrer en rimelig judiciel beskyttelse af virksomheder, hvis fusioner der skrives ind overfor med hjemmel i forordningen. Når det er sagt, vil Kommissionen imidlertid overveje, hvordan den kan hjælpe med til, at der kommer underbyggede forslag frem, der kan fremme domstolsprøvelse af dens beslutninger i fusionssager. Kommissionen vil også gerne have underbyggede kommentarer angående de relative fordele ved det overordnede proceduresystem i fusionsforordningen set i forhold til fusionskontrollsystemer i andre jurisdiktioner.

⁴⁵ EFT L 322 af 19. december 2000.

⁴⁶ Pr. 1. oktober 2001 var der tale om RTL/VERONICA/ENDEMOL, GENCOR/LONRHO, KESKO/TUKO, BERTELSMANN/KIRCH/PREMIERE, AIRTOURS/FIRST CHOICE, WORLD.COM MCI/SPRINT og GENERAL ELECTRIC/HONEYWELL.

⁴⁷ I perioden 1996-2001 anlagde FTC sag med henblik på at blokere for en fusion i 12 sager. 7 af dem kom for retten, og 1 sag blev afgjort ved forlig forinden. I 4 sager opgav parterne fusionen, efter at der var rejst sag (i andre 4 tilfælde opgav parterne, efter at FTC havde truffet beslutning om at rejse sag, eller efter at parterne havde erfaret, at FTC's sagsbehandlere havde til hensigt at anbefale sagsanlæg). Som helhed var der lige så mange fusioner, der blev opgivet i denne periode (8), som der var fusioner, der blev behandlet af en domstol (7). I perioden 1996-2000 anlagde justitsministeriet sag ved District Court i 80 tilfælde, mens 126 fusioner blev ændret eller opgivet forinden, efter at man havde erfaret, at der ville blive rejst sag.

V. **INDKALDELSE AF BEMÆRKNINGER**

254. Alle interesserede opfordres ikke alene til at fremføre deres synspunkter angående nogle eller alle de spørgsmål, der er blevet rejst i denne grøn bog, men også til at fremsætte enhver anden kommentar af relevans for gennemførelsen af fusionskontrol i Europa.

255. Alle bemærkninger skal være Kommissionen i hænde senest den 31. marts 2002 og fremsendes

med post til:

Europa-Kommissionen
Generaldirektoratet for Konkurrence
- Fusionsrevision – Grøn bog -

B-1049 Bruxelles
Belgien

med elektronisk post til:

mtfmergerreview@cec.eu.int

256. Denne grøn bog findes også på

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

BILAG

BILAG I : SPØRGSMÅL I FORBINDELSE MED TÆRSKELVÆRDIER

BILAG II : Artikel 9 – Artikel 22

Bilagene findes kun på engelsk, sammen med originalversionen af grønbogen på følgende adresse:

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