

Nederlandse Mededingingsautoriteit

Aan

[...]

Datum

Uw kenmerk

Ons kenmerk

Bijlage(n)

7315/9

Onderwerp

Zaaknr.: 7315 informele zienswijze inzake een bepaalde vorm van bestuurlijke fusie

Dit is een geanonimiseerde versie van de op 5 april 2012 in zaak 7315 uitgebrachte informele zienswijze.

Geachte [...],

Bij brief van 26 maart 2012 heeft u mij onder verwijzing naar uw eerder ingediende verzoek van 7 december 2011 namens uw cliënten, [...] en [...] verzocht om een informele zienswijze met betrekking tot een combinatie van voorgenomen transacties van uw cliënten. Meer specifiek verzoekt u mij een informele zienswijze te geven over de vraag of

- (i) een aanpassing van de statuten van partijen waarin wordt opgenomen dat de voorzitter van de raad van bestuur (hierna: RvB) van het ene [...] tevens lid is van de RvB van het andere [...], met tegelijkertijd een aanpassing van de statuten bestaande uit een regeling dat de besluitvorming ten aanzien van bepaalde besluiten onderworpen is aan de goedkeuring van de raad van toezicht (hierna: RvT) van de andere partij, gevolgd door
- (ii) een statutenwijziging die nadien binnen één jaar plaatsvindt, waarmee wordt vastgelegd dat strategische commerciële besluiten in een gezamenlijke vergadering van de beide raden van toezicht worden genomen, waarbij de eerdere statutenwijziging ten aanzien van de raden van toezicht komt te vervallen,

er toe kan leiden dat er sprake is van één concentratie in de zin van de Mededingingswet (hierna: Mw) die kwalificeert als een fusie in de zin van artikel 27 lid 1, sub a, Mw.

In het hiernavolgende ga ik op deze vraag 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 thans door u verstrekte feiten en voornemens vat ik als volgt samen:

- De huidige statuten van [...] bepalen dat de RvT de leden van de RvB benoemt en ontslaat. Daarnaast is bepaald dat diverse besluiten van de RvB omtrent het strategische commerciële beleid de goedkeuring behoeven van de RvT. Ten aanzien van de RvT is bepaald dat deze uit ten minste vijf en ten hoogste zeven leden bestaat. De leden van de RvT worden door de RvT benoemd en ontslagen.
- De huidige statuten van [...] bepalen dat de RvT de leden van de RvB benoemt en ontslaat. Daarnaast is bepaald dat diverse besluiten van de RvB omtrent het strategische commerciële beleid de goedkeuring behoeven van de RvT. Ten aanzien van de RvT is bepaald dat deze bestaat uit ten minste vijf leden. De RvT benoemt en ontslaat de leden van de RvT.¹
- De statuten van [...] zullen worden gewijzigd met een bepaling waarin is opgenomen dat de voorzitter van de raad van bestuur van [...] lid wordt van de RvB van [...]. Tegelijkertijd zal in de statuten van [...] worden opgenomen dat de voorzitter van de RvB van [...] lid wordt van de RvB van [...].
- De statuten van [...] zullen tegelijkertijd worden gewijzigd met een bepaling waarin is opgenomen dat bepaalde besluiten van de RvB van [...] onderworpen zijn aan de goedkeuring van de RvT van [...]. Het betreft de volgende besluiten:
 - het benoemen en ontslaan van de leden van de RvB;
 - de duurzame samenwerking met andere rechtspersonen;
 - het wijzigen van de statuten;
 - handelingen betreffende het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging, vervreemding, en bezwaring van registergoederen, en tot het aangaan van overeenkomsten waarbij [...] zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een ander verbindt;
 - de vaststelling en ingrijpende wijziging van de beleidsplannen;
 - het vaststellen van beleidsplannen die de signatuur van [...] bepalen;
 - het vaststellen van een voortschrijdend meerjarenplan en een exploitatie- en investeringsbegroting.

¹ Een ontslagbesluit vereist een twee/derde meerderheid.

- Tegelijkertijd zal in de statuten van [...] worden bepaald dat bepaalde besluiten van de RvB van [...] onderworpen zijn aan de goedkeuring van de RvT van [...]. Het betreft de volgende besluiten:
 - het benoemen en ontslaan van de leden van de RvB;
 - handelingen betreffende het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen, en tot het aangaan van overeenkomsten waarbij [...] zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een ander verbindt;
 - de duurzame samenwerking met andere rechtspersonen;
 - belangrijke wijzigingen in de organisatie van [...], zoals belangrijke inkrimping, uitbreidingen of wijzigingen van de activiteiten van [...];
 - het aangaan van investeringen en het afsluiten van belangrijke financieringsovereenkomsten;
 - het aangaan van andere rechtshandelingen met een waarde boven datgene dat door de RvT is vastgesteld;
 - het vaststellen van het algemene beleid;
 - het wijzigen van de statuten.

- Het is voorts het vaste voornemen van partijen om binnen één jaar na de wijziging van de statuten van partijen zoals hiervoor beschreven, de statuten van partijen opnieuw te wijzigen met een regeling waarin is bepaald dat de besluitvorming ten aanzien van de eerder opgesomde besluiten zal plaatsvinden in een gezamenlijke vergadering van de raden van toezicht van [...] en [...]. Elk lid van deze gezamenlijke vergadering heeft één stem. Een besluit van de gezamenlijke vergadering wordt genomen bij meerderheid van stemmen.

- De afzonderlijke raden van toezicht van partijen blijven bestaan. Met uitzondering van hun bevoegdheid met betrekking tot de eerder vermelde belangrijke besluiten - die bij de gezamenlijke vergadering komt te berusten -, behouden zij hun bevoegdheden.

Beoordeling

Regeling voor de raden van bestuur

De statutaire regeling dat de voorzitters van de raden van bestuur zitting zullen hebben in het bestuur van de andere organisatie betekent op zich niet een wijziging in de zeggenschap over de organisaties. Het leidt slechts tot een gedeeltelijke personele unie in de besturen, terwijl inzake strategische aangelegenheden de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid bij beide organisaties overwegend bij de raden van toezicht berust.

Eerste transactie

De statuten van partijen zullen worden gewijzigd zodanig dat een aantal belangrijke besluiten onderworpen is aan de goedkeuring van de RvT van de andere partij. Gelet op de besluiten waar het om gaat - zoals hierboven vermeld - ben ik van oordeel dat [...] en [...] hierdoor beide gezamenlijke zeggenschap zullen verkrijgen in elkaar.² Deze wijziging van de statuten leidt aldus tot een concentratie in de zin van artikel 27 Mw.³

Tweede transactie

Partijen hebben, zoals vermeld, het vaste voornemen om binnen één jaar na de eerste transactie statutair vast te leggen dat de eerder vermelde besluiten van [...] en [...] onderworpen zijn aan de goedkeuring van een gezamenlijke vergadering van de raden van toezicht van partijen. De gezamenlijke vergadering wordt daarmee een statutair orgaan met beslissingsbevoegdheid ten aanzien van beide partijen. De gezamenlijke vergadering verkrijgt daarmee de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid ten aanzien van de belangrijkste strategische beslissingen van zowel [...] als [...]. Dientengevolge beschouw ik de gezamenlijke vergadering van de raden van toezicht als een gemeenschappelijk ondernemingsbestuur. De beschreven transactie leidt derhalve, indien de daaruit voortvloeiende wijziging van zeggenschap duurzaam is, tot een concentratie, die naar mijn oordeel is aan te merken als een fusie in de zin van artikel 27, eerste lid onder a, Mw.

U meent dat de wijziging in de zeggenschap ingevolge de tweede transactie duurzaam van aard zal zijn, omdat een wijziging van de statuten van zowel [...] als [...] onderworpen zal zijn aan de goedkeuring van de gezamenlijke vergadering. Dit lijkt mij - uitgaande van besluitvorming bij gewone meerderheid - echter alleen op te gaan indien de getalsverhouding van het aantal RvT-leden van [...] resp. [...] in de gezamenlijke vergadering gelijk is, en die gelijke verhouding eveneens statutair wordt vastgelegd. Zou de bedoelde getalsverhouding niet gelijk zijn, dan zou de stichting met een groter aantal RvT-leden in de gezamenlijke vergadering, haar statuten kunnen wijzigen zonder dat de RvT-leden van de andere stichting de goedkeuring daarvan in de gezamenlijke vergadering zouden kunnen tegenhouden. Een dergelijke statutenwijziging zou bij voorbeeld de bevoegdheden van de gezamenlijke vergadering te niet kunnen doen of kunnen reduceren.

De combinatie van transacties

Uitgaande van een statutair verankerde gelijke getalsverhouding in de gezamenlijke vergadering, zoals hierboven bedoeld, is de combinatie van transacties zoals hiervoor beschreven naar mijn oordeel aan te merken als één concentratie, en wel als een fusie in de zin van artikel 27, eerste lid onder a, Mw. Aangezien partijen voornemens zijn de eerste transactie binnen één jaar te laten

² Zie de Geconsolideerde Mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties, randnummers 65 t/m 73.

³ Nu de transactie twee verkrijgers van zeggenschap kent, en hun verkrijgingen niet op dezelfde onderneming betrekking hebben, is het wellicht meer juist om ten aanzien van deze transactie van twee concentraties te spreken.

volgen door de tweede transactie, is het niet aannemelijk dat de eerste transactie effect heeft op de structuur van de markt.⁴

Nu in het geval van partijen, zoals door u medegedeeld, de meldingsdrempels zullen zijn overschreden, dient een melding naar mijn oordeel i.c. betrekking te hebben op het voornemen tot fusie, en dient de NMa in de meldingsprocedure de gevolgen van het voornemen tot fusie te beoordelen. Dat neemt niet weg dat reeds het voltrekken van de eerste transactie als het tot stand brengen van een concentratie moet worden aangemerkt, ook al zal de beoordeling zich in dit geval op de gevolgen van de tweede transactie richten. Reeds aan het voltrekken van de eerste transactie zal dus een NMa-besluit vooraf moeten gaan dat het tot stand brengen van de gemelde transacties toestaat.⁵

Conclusie

Met inachtneming van het bovenstaande concludeer ik dat de hierboven beschreven combinatie van opeenvolgende transacties is aan te merken als één concentratie in de zin van artikel 27 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

⁴ Zie de Geconsolideerde Mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties, randnummer 34.

⁵ Zie artikel 34 Mw.