

NMa Concentratiecontrole

mr M. Chatelin; mr D.J.M. de Grave

Nr. B124

CVK Kalkzandsteen, zaaknr. 124, 20 oktober 1998 (Stcrt. 202), art. 27 onder a Mw

De Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging U.A. ('CVK') en de elf leden van CVK zijn voornemens de economische activiteiten van de leden onder centrale leiding van CVK te brengen op grond van een overeenkomst ('Poolingsovereenkomst'). De leden zijn dochterondernemingen van Franz Haniel & Cie. GmbH, NBM-Amstelland N.V. en RAG Aktiengesellschaft. Alle leden van CVK zijn

producenten van kalkzandsteen. De CVK is actief op het gebied van de inkoop, productie en verkoop van kalkzandsteen.

Ten gevolge van de Poolingsovereenkomst zal het bestuur van CVK voor een periode van ten minste tien jaar over instructiebevoegdheden aan de leden beschikken. De leden zullen verplicht zijn deze instructies uit te voeren. Tevens zullen het (des)investeringsbeleid en het personeelsbeleid op centraal niveau worden vastgesteld. Voorts zullen de positieve, dan wel negatieve resultaten van de fabrieken worden gepoold en volgens een in de Poolingsovereenkomst vastgestelde verhouding worden verdeeld.

B e s c h i k k i n g e n

Op 23 april 1998 is door de D-G NMa besloten dat voor deze concentratie een vergunning is vereist omdat Haniel, NBM-Amstelland en RAG een collectieve machtspositie hebben op de markt voor bouwmaterialen voor dragende wanden in de woningbouw en op de markt voor bouwmaterialen voor binnenspouwbladen in de woningbouw. De aanvraag om vergunning is van partijen ontvangen op 9 juli 1998. In het kader van het nader onderzoek door de NMa is onderzoek verricht door het Economisch Instituut voor de Bouwnijverheid ('EIB') te Amsterdam.

Wel of niet een concentratie?

Het eerste interessante aspect aan deze zaak is de discussie tijdens de meldingsfase over de vraag of de operatie een concentratie is. Partijen stellen dat CVK en haar leden in de opzet voorafgaande aan de Poolingsovereenkomst, al één economische eenheid vormen die op de markt optreedt als één enkele onderneming in de zin van de Mw en welke voor de inwerkingtreding van de Mw was gerealiseerd. De concentratie zou reeds in 1996 bij de wijziging van het 'Huishoudelijk Reglement' en het 'Procedural Manual' tot stand zijn gekomen. De D-G NMa overweegt dat eerst dan een economische eenheid ontstaat indien duurzame structuurwijzigingen van de betrokken ondernemingen aan de orde zijn. De D-G merkt op dat de EG-Commissie in haar beschikkingspraktijk onder meer aanvaardt dat er sprake is van een blijvende verandering in de structuur van de betrokken ondernemingen indien een overeenkomst is aangegaan voor een periode van zes maanden, of een initiële periode van zeven jaar, of een initiële periode van vijf jaar. Anderzijds acht de Commissie een periode van drie jaar onvoldoende om te spreken van een duurzame verandering in de structuur van de betrokken ondernemingen. Het Huishoudelijk Reglement en de Procedural Manual hebben slechts een initiële geldigheidsduur van nog geen twee jaar, zodat het voor een structuurwijziging kenmerkende duurzame karakter ontbreekt, in tegenstelling tot de Poolingsovereenkomst die voor een beoogde initiële duur van tien jaar wordt aangegaan.

Ten aanzien van de vraag wanneer een economische eenheid ontstaat indien samenwerkende rechtspersonen afzonderlijk blijven voortbestaan is volgens de D-G NMa het volgende van belang. Voorwaarde voor het bestaan van een gemeenschappelijke economische eenheid is het bestaan van een permanent ondernemingsbestuur. Andere relevante factoren zijn: interne verrekening van winst en verlies, zoals tussen verschillende ondernemingen binnen een concern, en gezamenlijke aansprakelijkheid jegens derden.

De D-G stelt vast dat het Huishoudelijk Reglement en de Procedural Manual het bestuur van CVK geen beslissende invloed op het ondernemingsbeleid van de leden verschafte. Voorts draagt ieder lid zelf het risico van zijn onderneming en blijft zelf verantwoordelijk voor de productie van kalkzandsteen, en beslissingen over investeringen, bedrijfsmiddelen, inkoop grondstoffen, de wijze van

productie, etc. Verder, wijst de D-G erop dat, in tegenstelling tot de Poolingsovereenkomst, het Huishoudelijk Reglement en het Procedural Manual over interne verrekening van winst en verlies geen bepalingen bevatten. Van een economische eenheid is volgens de D-G dan ook geen sprake.

Door de Poolingsovereenkomst verkrijgt CVK daarentegen zeggenschap over de fabrieken van de leden. Het bestuur van CVK wordt belast met het bestuur van de fabrieken en is gerechtigd instructies uit te vaardigen aan de leden, die zich verbinden deze uit te voeren. Deze instructies kunnen betrekking hebben op onder meer: productontwikkeling, marketing en verkoop, administratie en rapportage, inkoop, investeringen en desinvesteringen, orderintake en productietoewijzing, personeel en organisatie, productie, vervoer, voorraad- en kwaliteitsbeheer. Het arbeidsvoorwaardenbeleid wordt door CVK gevoerd. Voorts worden winst en verlies gedeeld. De D-G acht de conclusie gerechtvaardigd dat er door de Poolingsovereenkomst een economische eenheid wordt gevormd. Daaraan doet niet af dat de in CVK opgaande ondernemingen over eigen rechtspersoonlijkheid beschikken welke zij na de Poolingsovereenkomst behouden terwijl hun aandelen worden gehouden door andere rechtspersonen. De gemelde operatie is derhalve een concentratie.

In het kader van de vergunningsaanvraag hebben partijen in overleg met de NMa gewaarborgd dat de collectieve machtspositie, te weten de oorspronkelijke economische en organisatorische eenheid tussen de moeders en hun groepsmaatschappijen enerzijds en de leden anderzijds, wordt verbroken en de zeggenschap over de fabrieken daadwerkelijk wordt overgedragen aan het bestuur van CVK.

Het bestuur van CVK, gekozen door de ledenvergadering, beschikt over een zelfstandige beslissingsbevoegdheid. De door de NMa gevraagde extra waarborg houdt verband met de samenstelling van het bestuur en de Raad van Commissarissen. Ten aanzien van het bestuur is bepaald dat het dient te zijn samengesteld uit personen die geen functie bekleden of betrokken zijn bij het beleid bij één van de moedermaatschappijen of daaraan gelieerde groepsmaatschappijen. De leden, die niet langer groepsmaatschappijen zullen zijn, zijn verplicht om CVK in hun statutaire directie op te nemen. Ten aanzien van de Raad van Commissarissen is bepaald dat de meerderheid, inclusief de voorzitter, zal bestaan uit representanten van de leden of onafhankelijke personen. Een minderheid zal mogen bestaan uit representanten van de groepsmaatschappijen van een groep waartoe een moedermaatschappij van één of meer leden van CVK behoort. De rol van de Raad van Commissarissen beperkt zich tot de traditionele rol van een Raad van Commissarissen (toezicht houden alsmede het verlenen van goedkeuring voor een aantal structurele beslissingen).

B e s c h i k k i n g e n

Constructieve wanden en niet-constructieve wanden

Tijdens de vergunningsfase komt de D-G NMa terug op de tijdens de meldingsfase gemaakte voorlopige afbakening van de relevante productmarkt. Na uitvoerig onderzoek naar bouwmethoden en bouwmaterialen concludeert de D-G NMa dat sprake is van twee separate markten, namelijk een markt voor bouwmaterialen voor constructieve wanden en een markt voor bouwmaterialen voor niet-constructieve wanden.

Partijen zijn een andere mening toegedaan over de marktdefinitie. Naar hun mening is de relevante productmarkt de markt voor bouwmaterialen voor de bouw van wanden en funderingen. Zij stellen dat de markt voor bouwmaterialen voor wanden en funderingen op verschillende manieren kan worden gesegmenteerd, zowel naar type bouw (woningbouw, utiliteitsbouw, agrarische bouw en renovatiebouw) als naar toepassing (dragende wanden, binnenspouwbladen, scheidingswanden en gevels). Een nadere marktafbakening naar marktsegment zou slechts kunnen plaatsvinden indien blijkt dat de producten op grond van bijzondere productiekennmerken specifiek zijn voor een bepaalde bestemming.

De D-G NMa overweegt dat de mate van substituëerbaarheid van kalkzandsteen door andere bouwmaterialen en het beoogd gebruik (bouw van funderingen en wanden) afhangen van de waarde die de gebruikers hechten aan de verschillende kenmerken (vormen, afmetingen, druksterkten) van de bouwmaterialen. Zo is het doorslaggevend onderscheid tussen constructieve wanden en niet-constructieve wanden de dragende functie. Niet-constructieve wanden hebben geen dragende functie maar uitsluitend een scheidingsfunctie.

Constructieve wanden geven stevigheid aan de bouw en dienen te voldoen aan eisen wat betreft druksterkte, draagkracht, duurzaamheid en stijfheid. Kalkzandsteen concurreert op de markt voor bouwmaterialen voor constructieve wanden met ander materialen (gietbeton en prefab beton) dan op de markt voor bouwmaterialen voor niet-constructieve wanden (gips, cellenbeton en metselbaksteen). Derhalve acht de D-G NMa het niet gerechtvaardigd om te spreken van één markt voor bouwmaterialen.

Ook het door partijen gesuggereerde onderscheid tussen wanden in de woningbouw en utiliteitsbouw wordt door de D-G NMa verworpen omdat de eisen die in de woningbouw en utiliteitsbouw ten aanzien van constructieve en non-constructieve wanden worden gesteld niet significant verschillen. Er bestaat volgens de D-G NMa onvoldoende aanleiding voor een nadere afbakening in utiliteitsbouw en woningbouw.

De mogelijke afzonderlijke productmarkten voor gevelwanden en funderingen laat de D-G NMa buiten beschouwing vanwege de geringe positie van de kalkzandsteenproducenten op die markten. De D-G NMa oordeelt dat ten aanzien van de relevante productmarkten ter beoordeling van de gevolgen van de concentratie, in afwij-

king van wat partijen stellen, primair gekeken dient te worden naar de marktaandelen in volumetermen in plaats van waardetermen. De waarde van gebruikte materialen vormt slechts een deel van de totale kostprijs van een wand. De keuze van een aannemer zal samenhangen met de integrale kosten (materiaalkosten + verwerkingskosten) van een bepaald bouw materiaal in vergelijking met andere bouwmaterialen. Volumecijfers weerspiegelen de door aannemers op basis van een vergelijking van de integrale kosten van de verschillende bouwmaterialen feitelijk gemaakte keuzes daarom beter dan waarde gerelateerde cijfers.

Ten gevolge van de concentratie zal CVK de enige aanbieder zijn van kalkzandsteen met een sterke positie op de markt voor bouwmaterialen voor constructieve wanden met een marktaandeel van 40-60%. De markt voor bouwmaterialen voor niet-constructieve wanden kan buiten beschouwing blijven vanwege CVK's geringe marktaandeel van 10-30%. De D-G NMa stelt vast dat de marktstructuur tot gevolg heeft dat CVK ondanks het relatief grote marktaandeel zich niet onafhankelijk kan gedragen omdat rekening moet worden gehouden met de concurrentiedruk van afnemers, grote bouwbedrijven en concurrenten. Kalkzandsteenproducten worden door bouwbedrijven via de bouwmaterialenhandel besteld. De D-G NMa acht het niet waarschijnlijk dat CVK de handel zou uitschakelen omdat CVK dan het debiteurenrisico van een groot aantal bouwbedrijven zou gaan dragen. Ook is er druk vanuit de vraagzijde omdat de bouwmaterialenhandel belang heeft bij lage prijzen voor kalkzandsteen vanwege hun concurrentiepositie ten opzichte van met kalkzandsteen concurrerende bouwmaterialen die zij niet verkopen. Ook hebben bouwbedrijven bevestigd dat in geval van een prijsverhoging van kalkzandsteen van 5-10% zal worden uitgeweken naar een alternatief bouw materiaal. Dit is met name relevant in de hevig op prijs concurrerende woningbouw waar kalkzandsteen sterk vertegenwoordigd is in constructieve wanden. Verder is van belang dat naar verwachting de stapelbouw, en daarmee het gebruik van kalkzandsteen, zal dalen ten opzichte van gietbouw waarbij gebruik wordt gemaakt van gietbeton en prefab betonelementen. De kalkzandsteenindustrie zal meer concurrentiedruk gaan ervaren van de betonsector die bovendien financieel en innovatief krachtig van aard is. Voorts acht de D-G NMa relevant dat CVK en haar leden reeds lange tijd als één marktpartij worden gezien en dat de voorgenomen concentratie geen effect heeft op de onderlinge concurrentieverhoudingen en marktstructuur. Alhoewel er sprake is van versterking van de sterke positie van partijen heeft dit volgens de D-G NMa niet tot gevolg dat de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd. De D-G NMa verleent dan ook een vergunning voor deze concentratie.