

MR. A.S. BIJLEVELD

Champagne in de ijskast?

Ofwel het belang van een doordachte meldingsstrategie

Is het contract eenmaal getekend, dan wil niemand langer met de closing wachten dan strikt noodzakelijk. In de praktijk kan het echter gebeuren dat de champagne soms nog maanden in de ijskast moet blijven liggen, enkel en alleen omdat men moet wachten op goedkeuring van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de NMa) of de Europese Commissie (hierna: de Commissie). Zo duurde het bijvoorbeeld meer dan een half jaar voordat supermarktconcern Laurus toestemming van de NMa kreeg voor de overname van de Groenwoudt supermarkten.¹ En in het geval van de overname van dagblad *De Limburger* moest *De Telegraaf* bijna acht maanden wachten totdat de benodigde toestemming (onder voorwaarden) werd verkregen.² Lang niet alle transacties zijn bestand tegen zo'n lange verplichte 'wachtperiode'.

Ook hier geldt: een goede voorbereiding is het halve werk. Dit vertaalt zich concreet in de volgende stappen, welke moeten worden genomen voordat het contract wordt getekend en bij voorkeur voordat de contractsonderhandelingen aanvangen:

- checken of en zo ja waar gemeld moet worden: bij de NMa in Den Haag of bij de Commissie in Brussel;³
- indien gemeld moet worden, analyseren of al dan niet sprake is van een probleemloze melding;
- ingeval een melding mogelijk aanleiding geeft tot

mededingingsproblemen de meldingsstrategie bepalen.

Vorenstaande stappen zullen in dit artikel worden toegelicht.

Brussel of Den Haag?

Aan het Nederlandse en Europese concentratietoezicht⁴ ligt de gedachte ten grondslag dat concentraties van ondernemingen kunnen resulteren in machtige ondernemingen die dominant genoeg zijn om op een bepaalde markt de concurrentie significant te belemmeren. Om dit te voorkomen is zowel in de Nederlandse Mededingingswet (hierna: Mw) als in de Europese Concentratieverordening⁵ gekozen voor een systeem van preventieve toetsing van concentraties van ondernemingen die bepaalde omzetcategorieën te boven gaan. Dit houdt in dat voorgenomen concentraties moeten worden gemeld bij de NMa in Den Haag of de Commissie in Brussel en niet tot stand gebracht mogen worden voordat de NMa c.q. de Commissie daartoe toestemming heeft verleend.

Er zijn drie soorten concentraties: fusies, overnames en bepaalde typen *joint ventures*. *Joint ventures* zullen hier verder buiten beschouwing worden gelaten.⁶ Niet alle fusies en overnames zijn aan het concentratietoezicht onderworpen: enkel die fusies en overnames moeten worden gemeld waarvan de betrokken

1 Zaak 1628/Laurus-Groenwoudt, beslissing van de NMa van 3 juli 2000. De meeste beslissingen van de NMa zijn in te zien op de website van de NMa: <<http://www.NMa-org.nl>>.

2 Zaak 1538/De Telegraaf-De Limburger, beslissing van de NMa van 12 mei 2000.

3 Het concentratietoezicht van andere lidstaten alsmede van landen buiten de EU wordt hier buiten beschouwing gelaten, maar dient in de praktijk ook steeds gecheckt te worden.

4 Het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht kennen drie pijlers: (I) verbod op mededingingsbeperkende afspraken; (II) verbod op misbruik maken van een economische machtspositie, en (III) concentratietoezicht. In dit artikel gaat het enkel over dit laatste onderwerp. Er mag niet uit het oog worden verloren dat het nemen van bijvoorbeeld een minderheidsdeelneming in een concurrent onder omstandigheden in strijd kan zijn met het verbod op mededingingsbeperkende afspraken.

5 Verordening 4064/89 van 21 december 1989 zoals gewijzigd.

6 *Joint ventures* worden hier verder buiten beschouwing gelaten, omdat dit een in het kader van het Nederlandse en Europese concentratietoezicht wat complexere materie betreft. Ik verwijs hiervoor graag naar de bijdrage van Tom Ottervanger en mij aan het *Dossier* 'Joint Ventures' van oktober 2000, p. 39.

ondernemingen de Nederlandse of Europese omzetrempels halen. De omzetrempels zal ik hier niet behandelen, maar als hoofdregel zal een overname in Brussel moeten worden gemeld, als:

- de (groep van de) overnemer en de *target* samen jaarlijks in totaal meer dan € 5000 miljoen wereldwijd aan omzet behalen; en
- beide binnen de EU een jaaromzet van minimaal € 250 miljoen halen.

Worden deze aanzienlijke Europese omzetrempels niet gehaald dan moet onderzocht worden of in Den Haag moet worden gemeld. Dat is het geval als:

- de (groep van de) overnemer en de *target* samen jaarlijks in totaal meer dan circa € 113 miljoen wereldwijd aan omzet behalen; en
- beide binnen Nederland een jaaromzet van minimaal circa € 13 miljoen halen.

Als ook deze omzetrempels niet worden gehaald, hoeft noch in Brussel, noch in Den Haag te worden gemeld. Of nu in Den Haag of Brussel gemeld moet worden, de test waaraan de NMa of Commissie een fusie of overname onderwerpen is dezelfde: ontstaat als gevolg van de transactie een economische machtspositie of wordt een dergelijke machtspositie versterkt waardoor de mededinging op significante wijze wordt belemmerd? Op dit begrip kom ik later nog terug. Ook de procedures bij de NMa en de Commissie zijn tot op zekere hoogte vergelijkbaar. In beide gevallen is er sprake van een eerste fase van één maand waarbinnen onderzocht wordt of de fusie of overname tot zulke serieuze mededingingsproblemen aanleiding geeft dat een diepgaand 'tweede fase'-onderzoek noodzakelijk is. Als dergelijke problemen zich niet lijken voor te doen, krijgt de deal aan het einde van de eerste fase het groene licht.

Een tweede fase in Den Haag duurt in beginsel dertien weken, voor een tweede fase in Brussel staan vier maanden. In de praktijk duren 'Haagse' tweede fases vaak langer, omdat in het Nederlandse systeem het stellen van (extra) vragen door de NMa leidt tot het 'stilzetten van de klok', dat wil zeggen dat de termijn pas weer gaat lopen op het moment dat de ondernemingen de vragen hebben beantwoord. In Brussel kent men het 'stilzetten van de klok' niet.

Zoals vermeld mag de concentratie hangende de procedure niet tot stand worden gebracht. Dit betekent in het geval van een acquisitie dat het contract weliswaar getekend kan worden, maar dat de closing (dat wil zeggen het moment waarop de aandelen of assets daadwerkelijk worden overgedragen) niet mag

plaatsvinden voordat toestemming is verkregen.

In de praktijk werkt het meestal zo dat partijen in de overeenkomst een opschortende voorwaarde opnemen met betrekking tot de goedkeuring van de transactie door de NMa of Commissie. Een dergelijke opschortende voorwaarde dient onder andere rekening te houden met de vraag:

- (I) of de koper en verkoper mee moeten werken aan een tweedefaseonderzoek, of dat partijen zich in dat geval kunnen terugtrekken; en
- (II) in hoeverre de koper onder omstandigheden ge-houden is bepaalde bedrijfsonderdelen af te stoten teneinde toestemming te verkrijgen en de financiële consequenties die hiermee gemoeid zijn.

Een probleemloze melding?

In het gros van de gevallen zal melding een formaliteit zijn, dat wil zeggen dat zonder (veel) discussie toestemming wordt verkregen. Dit volgt uit de 'scores' van de Haagse en Brusselse mededingingsautoriteiten. Zo zijn er in 2000 197 fusies, overnames en *joint ventures* bij de NMa aangemeld. Daarvan zijn er:

- 170 goedgekeurd (waarvan 166 in een eerste fase, 4 in een tweede fase en 2 onder voorwaarden);
- 8 ingetrokken;
- 19 nog in behandeling bij de NMa.

Geconstateerd kan worden dat er in 2000 dus geen enkele transactie verboden is en dat het grootste deel van de meldingen uitmondt in een goedkeuring. Dit roept de vraag op of de omzetrempels voor concentraties waarop een meldingsplicht rust, niet te laag zijn. De Minister van Economische Zaken heeft hier inmiddels op gereageerd door in de Tweede Kamer aan te kondigen dat zij een beslissing omtrent de verhoging van de drempels voorbereidt. De minister hoopt hiermee het aantal probleemloze meldingen te verminderen, hetgeen zowel in het belang is van het bedrijfsleven (vermindering van de administratieve lasten die een melding met zich meebrengen) als in dat van de NMa (deze houdt meer tijd over voor belangrijkere zaken).

In 2000 bedroeg het aantal Brusselse meldingen 359. Daarvan zijn er:

- 337 goedgekeurd (waarvan 320 in een eerste fase, 17 in een tweede fase en 40 onder voorwaarden);
- 2 verboden (Volvo-Scania⁷ en MCI WorldCom-Sprint⁸);
- 6 verwezen naar lidstaten;
- 14 meldingen ingetrokken.

7 Zaak M.1672/Volvo-Scania, beslissing van de Commissie van 14 maart 2000.

8 Zaak M.1741/MCI WorldCom-Sprint, beslissing van de Commissie van 8 juli 1998.

Het intrekken van een melding ofwel het afblazen van de deal gebeurt meestal als de transactie tot dermate serieuze mededingingsproblemen leidt dat voor een verbod moet worden gevreesd, of dat alleen onder onacceptabele voorwaarden goedkeuring kan worden verkregen.

Ook als een melding ‘maar’ om een formaliteit gaat, moet het werk dat ermee gemoeid gaat niet onderschat worden. Het verzamelen van de benodigde marktinformatie legt een groot beslag op de betrokken organisaties en mensen moeten hier vaak volledig voor worden vrijgemaakt. Zowel in Den Haag als in Brussel moet op grond van een lange vragenlijst zeer veel gedetailleerde informatie gegeven worden over de ondernemingen, de markten waarop zij actief zijn, hun marktaandelen en hun concurrenten, leveranciers, afnemers enzovoort.⁹ Teneinde niet onnodig tijd te verliezen, kan het dan handig zijn in de melding – enkel ter informatie – alvast de marktaandelen enzovoort te geven voor alternatieve markt-afbakeningen waarin de NMa of Commissie mogelijk geïnteresseerd is. Een melding bestaat inclusief bijlagen al snel uit meerdere mappen die in Den Haag in vijfvoud en in Brussel in maar liefst vierentwintigvoud moeten worden ingediend.

Teneinde te beoordelen of een melding probleemloos is (dus geen aanleiding geeft tot een economische machtspositie) moet eerst een analyse gemaakt worden van de markten waarop partijen actief zijn, en de marktaandelen die zij op die markten behalen. Daarbij wordt primair gekeken naar de markten waarop beide partijen actief zijn (horizontale relatie) alsook naar de markten waarop zij elkaars (potentiële) afnemer of leverancier zijn (verticale relatie).

De relevante markten moeten zowel qua product als in geografische zin worden afgebakend. De markt-afbakening is vaak een van de grote discussiepunten tussen partijen en de NMa of Commissie. Voor de productmarkt geldt dat producten of diensten die in de ogen van de klant uitwisselbaar zijn (vraagsubstitutie) in beginsel tot een en dezelfde markt behoren. In geografische zin kan een markt bijvoorbeeld regionaal, nationaal, Europees of mondiaal zijn.

Van belang is dat mededingingsautoriteiten gauw geneigd zijn (ook) te kijken naar de positie van partijen wanneer van hele nauwe markten zou worden uitgegaan (waardoor partijen sneller een hoog marktaandeel hebben). In het geval van de overname van Bestfoods door Unilever identificeerde de Commissie bijvoorbeeld meer dan 100 verschillende mark-

ten.¹⁰ Dat varieerde van bijvoorbeeld de Griekse retailmarkt voor droge soepen, de Franse retailmarkt voor mayonaise tot de Deense ‘out-of-home’-markt voor bouillon. En in het geval van de overname van Bols door Rémy Cointreau heeft de NMa bijvoorbeeld gekeken naar mogelijk aparte markten voor brandy, cognac en armagnac.¹¹

Het gaat in het concentratietoezicht, zoals gezegd, om de vraag of een economische machtspositie ontstaat of wordt versterkt. Hiermee wordt bedoeld dat een onderneming zich in zekere mate onafhankelijk kan gedragen van haar concurrenten, afnemers en leveranciers, bijvoorbeeld doordat zij haar prijzen kan verhogen zonder daar noemenswaardige gevolgen van te ondervinden. De vuistregel is dat een economische machtspositie vermoed wordt aanwezig te zijn bij (gecombineerde) marktaandelen van 40% of meer. Bij dergelijk hoge marktaandelen is een melding geen formaliteit en zal rekening gehouden moeten worden met een mogelijk tweedefaseonderzoek door de Commissie of NMa.

Meldingsstrategie

Heeft men vastgesteld dat een transactie moet worden gemeld en dat deze in de ogen van de NMa of Commissie mogelijk op problemen stuit, dan zijn verschillende benaderingen mogelijk. De gangbare benadering is dat men allereerst probeert de NMa of Commissie ervan te overtuigen dat er geen probleem is, bijvoorbeeld omdat de markten ruim(er) moeten worden afgebakend (waardoor de marktaandelen lager zijn) en/of omdat er redenen zijn waarom er, ondanks eventuele hoge marktaandelen, geen sprake is van een machtspositie.

In Brussel is het goed gebruik dat voorafgaande aan een melding een zogeheten ‘pre-notificatiegesprek’ met de Commissie plaatsvindt. Ter voorbereiding op zo’n gesprek wordt een informatiememorandum over de transactie en de partijen of een conceptmelding aan de Commissie gestuurd. Een dergelijk gesprek biedt de gelegenheid kennis te maken met de ambtenaren die de zaak zullen behandelen en een eerste indruk te krijgen van hoe men tegen de zaak aankijkt. Ook als er gemeld moet worden bij de NMa kan een pre-notificatiegesprek verzocht worden. Dit kan met name nuttig zijn als het een (potentieel) probleemgeval is.

Men doet er goed aan zich in een vroeg stadium te bezinnen op een mogelijke oplossing, indien men

9 Sinds 1 juli 2000 is er een nieuw Formulier Melding concentratie. Dit formulier is na te lezen op de website van de NMa. Het Brusselse meldingsformulier, het Form CO, staat op de website van de Commissie.

10 Zaak M 1990/Unilever-Bertfoods, beslissing van de Commissie van 28 september 2000, na te zien op de website van de Commissie: <<http://www.europa.eu.int/comm/competition>>.

11 Zaak 2141/Rémy Cointreau-Bols, beslissing van de NMa van 19 december 2000.

gaandeweg de procedure er niet in slaagt de NMa of Commissie ervan te overtuigen dat er geen sprake is van een machtspositie. Een dergelijke oplossing, ook wel 'remedie' of 'corrigerende maatregel' genoemd, bestaat meestal uit het afstoten van een of meerdere bedrijfsonderdelen. Indien de oplossing in de ogen van de mededingingsautoriteit acceptabel is, wordt vervolgens toestemming gegeven onder voorwaarde dat de oplossing wordt uitgevoerd. Meestal worden remedies in een tweede fase uitonderhandeld. De gevolgen van de transactie voor de markt zijn dan inmiddels uitvoerig onderzocht, hetgeen de NMa of Commissie in staat zou moeten stellen te beoordelen of de door partijen voorgedragen remedie de geconstateerde mededingingsproblemen wegneemt. De NMa of Commissie zal echter meestal ook bij spelers op de markt verifiëren of de remedie in hun ogen een afdoende oplossing is. Als het gaat om een moeilijke melding, dan kost het hele traject van de voorbereiding van de melding tot het einde van een tweede fase waarin eventueel ook remedies worden uitonderhandeld, geweldig veel tijd.

Een voorbeeld is de overname van A&P supermarkten door Schuitema (bekend van C1000).¹² In deze zaak ging de NMa uit van vrij hoge marktaandeelen, maar na een procedure van meer dan een half jaar concludeerde de NMa dat de transactie niet zou leiden tot een economische machtspositie. De NMa ging uit van een nationale markt voor de verkoop van dagelijkse consumptiegoederen via supermarkten (verkopen via speciaalzaken zoals slaggers en bakkers werden dus buiten beschouwing gelaten). In de ogen van de NMa werden Ahold (met de Albert Heijn supermarkten) en Schuitema als een geheel beschouwd, vanwege Aholds aandelenbelang in Schuitema. De combinatie Ahold/Schuitema en A&P zou een gezamenlijk marktaandeel krijgen van 42%. Na een zeer diepgaand onderzoek, waarbij zowel de NMa als partijen onderzoek door experts lieten verrichten naar supermarkten en de wijze waarop deze concurreren en waarbij de NMa aan zeer veel marktpartijen vragen heeft gesteld, concludeerde de NMa uiteindelijk dat er, ondanks het vrij hoge marktaandeel, geen machtspositie ontstond en gaf zij toestemming voor de transactie.

Gaat het om een problematische melding en heeft men weinig tijd (of wil men gewoon snel klaar zijn), dan kan men in sommige gevallen ervoor kiezen het 'gevecht' over de marktafbakening en de vraag of een machtspositie ontstaat zoveel mogelijk uit de weg te gaan en te proberen goedkeuring in de eerste fase onder voorwaarden te krijgen. Dit betekent dat reeds

gedurende de eerste fase remedies worden aangeboden die de mogelijke mededingingsbezwaren wegnemen. Aan eerstefaseoplossingen worden doorgaans hogere eisen gesteld dan aan tweedefaseoplossingen, omdat er minder tijd is voor onderzoek. De NMa of Commissie zal een eerstefaseoplossing alleen aanvaarden als klip en klaar is dat hiermee alle problemen van de baan zijn. De onderhandelingspositie van partijen is in dit opzicht zwak, want bij twijfel kan de mededingingsautoriteit gewoon een tweede fase gelasten.

Een voorbeeld van een eerstefasegoedkeuring is de eerder genoemde overname van Bols door Rémy Cointreau, waar partijen op de markt voor cognac mogelijk een marktaandeel zouden behalen van meer dan 60%. Dit leidde volgens de NMa mogelijk tot een machtspositie, als gevolg waarvan partijen zich verbonden de 'cognaconcerning Joseph Guy' te verkopen aan een onafhankelijke koper die over zodanige financiële middelen en expertise zou beschikken dat hij Joseph Guy zou kunnen voortzetten als een actieve concurrent van Rémy en Bols. De NMa gaf toen aan het einde van de eerste fase het groene licht.

Van grote invloed op de behandeling (en timing) van een zaak is de tussenkomst van derden. De Commissie en NMa zijn gevoelig voor de argumenten van concurrenten, afnemers en leveranciers en hun opstelling kan het verloop van de procedure sterk beïnvloeden. Het gebeurt bijvoorbeeld wel dat een concurrent klaagt bij de Commissie of NMa over een aangemelde transactie, omdat deze belangstelling heeft voor een bedrijfs onderdeel dat de aanmeldende partijen mogelijk moeten afstoten om toestemming te krijgen.

Conclusie

Het Financiële Dagblad kopte onlangs 'Brussel kritisch over overname GE-Honeywell, vertraging dreigt voor megadeal'. Het artikel sloot af met de opmerking: 'Duidelijk is in elk geval dat GE-topman Jack Welsh de kritiek van Monti, eurocommissaris voor mededinging, schromelijk heeft onderschat'.

Ook als men het mededingingstraject niet onderschat, geldt dat het moeilijk is te voorspellen of de verantwoordelijke ambtenaren van de betrokken mededingingsautoriteit zich in een zaak zullen vastbijten en in welke mate derden, zoals concurrenten en afnemers, zich met het proces zullen bemoeien. Een weldoordachte mededingingsstrategie kan het aantal verrassingen echter beperken.

Mevr. mr. A.S. Bijleveld is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

¹² Zaak 1710/Schuitema-A&P, beslissing van de NMa van 24 juli 2000.