

Nederlandse Mededingingsautoriteit

Aan

aangetekend per fax

Datum

Uw kenmerk

Ons kenmerk

Bijlage(n)

Onderwerp

Informele zienswijze betreffende concentratietoezicht

Dit is een geanonimiseerde versie van de op 20 juni 2012 in zaak 7397 uitgebrachte informele zienswijze.

Geachte [...],

Bij brief van 27 maart 2012 heeft u namens [Partij 1] (hierna: [Partij 1]), [Partij 2] (hierna: [Partij 2]) en [Partij 3] (hierna: [Partij 3]) verzocht om een informele zienswijze. Daarin vraagt u mij om een voorlopig oordeel te geven over onder meer de 'volwaardigheid' van de gemeenschappelijke onderneming op het gebied van [...], waarin [Partij 1], [Partij 2] en [Partij 3] voornemens zijn om te gaan samenwerken. Dit om te kunnen beoordelen of de oprichting van de beoogde gemeenschappelijke onderneming leidt tot een meldingsplichtige concentratie in de zin van artikel 27 van de Mededingingswet.

De informatie die u ons bij uw verzoek heeft verstrekt, heeft u naar aanleiding van de op 6 april 2012 door de NMa gestelde vragen aangevuld per e-mail van 15 mei 2012.

In het hiernavolgende ga ik op uw verzoek in. Deze informele zienswijze is uitsluitend gebaseerd op de door u verstrekte informatie zoals hieronder samengevat. In het kader van deze zienswijze gaat de NMa ervan uit dat die informatie volledig en juist is; de NMa heeft ter zake geen nader onderzoek verricht. De door u verstrekte feiten vat ik onderstaand samen.

Omschrijving feiten, activiteiten en voornemens

- 1) [Partij 1], [Partij 2] en [Partij 3] zijn elk actief in [...] en zijn voornemens hun activiteiten op het gebied van [...] te bundelen door middel van de oprichting van een gemeenschappelijke

onderneming. Het is de bedoeling dat elk van de drie partijen (gezamenlijke) zeggenschap verkrijgt in deze op te richten gemeenschappelijke onderneming.

- 2) De gemeenschappelijke onderneming zal zeker in de beginperiode voor het merendeel van haar activiteiten aangewezen zijn op werkopdrachten die zij via één van de moedervenootschappen krijgt. De ambitie van de beoogde gemeenschappelijke onderneming is om na een periode van twee à drie jaar ten minste 20% a 25% van de omzet zonder tussenkomst van de moedervenootschappen te genereren. De moedervenootschappen zullen bij voorkeur gebruik maken van de diensten van de gemeenschappelijke onderneming, maar zij zijn niet verplicht om alle door hen verkregen opdrachten voor [...] te laten uitvoeren door de gemeenschappelijke onderneming.
- 3) De beoogde gemeenschappelijke onderneming zal een belangrijk deel van de productiemiddelen die nodig zijn voor werkzaamheden op het gebied van [...] - waaronder [...] - niet in eigen bezit hebben, maar inhuren bij de moedervenootschappen. Voorts zullen raamcontracten voor andere productiemiddelen door de moedervenootschappen worden afgesloten en zal de gemeenschappelijke onderneming onder deze raamcontracten deze productiemiddelen inkopen.
- 4) De gemeenschappelijke onderneming zal geen eigen personeel in dienst te nemen. De deelnemende partijen zullen op tijdelijke basis personeel detacheren bij de gemeenschappelijke onderneming. Het zal de gemeenschappelijke onderneming vrijstaan om over deze detacheringen op normale commerciële voorwaarden te onderhandelen met zowel de deelnemende partijen als derden. Het voorgaande hangt mede samen met het seizoensgebonden karakter van de activiteiten. In verband met de benodigde weersomstandigheden vindt [...].
- 5) De gemeenschappelijke onderneming zal over een eigen bedrijfsleider/directeur beschikken die zelfstandig zal optreden.
- 6) De gemeenschappelijke onderneming zal over financiële middelen beschikken die zij nodig heeft om de door haar (zelfstandig) aan te nemen werkzaamheden uit te kunnen voeren.

Beoordeling

De Geconsolideerde Mededeling¹ biedt een toetsingskader voor de vraag of een gemeenschappelijke onderneming volwaardig is. De vraag in hoeverre de GO haar ondernemingsactiviteiten onafhankelijk van de moedervenootschappen kan ontplooiën neemt in die toets een belangrijke plaats in. De gemeenschappelijke onderneming zal in belangrijke mate gebruik maken van materiële bedrijfsmiddelen die door de moedervenootschappen worden verschaft. Dit kan mogelijk - mede in verband met het seizoensgebonden karakter van de activiteiten - voor onderhavige activiteiten in zekere zin normaal worden geacht. Die optiek maakt de GO in mijn ogen echter niet alsnog onafhankelijk, maar lijkt mij een indicatie dat de op deze

¹ Geconsolideerde Mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (2008/C95/01).

markt werkzame ondernemingen geen zelfstandige ondernemingen zijn die zich (uitsluitend) richten op [...]. Dat de gemeenschappelijke onderneming voor een aanzienlijk deel van haar omzet naar verwachting op langere termijn steunt op de moedervennootschappen, is eveneens een belangrijke indicatie van afhankelijkheid. Daarbij is er geen duidelijke aanwijzing dat het deel van de omzet van de gemeenschappelijke onderneming dat zonder tussenkomst van de moedervennootschappen wordt gegenereerd meer zal worden dan 20% a 25%.

In het onderhavige geval lijkt mij dan ook geen sprake te zijn van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming.

Conclusie

Afgaande op de door u overgelegde informatie, kom ik, zoals hierboven uiteengezet, tot de conclusie dat de beoogde gemeenschappelijke onderneming niet lijkt te kunnen worden aangemerkt als een volwaardige gemeenschappelijke onderneming. Dit betekent dat op grond van de door u overgelegde informatie er dan geen sprake zou zijn van concentratie die op grond van artikel 34 Mw bij de NMa dient te worden gemeld.

Ten overvloede wijs ik erop dat dientengevolge de beoogde samenwerking bloot staat aan toetsing aan artikel 6 Mw. U verzoekt mij om in dit geval een uitspraak te doen over de toelaatbaarheid van een dergelijke vorm van samenwerking in het licht van het kartelverbod. De NMa gebruikt de 'Vuistregels informele zienswijzen'² als leidraad met betrekking tot de vraag of verzoeken op het gebied van gedragstoezicht in behandeling worden genomen. Op het eerste gezicht lijkt aan de daarin genoemde criteria niet te zijn voldaan.

Ik wijs u erop dat de hier geschetste zienswijze een informeel karakter heeft. De zienswijze bindt de Raad van Bestuur van de NMa niet en het staat hem te allen tijde vrij anders te oordelen. Daarnaast laat deze zienswijze onverlet dat andere nationale dan wel Europese wetgeving op de onderhavige situatie van toepassing kan zijn, en derhalve mogelijk een of meer andere instanties (eveneens) bevoegd kunnen zijn. Deze andere instanties zijn evenmin aan deze zienswijze gebonden en kunnen anders oordelen.

Hoogachtend,

Aad Kleijweg
Plv. directeur Mededinging

² Staatscourant 201 nr. 2667, 24 februari 2010.