

Besluit D-G NMa inzake Rémy Cointreau/Bols

In deze bijdrage zal worden ingegaan op het besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (de D-G NMa) met betrekking tot de overname van Bols door Rémy Cointreau (Besluit D-G NMa zaaknr. 2141 d.d. 19 december 2000). In deze zaak diende de D-G NMa zich uit te laten over een toezegging van Rémy Cointreau om bepaalde activiteiten af te stoten. Met deze toezegging werd gepoogd de D-G NMa voor aanvang van een zogenoemd tweede-fase-onderzoek ervan te overtuigen dat deze concentratie niet zou leiden tot het ontstaan of de versterking van een economische machtspositie. Daarnaast zal deze bijdrage in hoofdlijnen de nieuwe richtsnoeren van de Commissie op het gebied van toezeggingen weergeven. Tot slot zal kort worden ingegaan op de toepasbaarheid van deze richtsnoeren in het kader van de melding van toekomstige concentraties bij de D-G NMa.

Besluit Rémy Cointreau/Bols

Op 13 oktober 2000 werd de D-G NMa geïnformeerd over de voorgenomen overname van 100% van de aandelen in Koninklijke Erven Lucas Bols N.V. (hierna: Bols) door Rémy Cointreau S.A. (hierna: Rémy Cointreau). Zowel Rémy Cointreau als Bols is in Nederland actief op het gebied van de distributie van cognac, likeur, rum, wijn, champagne, port, sherry, wodka en whisky.

In een voorlopige beoordeling van deze overname wees de D-G NMa erop dat Rémy Cointreau en Bols een hoog marktaandeel hadden op een mogelijke markt voor brandy, exclusief vieux (tussen 40 en 50%) en op (een) mogelijke Nederlandse markt(en) voor cognac en armagnac (tussen 40 en 50%). Voorts zouden partijen samen in staat zijn een breed assortiment dranken met sterke merknamen aan te bieden, die hen – in combinatie met hun hoge marktaandeel op de markt(en) voor cognac – in een sterke positie jegens klanten en concurrenten leek te plaatsen. Hiernaast was volgens de D-G NMa de positie van bestaande klanten niet sterk genoeg om tegenwicht te kunnen bieden aan de onderhandelingsmacht van Rémy Cointreau en Bols.

Nadat Rémy Cointreau en Bols ingelicht waren over deze voorlopige bevindingen, besloten zij tot wijzi-

ging van de concentratie zoals deze oorspronkelijk was gemeld. Partijen verleenden een onherroepelijke volmacht aan een gevolmachtigde om alle activiteiten van Bols met betrekking tot cognac, voorzover deze tot het merk 'Joseph Guy' behoren (de 'bedrijfsactiviteiten'), door middel van een veiling te verkopen.

De volmacht bevatte de volgende bepalingen:

1. de koper van de bedrijfsactiviteiten dient volledig onafhankelijk te zijn van partijen en hun groepsmaatschappijen;
2. de koper van de bedrijfsactiviteiten dient over zodanige financiële middelen en expertise te beschikken dat hij in staat is de bedrijfsactiviteiten voort te zetten als een actieve concurrent van partijen en hun groepsmaatschappijen, zulks ter beoordeling van de Nederlandse Mededingingsautoriteit;
3. de verkoop en overdracht van de bedrijfsactiviteiten dient plaats te vinden binnen een bepaalde periode (deze periode is een bedrijfsgeheim en wordt daarom niet genoemd in de openbare versie van het besluit);
4. voorafgaande aan deze verkoop en overdracht zal de gevolmachtigde de onafhankelijke verkoop van cognac onder de merknaam 'Joseph Guy' verzekeren teneinde de levensvatbaarheid en verkoopbaarheid van de bedrijfsactiviteiten te waarborgen;
5. voorafgaand aan de verkoop en overdracht zullen partijen en hun groepsmaatschappijen de gevolmachtigde bijstaan om de verkoop van cognac onder de bestaande merknaam veilig te stellen, onafhankelijk en los van partijen en hun groepsmaatschappijen;
6. voorafgaand aan de overdracht zullen noch de gevolmachtigde, noch partijen (en hun groepsmaatschappijen) een wijziging aanbrengen in de bedrijfsvoering van de bedrijfsactiviteiten.

Naar aanleiding van deze wijziging van de oorspronkelijk gemelde concentratie merkte de D-G NMa op dat de bedrijfsactiviteiten slechts voor een beperkte periode na de tenuitvoerbrenging van de voorgenomen concentratie met Rémy Cointreau onderdeel van Bols zouden blijven. Als gevolg daarvan maakten de bedrijfsactiviteiten geen onderdeel meer uit van de voorgenomen concentratie tussen Rémy Cointreau en

Bols. De D-G NMa besloot vervolgens dat hij geen reden had aan te nemen dat ten gevolge van de concentratie (in haar gewijzigde vorm) een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt (of een deel daarvan) op significante wijze wordt belemmerd. De D-G NMa bepaalde dan ook dat voor de voorgenomen concentratie, zoals gewijzigd, geen vergunning vereist was.

Commentaar

Artikel 8 lid 2, tweede zin, van de Europese Concentratieverordening (Verordening 4064/89, zoals laatstelijk gewijzigd bij Verordening 1310/97) bepaalt dat de Europese Commissie voorwaarden en verplichtingen aan haar beschikking kan verbinden die moeten waarborgen dat de betrokken ondernemingen de verbintenissen nakomen die zij tegenover de Commissie zijn aangegaan om de concentratie verenigbaar te maken met de gemeenschappelijke markt. In de praktijk heeft deze bepaling geleid tot een groot aantal beschikkingen waarin de Commissie bij haar aangemelde concentraties onder bepaalde voorwaarden goedkeurde. Deze voorwaarden kwamen meestal erop neer dat partijen bepaalde ondernemingen c.q. activiteiten dienden af te stoten teneinde te voorkomen dat een machtspositie op een bepaalde markt ontstond.

In tegenstelling tot de Commissie kan de D-G NMa niet bepaalde voorwaarden verbinden aan een besluit dat geen vergunning voor een bij hem aangemelde concentratie vereist is. Alleen een vergunning kan onder beperkingen worden verleend of aan voorschriften worden verbonden (zie art. 41 lid 4 Mededingingswet). Zo besloot de D-G NMa naar aanleiding van de aanvraag voor een vergunning voor de fusie tussen PNEM/MEGA en EDON, dat een vergunning werd verleend onder de voorwaarde dat EDON haar belang in EPON zou afstoten (Besluit D-G NMa zaaknr. 1331 d.d. 20 oktober 1999).

Ingeval partijen bij een concentratie een zogenoemd 'tweede-fase-onderzoek' bij de D-G NMa wensen te voorkomen, kunnen zij gedurende het zogenoemde 'eerste-fase-onderzoek' de gemelde concentratie zodanig wijzen dat de D-G NMa zonder nadere voorschriften kan bepalen dat de concentratie niet zal leiden tot het ontstaan of de versterking van een economische machtspositie die ertoe leidt dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd. Hier-

bij zal het doorgaans het meest voor de hand liggen om aan te bieden bepaalde activiteiten af te stoten.

Tot dusverre was het nog niet voorgekomen dat partijen gedurende het 'eerste-fase-onderzoek' van de D-G NMa de door hen gemelde concentratie hadden gewijzigd door aan te bieden bepaalde bedrijfsactiviteiten of ondernemingen af te stoten. De D-G NMa had zich derhalve tot voor kort nog niet hoeven uitlaten over de vraag in hoeverre door partijen ingediende verbintenissen tot afstoting van bepaalde activiteiten (eventueel bestaande) mededingingsrechtelijke bezwaren, verbonden aan een concentratie, wegnemen.

Aangezien de Nederlandse wetgever geen regeling met betrekking tot de wijziging van een gemelde concentratie in het leven geroepen heeft, was tot voor kort ook onduidelijk hoe de D-G NMa hiermee zou omgaan. Na het hiervoor genoemde besluit staat thans vast dat wijziging van een concentratie niet tot een nieuwe melding hoeft te leiden. Dit zal echter vermoedelijk anders zijn bij een wijziging van de aard van een gemelde concentratie of van de partijen bij een concentratie (in dat geval zou de termijn van vier weken als vermeld in art. 34 Mededingingswet, gedurende welke de concentratie niet tot stand gebracht mag worden, opnieuw beginnen te lopen).

In tegenstelling tot de NMa heeft de Commissie reeds gedurende een groot aantal jaren ervaring opgedaan met het beoordelen van door partijen ingediende verbintenissen. De meeste bij de Commissie ingediende verbintenissen zijn verbintenissen waarin partijen overeenkomen bedrijfsactiviteiten c.q. ondernemingen af te stoten. Afstoting van bedrijfsactiviteiten of van ondernemingen is door de Commissie in een groot aantal beschikkingen ook als voorwaarde aan goedkeuring van een concentratie verbonden. Andere, maar minder vaak voorkomende toezeggingen die door de Commissie zijn geaccepteerd, betreffen de beëindiging van exclusieve overeenkomsten, het verlenen van toegang tot infrastructuur of sleuteltechnologie of een pakket bestaande uit een combinatie van verschillende soorten toezeggingen.

In een recente mededeling heeft de Commissie richtsnoeren neergelegd met betrekking tot de wijze waarop aangegane verbintenissen in het kader van concentraties door de Commissie worden beoordeeld (Mededeling van de Commissie betreffende bij de Commissie krachtens Verordening nr. 4064/89 van de

Raad en Verordening nr. 447/98 van de Commissie ingediende verbintenissen d.d. 20 december 2000). In deze mededeling merkt de Commissie op dat een voorstel van partijen de verbintenissen die door de partijen zijn aangegaan in ieder geval voldoende gedetailleerd moet specificeren om een volledige beoordeling mogelijk te maken. Toezeggingen dienen een duurzame oplossing te bieden voor het mededingingsprobleem dat door de voorgenomen concentratie wordt veroorzaakt. Dit betekent dat toezeggingen de mededingingsbezwaren die door de transactie veroorzaakt worden, voor een langdurige periode moeten wegnemen. Zodra de concentratie eenmaal ten uitvoer is gebracht, kunnen de gewenste concurrentievoorwaarden op de markt, ondanks de mogelijkheid van tussen-tijdse bescherming, niet werkelijk worden hersteld totdat de toezeggingen zijn uitgevoerd. Daarom moeten toezeggingen binnen een korte tijd snel en doeltreffend kunnen worden verwezenlijkt.

Toezeggingen kunnen zowel tijdens een eerste-fase-onderzoek als tijdens een tweede-fase-onderzoek worden ingediend. Aangezien tijdens de eerste fase door de Commissie geen grondig marktonderzoek verricht wordt, moeten in dit stadium gedane toezeggingen onmiskenbaar volstaan om alle ernstige twijfel (in de zin van art. 6 lid 1 onder c van de Europese Concentratieverordening) van de Commissie *uit te sluiten*. De tijdens een tweede-fase-onderzoek gedane toezeggingen moeten alle ernstige twijfel van de Commissie *wegnemen*. Gezegd lijkt dan ook te kunnen worden dat de gedurende een eerste-fase-onderzoek gedane toezeggingen over het algemeen verder moeten gaan dan toezeggingen welke tijdens een tweede-fase-onderzoek zijn aangegaan.

Met name waar (horizontale) overlap van activiteiten van partijen in een bepaalde markt het mededingingsprobleem creëert, is afstoting van (een deel van de) overlappende bedrijfsactiviteiten volgens de Commissie de meest geëigende weg om het probleem op te lossen. Een afstotingspakket met daarin merken en ondersteunende productiemiddelen die neerkomen op een heel bedrijf, kan in sommige gevallen al genoeg zijn om te verzekeren dat een concurrerende entiteit op de markt blijft bestaan.

Voor toezeggingen met betrekking tot het afstoten van ondernemingen c.q. activiteiten die na de goedkeuring worden uitgevoerd, zijn waarborgen vereist teneinde een succesvolle en tijdige uitvoering te verzekeren.

De Commissie heeft in haar mededeling een lijst met voorwaarden samengesteld waaraan deze verbintenissen dienen te voldoen. Deze voorwaarden komen er allereerst op neer dat partijen een precieze en uitgebreide beschrijving dienen te geven van de voorgenomen onderneming(en) c.q. van de activiteit(en) die afgestoten wordt (c.q. worden). De afstoting dient normaal gesproken plaats te vinden binnen een bepaalde periode, welke door de Commissie goedgekeurd dient te worden, aan een koper, die eveneens voorafgaande aan de verkoop door de Commissie goedgekeurd dient te worden.

De koper dient in beginsel een actieve bestaande of toekomstige concurrent te zijn, die onafhankelijk van partijen is, met hen geen banden heeft en beschikt over voldoende financiële middelen om de afgestoten bedrijfsactiviteiten te behouden en te ontwikkelen als een 'actieve concurrentiekracht in de mededinging met de partijen'. De Commissie kan een voorgestelde koper afkeuren als de aankoop van het afstotingspakket door de voorgestelde koper op het eerste gezicht mededingingsproblemen of andere moeilijkheden dreigt te creëren die de tijdige tenuitvoerbrenning van de toezegging kunnen vertragen.

De partijen dienen hiernaast de onafhankelijkheid, de economische levensvatbaarheid, de verkoopbaarheid en het concurrentievermogen van het afstotingspakket in stand te houden. Het afstotingspakket moet apart en administratief losstaan van de niet afgestoten bedrijfsactiviteiten. Partijen dienen alle redelijke inspanningen te leveren om te verzekeren dat alle relevante activa van het afstotingspakket in stand gehouden worden. Het afstotingspakket moet worden beheerd als een aparte en verkoopbare bedrijfsactiviteit met een eigen bedrijfsleiding die is samengesteld uit personeel dat onafhankelijk is van de partijen.

Tot slot wordt het in de meeste gevallen passend geacht een gevolmachtigde (gewoonlijk een investeringsbank of soortgelijke instelling) onherroepelijk aan te stellen om de afstoting uit te voeren. De rol van de gevolmachtigde houdt gewoonlijk in dat deze toezicht houdt en regelmatig op verzoek van de Commissie rapporteert over de tenuitvoerbrenning van de toezeggingen. De voorwaarden waaronder de gevolmachtigde aangesteld wordt, dienen gewoonlijk door de Commissie te worden goedgekeurd.

Het voorstel tot afstoting lijkt het beste te kunnen worden ingericht op basis van de hiervoor genoemde afsto-

tingsvoorwaarden. Of een voorstel tot afstoting succes heeft, hangt uiteraard te allen tijde af van de omvang van het afstotingspakket, mede gelet op alle omstandigheden van het geval. Uit het Rémy Cointreau/Bols-besluit blijkt in ieder geval dat een bij de D-G NMa ingediend voorstel tot afstoting van activiteiten dat op basis van hiervoor genoemde richtlijnen van de Commissie is ingericht, kans van slagen heeft.

Sinds het voorgaande besluit heeft de D-G NMa zich spoedig nog een keer moeten uitlaten over de vraag of een voorstel tot afstoting van activiteiten, voor aanvang van een tweede-fase-onderzoek, tot de conclusie kan leiden dat een concentratie niet tot het ontstaan of de versterking van een economische machtspositie leidt. In het kader van de overname van alle vakantieparken onder de naam Center Parcs door Pierre & Vacances, welke zelf vakantieparken onder de naam Gran Dorado exploiteert, hadden partijen, wederom naar aanleiding van voorlopige bevindingen van de D-G NMa, aangeboden om 33 vakantieparken van Gran Dorado af te stoten. Ook dit voorstel, dat ingericht was conform de hiervoor genoemde richtlijnen van de Commissie, leidde ertoe dat de D-G NMa bepaalde dat voor deze overname geen vergunning vereist was.

Het spreekt voor zich dat het doen van voorstellen tot afstoting voor partijen bij een concentratie, nog afgezien van de daaraan verbonden kosten en tijd, veelvuldig onwenselijk zal zijn. Soms zal afstoting van activiteiten zelfs geheel onmogelijk zijn of zal een overname slechts toegevoegde waarde creëren als de betreffende activiteiten of ondernemingen geheel overgenomen worden. Gelet hierop en op het feit dat de D-G NMa in de praktijk het overgrote deel van de bij hem gemelde concentraties na een eerste-fase-onderzoek zonder al te veel problemen goedkeurt, valt het dan ook nog te bezien of in de praktijk van de hiervoor genoemde mogelijkheid tot het doen van voorstellen tot bijvoorbeeld afstoting veel gebruik zal worden gemaakt. Veelal zal het waarschijnlijk ook in de toekomst niet nodig zijn een voorstel tot afstoting van bepaalde ondernemingen of bedrijfsactiviteiten bij de D-G NMa in te dienen teneinde de D-G NMa ervan te overtuigen dat de concentratie niet leidt tot het ontstaan of de versterking van een economische machtspositie.

*Mr. R. Blaauboer
Loyens & Loeff*