



A n n o t a t i e s

BaByliss/Commissie en Philips/Commissie

BaByliss SA/Commissie, zaak T-114/02 en Royal Philips Electronics N.V./Commissie, zaak T-119/02, Gerecht van Eerste Aanleg, 3 april 2003, n.n.g., verzoekschrift tot nietigverklaring van een beschikking op grond van verordening 4064/89 (COMP/M.2621 SEB/Moulinex). Concentraties – verbintenissen en verwijzing naar de autoriteiten van een lidstaat.
(m.nt. mr M.F.A.M. Smeets)

Feiten

De Franse onderneming Moulinex, die huishoudelijke apparaten produceert en verkoopt onder de handelsnamen Moulinex en Krups, raakt in staat van faillissement. Het Tribunal de Commerce te Nanterre onderzoekt of een doorstart mogelijk is. Diverse partijen zijn geïnteresseerd in (onderdelen van) de onderneming. Daartoe behoren de twee Franse ondernemingen SEB en BaByliss, alsmede Philips. Het Tribunal de Commerce accepteert het aanbod van SEB, houder van de ook in Nederland bekende handelsnamen Tefal en Rowenta. Met de transactie verwerft SEB de handelsnamen van Moulinex, enkele productiefaciliteiten en nationale marketingorganisaties van Moulinex. Deze transactie dient als concentratie te worden aangemeld in Brussel.

De behandeling van de zaak staat onder grote tijdsdruk. Mede omdat het Tribunal de Commerce de voorwaarde heeft gesteld dat het aanbod van SEB onvoorwaardelijk is, heeft de Commissie een ontheffing verleend van de 'standstill'-verplichting van artikel 7, lid 4 van verordening 4064/89 (hierna: 'CoVo'). Reeds tijdens de eerste fase stellen de partijen bij de concentratie dan ook verbintenissen voor op grond van artikel 6, lid 2 CoVo. Na consultatie van marktpartijen, waaronder de teleurgestelde medebieders Philips en BaByliss, worden die verbintenissen tweemaal aangepast. Het uiteindelijke voorstel behelst een exclusieve licentie aan derden op de merknaam Moulinex in een aantal lidstaten van de EER waar zich specifieke mededingingsproblemen voordoen met een duur van 5

jaar, met een 'non-concurrentieverplichting' van SEB van 3 jaar na beëindiging van de licenties. De Commissie keurt de concentratie vervolgens op 8 januari 2002 goed onder oplegging van verbintenissen.

Deze goedkeurende beschikking van de Commissie betreft niet de Franse markt. Na een eerder verzoek daartoe van de Franse autoriteiten op grond van artikel 9 CoVo besluit de Commissie op diezelfde dag de concentratie voor de beoordeling van de Franse markt te verwijzen naar de Franse autoriteiten. De Franse Minister van Economische zaken keurt de concentratie op 8 juli 2002 goed, zonder verbintenissen op te leggen. De Minister honoreert daarbij het beroep van de aanmeldende partijen op de 'failing firm doctrine',¹ waar de Commissie dit eerder had afgewezen.²

Beoordeling door het Gerecht van Eerste Aanleg

Het Gerecht verduidelijkt in de arresten het toetsingskader voor verbintenissen in de eerste fase. Volgens het Gerecht dient het na te gaan

'whether the Commission was entitled, without committing a manifest error of assessment, to take the view that those commitments constituted a direct and sufficient response capable of clearly dispelling all serious doubts': (onderstreping auteur)

Het Gerecht verwerpt de argumenten van verzoekers, dat de door de Commissie geaccepteerde verbintenissen ontoereikend waren en een tweede fase onderzoek moest worden ingeleid. Anders dan Philips en BaByliss is het

1 HvJ EG, 31 maart 1998, Kali+Salz, gevoegde zaken C 68/94, Jur. 1998, I-1375. De overname van een failliete onderneming wordt geacht niet tot een wijziging van de concurrentiepositie te leiden indien aan twee voorwaarden is voldaan: de failliete onderneming zou van de markt verdwijnen indien deze niet zou worden overgenomen en er moet geen alternatieve overname bestaan die minder schadelijk is voor de mededinging. In Commissiebeschikking COMP M.2314, BASF/Eurodiol/Pantochim, Pb. EG nr. L 132, p. 45, 2002, 17 voegde de Commissie daaraan de voorwaarde toe dat ook de activa van de onderneming onvermijdelijk van de markt zou verdwijnen indien de concentratie geen doorgang zou vinden.

2 Zie Commissiebeschikking, randnummer 41.

Gerecht er niet van overtuigd, dat de betekenis van de licentie op het merk Moulinex wordt ondermijnd doordat SEB Moulinex-producten parallel zou kunnen importeren naar de licentiegebieden. Op de verschillende afgebakende nationale markten wordt volgens het Gerecht elk van de licentienemers voldoende gelegenheid geboden, een marktpositie te veroveren. Parallelimporten komen in deze sector zeer weinig voor.

Het Gerecht is van oordeel, dat niet alleen het eerste voorstel voor verbintenissen binnen de, in artikel 18, lid 1 van procedureverordening 447/98 genoemde termijn van drie weken na aanmelding, is ingediend maar ook de daarop volgende wijzigingsvoorstellen. De tekst van artikel 18, lid 1 sluit volgens het Gerecht namelijk niet uit dat de Commissie voorstellen na de in het artikel genoemde tijd van drie weken in ontvangst neemt, zolang de Commissie een consultatie houdt over deze voorstellen. Daarbij heeft de Commissie volgens het Gerecht niet in strijd gehandeld met de bekendmaking inzake verbintenissen,³ waarin de Commissie aangeeft na ontvangst van een voorstel voor verbintenissen in de eerste fase nog slechts beperkte wijzigingsvoorstellen (zoals 'verduidelijkingen, verfijningen en/of andere verbeteringen') te accepteren. Volgens het Gerecht betroffen de twee wijzigingsvoorstellen namelijk slechts beperkte wijzigingen in de zin van de bekendmaking.

Voor wat betreft de verwijzing naar de Franse autoriteiten bevestigt het Gerecht allereerst, dat een verwijzingsbeslissing verzoekers rechtstreeks en individueel in hun belangen raakt. Volgens het Gerecht mag de Gemeenschapsrechter vervolgens een 'comprehensive review' uitvoeren onder artikel 9, lid 2, onder a CoVo. De Gemeenschapsrechter mag dus volledig toetsen of de mededinging bedreigd wordt op een markt in die lidstaat die alle kenmerken vertoont van een afzonderlijke markt. Dit moet worden onderscheiden van de vraag, of de Commissie vervolgens ook daadwerkelijk tot verwijzing overgaat (artikel 9, lid 3 CoVo). Deze beslissing mag de rechter slechts beperkt toetsen, aangezien het hier om de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid gaat.

Op beide punten is het Gerecht van oordeel dat de Commissiebeschikking tot verwijzing rechtmatig was. Uit de Commissiebeschikking blijkt duidelijk, dat de mededinging op de Franse markt bedreigd werd. Voor wat betreft de uitoefening van de bevoegdheid tot verwijzing constateert het Gerecht, dat het vigerende mededingingstoezicht in Frankrijk de redelijke verwachting rechtvaardigde van de Commissie ten tijde van de verwijzingsbeslissing dat de Franse autoriteiten alle noodzakelijke maatregelen zouden nemen om de mededinging te beschermen.

Het Gerecht wijst het argument van de hand dat door de verwijzing het concentratietoezicht gefragmentariseerd raakt. De op dit oordeel volgende overwegingen zijn zeer de moeite van het lezen waard:

(350) 'Such fragmentation is certainly undesirable in view of the "one-stop-shop" principle on which Regulation 4064/89 is based, [...]. It cannot be denied that the systematic referral of concentrations with a Community dimension which concern products relating to distinct national markets would rob that principle of its substance.'

[...]

(355) 'However, [...], the risk that concentrations with a Community dimension will, in a large number of cases, be subject to a fragmented assessment undermining the "one-stop-shop" principle is inherent in the referral procedure currently provided for in Regulation No 4064/89.'

(356) [...], it is not for the Court, even in the course of its review of the Commission's exercise of its discretion under the first subparagraph of Article 9(3) of Regulation No 4064/89, to act in place of the legislator in order to fill any loopholes in the referral system established by Article 9 of that regulation.'

In het licht van het voorgaande verbaast het niet dat het Gerecht ook de argumenten van de hand wijst, dat de verwijzingsbeslissing en de daarop volgende goedkeuring van de Franse autoriteiten de Commissiebeschikking hebben ondermijnd. Volgens het Gerecht is irrelevant dat de Franse minister uiteindelijk de concentratie zonder voorwaarden goedgekeurde, aangezien de rechtmatigheid van de verwijzingsbeslissing getoetst dient te worden in het licht van de feiten zoals die ten tijde van de verwijzing golden. Ook op dit punt voegt het Gerecht echter een zeer interessante overweging toe:

(380) 'It is true that, in light of the facts of the present case and, in particular, the tenor of the French competition authorities' decision of 8 July 2002, it may, in order to avoid contradictory decisions, prove desirable for Regulation No 4064/89 to impose more restrictive obligations on Member States which have requested and been granted a referral. However, [...], it is not for the Court to act in place of the legislator in order to remedy any loopholes in the referral system established by article 9 of that Regulation.'

Commentaar

Nadat de communautaire jurisprudentie over verordening 4064/89 lange tijd beperkt van omvang bleef, krijgt de jurisprudentie dankzij arresten als het onderhavige steeds meer vorm. Waarschijnlijk doen zich hier de gevolgen merken van de invoering door het Gerecht van een

³ Mededeling betreffende op grond van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad en verordening nr. 447/98 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen, 2 maart 2001, Pb. EG 2001, C 68, p. 3, randnummer 37.

versneld regime voor dit soort zaken.⁴ Hoewel een termijn van een jaar voor het wijzen van een arrest nog steeds aanzienlijk is in een transactiewereld waarin snelle beslissingen geboden zijn, leert de praktijk dat het Gerecht daarmee fuserende ondernemingen en derden een reële mogelijkheid heeft geboden, de concentratiebeschikkingen van de Commissie aan te vechten. Dit heeft er tot nu toe in een geval toe geleid, dat een in eerste instantie verboden overname alsnog doorgang kon vinden.⁵ In het onderhavige geval leidt dit er wellicht toe, dat de Commissie na bezwaren van derden de aan een concentratie verbonden voorwaarden zal uitbreiden. Het Gerecht heeft namelijk de Commissiebeschikking in zaak T-114/02, BaByliss/Commissie vernietigd, voorzover het de goedkeuring betrof van de overname in een vijftal landen. De Commissie onderzoekt nu, of zij in die gevallen alsnog voorwaarden dient op te leggen. De Commissiebeschikking wordt op korte termijn verwacht.⁶

De factor tijd lijkt ook allesbepalend voor de wijze waarop de procedure zich in deze zaak heeft ontplooid voordat het Gerecht daarover een oordeel moest vellen. Hoewel dat uiteindelijk voor buitenstaanders als de auteur giswerk blijft, bekruipt de lezer toch het gevoel dat wellicht de ene of de andere materiële en procedurele keuze anders zou zijn uitgevallen indien deze overname niet een failliete onderneming had betroffen of indien bij voorbaat de uitkomst van de gemaakte keuzes duidelijk was geweest.

Uiteindelijk helpt dit Philips en BaByliss weinig. Met name op de thuismarkt van de nieuwe combinatie worden zij geconfronteerd met een zeer grote concurrent die niet wordt gehinderd door de voorwaarden zoals die in andere jurisdicties waar de combinatie identieke marktposities inneemt, wel gelden. Hoewel dit volgens het Gerecht uiteindelijk niet tot vernietiging kan leiden van de verwijzingsbeschikking, laat het Gerecht in de hiervoor aangehaalde overwegingen duidelijk doorschemeren, dat een andere beslissing van de Commissie zeer wel verdedigbaar – of zelfs wenselijk? – was geweest.

Juist op het punt van de rechtmatigheid van de verwijzingsbeschikking was een andere conclusie moeilijk denkbaar geweest. Zowel in het licht van het beginsel van de gemeenschapstrouw van artikel 10 EG-Verdrag als in het licht van de aanstaande modernisering als gevolg van verordening 1/2003, waarmee een hecht ‘netwerk van mededingingsautoriteiten’ moet ontstaan, had het Gerecht moeilijk anders kunnen doen dan constateren dat de Commissie *ten tijde van de verwijzing* geen enkele reden had om aan te nemen dat een verwijzing naar de Franse autoriteiten een passend middel vormde om het mededingingsrecht in de Gemeenschap te handhaven.

Het zou mijns inziens meer gepast zijn, indien het Gerecht zijn kritiek op de gang van zaken gebruikt had om de materiële beoordeling door de Commissie in de goedkeuringsbeschikking nog eens extra kritisch tegen het licht te houden. Het had in dit geval voor de hand gelegen indien de Commissie nader onderzoek had verricht naar de

mogelijkheid dat in de nieuwe marktsituatie wél parallelimporten zouden ontstaan. Hoewel daaruit wellicht niet al te veel mag worden afgeleid stelt SEB bijvoorbeeld zelf op haar website dat zij door de overname van Moulinex nog beter kan voldoen aan de behoeften van consumenten dankzij het aanbod van de merken Moulinex en Krups *over de hele wereld*.

Kritiek is ook mogelijk op de beoordeling van het Gerecht ten aanzien van de ‘timing’ voor het indienen van voorstellen voor verbintenissen. Het Gerecht meent dat de gewijzigde voorstellen niet meer betreffen dan beperkte ‘verbeteringen’ van het oorspronkelijke voorstel en daarom toelaatbaar zijn. De grens tussen een verbetering en een nieuwe verbintenis is echter zeer vloeïend. Waar een ‘technische verbetering’ (bijvoorbeeld het nader uitwerken van de rol van de trustee of het uitwerken van de concrete voorwaarden voor de overdracht van licenties en dergelijke) zonder meer als verbetering kan worden aangemerkt, zal een uitbreiding of beperking van het licentiegebied toch al snel op een nieuwe verbintenis neerkomen. Volgens het Gerecht is het van de markt halen van het merk Moulinex voor een aantal producten in de EER voor een duur van 2 jaar materieel te vergelijken met een licentie op de merknaam in enkele landen. Gelet op de uitkomst van deze zaak is het de vraag, of het Gerecht hiermee de aanmeldende partijen niet te veel ruimte biedt om hun voorstellen te wijzigen, met het risico dat derde partijen onvoldoende hun rechten geldend kunnen maken. Daar komt bij, dat het Gerecht aan de geografische beperking van het gewijzigde voorstel (nog slechts 10 landen in plaats van de gehele EER) geheel voorbij gaat, terwijl het Gerecht juist op dit punt de Commissiebeschikking in de zaak BaByliss vernietigde.

Waarschijnlijk heeft de beperkte toetsingsmogelijkheid SEB ook voor wat betreft de goedkeuringsbeschikking gered. Wat resteert, is de vraag of de beoordeling door de Franse autoriteiten na de verwijzing als zodanig wellicht in strijd is met het Gemeenschapsrecht.

Indien men de beoordeling van de Commissie en de Franse autoriteiten vergelijkt,⁷ dan blijkt dat deze op twee kernpunten van de ‘failing firm doctrine’ tot diametraal tegenovergestelde conclusies komen. Volgens de Commissie bestonden zowel minder bezwarende overnamekandidaten als belangstelling voor de resterende activa van Moulinex. De Franse autoriteiten komen na bestudering van de procedure voor het Tribunal de Commerce tot de conclusie, dat daarvan geen sprake was. Het bod van SEB

4 Artikel 76 a van het Reglement van Procesvoering van het GvEA.

5 GvEA, 25 oktober 2002, Tetral Laval v. Commissie, zaak T-5/02. Goedkeuringsbeschikking van de Commissie, zie persbericht IP/03/36.

6 Zie persbericht van de Commissie d.d. 23 mei 2003, IP/03/744.

7 Avis no. 02-A-07 van 15 mei 2002 van de Conseil de la concurrence en Lettre du ministre de l'économie et de l'industrie aan SEB met kenmerk ECOC0200293Y, Bulletin officiel de la Concurrence, de la Consommation en de la Répression des fraudes, no. 15 van 21 oktober 2002, beiden beschikbaar via www.conseil-concurrence.fr.

zou het enige reële bod zijn. De op activa van Moulinex uitgebrachte biedingen zouden het bod van SEB ondermijnd hebben en dus niet reëel zijn.

Wat voor het standpunt van de Franse autoriteiten spreekt, is het feit dat de Commissie bij het afwijzen van een beroep op de 'failing firm doctrine' expliciet maakte dat

'au terme de l'enquête de première phase, une telle argumentation ne peut être retenue.'

Dit lijkt ruimte te bieden voor een meer gedetailleerde beoordeling en een afwijkend standpunt na verwijzing. Bovendien lijkt uit de Franse beschikking te volgen, dat op grond van de specifieke vereisten van het Franse faillissementsrecht de biedingen van concurrenten van SEB ontoereikend waren, ongeacht het feit dat er wel interesse van derden was.

De vraag is echter, of de specifieke regels van het Franse faillissementsrecht in een dergelijk geval in de weg kunnen staan aan een beoordeling van de 'failing firm doctrine' conform de eerdere uitspraak van de Europese Commissie. Er is volgens mij veel voor te zeggen, dat een gemeenschapsrechtconforme interpretatie op grond van artikel 10 EG-Verdrag in het onderhavige geval geboden zou hebben, dat de Franse autoriteiten bij hun beoordeling op grond van de 'failing firm doctrine' hadden geabstraheerd van de beperkingen zoals die op grond van de faillissementswetgeving en de overwegingen van het Tribunal de Commerce golden. Men zou zelfs zover kunnen gaan te stellen, dat het Tribunal de Commerce ten tijde van het onderzoeken van een doorstart uit concurrentierechtelijke overwegingen de bepalingen van het faillissementsrecht buiten werking had moeten laten om met SEB concurrerende ondernemingen realistische biedingen te laten afgeven.⁸

Met de Franse beslissing hoeft de procedure dan ook niet voorbij te zijn. Ook op dit punt laat het Gerecht zich niet onbetuigd en bevat het arrest een vingerwijzing:

'If the Member State should fail to comply with its obligations under Article 10 EC and Article 9(6) and (8) of Regulation 4064/89, the Commission can at best decide, if necessary, to bring an action under Article 226 EC against that Member State. Individuals may challenge the national authorities' decision on the referral in accordance with the domestic remedies provided for by national law.'

Wat er ook zij van de kans dat dit uiteindelijk zal gebeuren, optreden van de communautaire wetgever lijkt op grond van de gang van zaken in deze zaak geboden. Het voorstel voor een gewijzigde concentratiecontroleverordening⁹ biedt vooralsnog weinig zicht op een fundamentele oplossing. Weliswaar voorziet de verordening in een nauwere samenwerking tussen nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie, waardoor er grotere onderlinge afstemming zal ontstaan, in de preambule bij het voorstel

stelt de Commissie expliciet dat mechanismen voor een uniforme toepassing niet noodzakelijk zijn.

De besluitvorming over de nieuwe verordening is in een finaal stadium. Het lijkt onwaarschijnlijk, dat de verordening nog substantieel zal worden gewijzigd. Wellicht dat aanhoudende kritiek uit Luxemburg, hoe impliciet ook, alsnog tot een wijziging kan leiden. De eerstvolgende gelegenheid daartoe lijkt de zaak CVK.¹⁰ In dat geval had de Commissie drie jaar na een goedkeurend concentratiebesluit van de NMa geconstateerd dat de NMa niet bevoegd was tot dit besluit en de concentratie alsnog verboden. Een duidelijker geval van 'tussen wal en schip' lijkt moeilijk denkbaar. De tijd zal leren of het Gerecht ook in dat geval constateert dat het Europese concentratietoezicht 'loopholes' kent.

8 Zo kan in het staatssteunrecht bij de terugvordering van onrechtmatige staatssteun geen beroep worden gedaan op de onmogelijkheid van terugvordering naar nationaal recht. Hoewel in die gevallen de onrechtmatigheid van de staatssteunverlening reeds door de Commissie is vastgesteld, hetgeen een vergelijking met het onderhavige geval in strikte zin in de weg staat, heeft het Hof in recente jurisprudentie het belang van de gemeenschapstrouw van artikel 10 EG-Verdrag in dergelijke gevallen benadrukt. Zie zeer recent het arrest van het Hof in zaak C-382/99, Nederland tegen Commissie, zoals besproken in M&M jaargang 6, nummer 4, juli 2003.

9 COM(2002) 711 final – 2002/0296 (CNS), Pb. EG 28 januari 2003, nr. C 20/4.

10 Zaak COMP/M.2650, persbericht IP/02/933. Zaak is aanhangig bij het Gerecht onder zaaknummer T-282/02