

Nederlandse Mededingingsautoriteit

Aan

Datum	Uw kenmerk	Ons kenmerk	Bijlage(n)
		7310/7	

Onderwerp

Zaaknr.: Informele zienswijze betreffende concentratietoezicht

Dit is een geanonimiseerde versie van de op 3 februari 2012 in zaak 7310 uitgebrachte informele zienswijze.

Geachte [...],

Bij brief van 1 december 2011 heeft u namens [Partij 1] (hierna: [Partij 1]) en [Partij 2] (hierna: [Partij 2]) verzocht om een informele zienswijze over de vraag of in het kader van het voornemen van [Partij 1] en [Partij 2] om te fuseren in de zin van artikel 27, eerste lid, onder a, van de Mededingingswet (hierna: Mw), wordt voldaan aan de omzetrempels van artikel 29, eerste lid Mw.

De informatie die u ons bij uw verzoek heeft verstrekt, heeft u op ons verzoek aangevuld bij e-mail van 14 december 2011 en 9 januari 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 activiteiten partijen

[Partij 1] en [Partij 2] zijn beide coöperatieve verenigingen waarvan de leden actief zijn op het gebied van [...]. De activiteiten van [Partij 1] en [Partij 2] zijn in de kern gericht op het bundelen van het aanbod en het op de markt brengen van de door hun leden [...]. Dit leidt tevens tot daarmee samenhangende activiteiten op het gebied van [...]. Bij beide coöperaties zijn de leden verplicht

om hun volledige productie op het gebied van de betrokken [...] in het gebundelde aanbod van de coöperatie in te brengen.

In het geval van [Partij 1] koopt [Venootschap van Partij 1], een 100% dochtervenootschap van de coöperatie, de producten van de leden van de coöperatie en de aan die leden verbonden bedrijven, en verkoopt deze aan diverse afnemers. Dienovereenkomstig wordt in de geconsolideerde jaarrekening van [Partij 1] mede de volledige productomzet verantwoord. De omzet zoals blijkt uit de jaarrekening 2010 overschrijdt aldus de beide omzeldrempels van artikel 29, eerste lid, Mw.

[Partij 2] brengt de producten van haar leden niet zelf, of - zoals in het geval van [Partij 1] - door middel van een dochtermaatschappij, op de markt, maar sluit daartoe van jaar tot jaar een overeenkomst met een derde ("afzetpartner"). In het geval van [Partij 2] is het de afzetpartner die de verkoop verricht. Daarbij is het zo ingericht dat de leden hun product niet aan de coöperatie verkopen, maar aan de afzetpartner. [Partij 2] wordt geen eigenaar van het verkochte product. Privaatrechtelijk is [Partij 2] in de vorm van bemiddeling in de rechtsverhoudingen tussen de partijen betrokken. [Partij 2] is bemiddelaar tussen de leden en de afzetpartner. [Partij 2] ontvangt ter zake van de bemiddeling provisie. Dienovereenkomstig wordt in de jaarrekening van [Partij 2] niet de volledige productomzet verantwoord, maar (naast de opbrengst uit hoofde van de ter beschikking gestelde [...] en overige opbrengsten) de opbrengst aan ontvangen provisies. De omzet zoals blijkt uit de jaarrekening 2010 is aldus lager dan de omzeldrempel van €30.000.000, als genoemd in artikel 29, eerste lid, Mw.

Beoordeling

Kenmerk van de onderhavige coöperaties is de bundeling van het aanbod van de leden. De bundeling via de coöperatie leidt er toe dat het totale aanbod van de leden via één aanbieder op de afzetmarkt verschijnt. Het gebundelde aanbod is aldus het voorwerp van het commercieel beleid en het marktgedrag van één eenheid. Dat - in het geval van [Partij 1] - de coöperatie zelf in de vorm van bemiddeling betrokken is, heeft in dit geval niet tot gevolg dat de 'principalen' bij die bemiddeling (de afzonderlijke[...]) bij het op de markt brengen van hun producten individueel een eigen commercieel beleid voeren.

De toetsing aan de omzeldrempels dient plaats te vinden aan de hand van omzetgegevens die het werkelijke economische gewicht van een onderneming zo goed mogelijk weergeven.¹ Dit noopt in het onderhavige geval bij beide coöperaties tot het in aanmerking nemen van de totale productomzet. In het geval van [Partij 1] komt dit overeen met de omzet als verantwoord in de jaarrekening. In het geval van [Partij 2] is de coöperatie privaatrechtelijk gezien slechts als

¹ Zie ter vergelijking bij voorbeeld de punten 164 en 167 van de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesities op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.

bemiddelaar betrokken. Dit doet er in het onderhavige geval niet aan af, dat het gebundelde aanbod van de leden van [Partij 2] als onderworpen aan één commercieel beleid, en onderhevig aan het marktgedrag van één eenheid, op de markt wordt gebracht. In een dergelijke situatie dient naar mijn oordeel voor de toetsing aan de omzeldrempels de totale productomzet van die eenheid in aanmerking te worden genomen.

Daarnaast moet de totale productomzet in het geval van [Partij 2] voor de toetsing aan de omzeldrempels voor het concentratietoezicht naar mijn oordeel aan [Partij 2] worden toegerekend en niet aan de 'afzetpartner'. Het is immers niet zo dat [Partij 2] haar verkoopactiviteiten daarover duurzaam aan de afzetpartner heeft overgedragen. De inschakeling van de afzetpartner berust op een overeenkomst voor de duur van een jaar, en daarover wordt jaarlijks steeds opnieuw beslist, zo blijkt uit de door u verschaftte gegevens. Dit zo zijnde is het voor de onderhavige vraagstelling ook niet relevant of het bovenbedoelde commercieel beleid en marktgedrag door de afzetpartner, door [Partij 2], of door hen beiden wordt bepaald.

Het is juist dat, wanneer sprake is van bemiddeling, voor de toetsing aan de omzeldrempels in veel gevallen de bemiddelingsomzet in aanmerking kan worden genomen. Voor de beoordeling hiervan wordt, behalve naar de privaatrechtelijke rechtsverhouding, gekeken naar de vraag of er (i) een financieel- of bedrijfsrisico wordt gelopen en (ii) toegevoegde waarde wordt geleverd. Het ligt voor de hand dat bij een concentratie tussen ondernemingen die actief zijn op een bepaalde 'bemiddelingsmarkt' (bijvoorbeeld reisagentschappen) alleen de bemiddelingsomzet in aanmerking moet worden genomen. In het onderhavige geval leidt de voorgenomen concentratie tot een bundeling van het aanbod van [...] van alle bij de coöperatie aangesloten [...]. Indien in het onderhavige geval aan de zijde van [Partij 2] slechts de provisie-omzet in aanmerking zou worden genomen zou het werkelijke economische gewicht van [Partij 2] niet adequaat worden weergegeven.

Conclusie

Afgaande op de overgelegde informatie, kom ik dus, zoals hierboven uiteengezet, tot de conclusie dat ten aanzien van beide bij de concentratie betrokken coöperaties voor de toetsing aan de omzeldrempels voor het concentratietoezicht de totale productomzet in aanmerking moet worden genomen.

Afgaande op de door u verschaftte omzetgegevens over 2010 zou het dan een concentratie betreffen die op grond van art. 34 Mw juncto art. 29 Mw bij de NMa dient te worden gemeld. Ik merk echter voor de goede orde op dat, nu partijen naar ik aanneem voornemens zijn de concentratie in 2012 tot stand te brengen, de omzet over 2011 maatgevend is.²

² Zie artikel 29, eerste lid, Mw.

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,

**w.g. Aad Kleijweg
Plv. directeur Mededinging**