II

(Mededelingen)

MEDEDELINGEN VAN DE INSTELLINGEN EN ORGANEN VAN DE EUROPESE UNIE

COMMISSIE

Mededeling van de Commissie betreffende op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen

(Voor de EER relevante tekst)

(2008/C 267/01)

I. INLEIDING

1. In Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen ([1]), hierna „de concentratieverordening" genoemd, is in artikel 6, lid 2, en artikel 8, lid 2, uitdrukkelijk bepaald dat de Commissie kan besluiten een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren ingevolge door de betrokken partijen voorgestelde wijzigingen ([2]), en dit zowel vóór als na de inleiding van de procedure. Daartoe kan de Commissie aan haar beschikking voorwaarden en verplichtingen verbinden die moeten waarborgen dat de betrokken ondernemingen de verbintenissen nakomen die zij tegenover de Commissie zijn aangegaan om de concentratie verenigbaar te maken met de gemeenschappelijke markt ([3]).

2. Doel van deze Mededeling is de nodige houvast te bieden met betrekking tot wijzigingen van concentraties, en meer in het bijzonder met betrekking tot verbintenissen van de betrokken ondernemingen om een concentratie te wijzigen. Dergelijke aanpassingen worden gewoonlijk „corrigerende maatregelen" (of „remedies") genoemd omdat zij ten doel hebben de door de Commissie geconstateerde mededingingsbezwaren ([4]) weg te nemen. De houvast die in deze Mededeling wordt geboden, is het resultaat van de ervaring die de Commissie met de jaren heeft opgedaan op het gebied van de beoordeling, de aanvaarding en de tenuitvoerlegging van corrigerende maatregelen op grond van de concentratieverordening sinds de inwerkingtreding van deze verordening op 21 september 1990. Aanleiding voor deze herziening van de mededeling van de Commissie over corrigerende maatregelen van 2001 ([5]) is de inwerkingtreding per 1 mei 2004 van de herschikte concentratieverordening, Verordening (EG) nr. 139/2004 ([6]), en van Verordening (EG) nr. 802/2004 van de

([1]) PB L 24 van 29.1.2004, blz. 1-22.
([2]) Wanneer in deze tekst sprake is van „partijen" en „fuserende partijen", heeft zulks ook betrekking op gevallen waarin er slechts één aanmeldende partij is.
([3]) Zie de tweede alinea van, onderscheidenlijk, artikel 6, lid 2, en artikel 8, lid 2. Zie ook overweging 30 bij de concentratieverordening waarin staat dat „[i]ndien de betrokken ondernemingen een aangemelde concentratie wijzigen, met name door het aanbieden van verbintenissen om de concentratie verenigbaar te maken met de gemeenschappelijke markt, de Commissie de gewijzigde concentratie verenigbaar [moet] kunnen verklaren met de gemeenschappelijke markt. Dergelijke verbintenissen dienen in verhouding te staan tot het mededingingsprobleem en dit probleem volledig weg te werken". In overweging 30 staat voorts dat „[h]et tevens dienstig [is] vóór de inleiding van de procedure verbintenissen te aanvaarden, voor zover het mededingingsprobleem scherp is omlijnd en gemakkelijk kan worden verholpen".
([4]) Tenzij anders bepaald, stemt in dit document de term „mededingingsbezwaren" overeen met, afhankelijk van de fase van de procedure, ernstige twijfel of voorlopige bevindingen dat de concentratie een daadwerkelijke mededinging binnen de gemeenschappelijke markt (of een wezenlijk deel daarvan) significant zal belemmeren, met name als het resultaat van het in leven roepen of het versterken van een machtspositie.
([5]) Mededeling van de Commissie betreffende op grond van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad en Verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen (PB C 68 van 2.3.2001, blz. 3).
([6]) Ter vervanging van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad (PB L 395 van 30.12.1989, blz. 1). Verordening gerectificeerd in PB L 257 van 21.9.1990, blz. 13.

Commissie ([1]) (hierna „de uitvoeringsverordening" genoemd), de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg, de conclusies die werden getrokken uit de stelselmatige ex-postbeoordeling door de Commissie van eerdere zaken met corrigerende maatregelen ([2]), en de beschikkingspraktijk van de Commissie in zaken met corrigerende maatregelen in de voorbije jaren. De in de voorliggende mededeling omschreven beginselen zullen door de Commissie worden toegepast en verder worden uitgewerkt en verfijnd bij de behandeling van specifieke zaken. De in deze mededeling gegeven aanwijzingen laten een eventuele uitlegging van het Hof van Justitie of het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen onverlet.

3. In deze mededeling wordt een overzicht gegeven van de algemene beginselen waaraan corrigerende maatregelen moeten voldoen om door de Commissie te kunnen worden aanvaard, de voornaamste soorten verbintenissen die de Commissie kan aanvaarden in zaken welke zij op grond van de concentratieverordening behandelt, de specifieke vereisten waaraan aangeboden verbintenissen in beide fasen van de procedure moeten voldoen, en de belangrijkste vereisten voor de tenuitvoerlegging van verbintenissen. In ieder geval houdt de Commissie afdoende rekening met de specifieke omstandigheden van een individuele zaak.

II. **ALGEMENE BEGINSELEN**

4. Overeenkomstig de concentratieverordening onderzoekt de Commissie of een aangemelde concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt door het effect ervan op de mededingingsstructuur in de Gemeenschap na te gaan ([3]). Het criterium om uit te maken of een aangemelde concentratie overeenkomstig artikel 2, leden 2 en 3, van de concentratieverordening verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, is de vraag of de concentratie op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan een daadwerkelijke mededinging op significante wijze zal belemmeren, met name als het resultaat van het in leven roepen of het versterken van een machtspositie. Een concentratie die een daadwerkelijke mededinging op de hierboven beschreven wijze significant belemmert, is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en dient door de Commissie te worden verboden. Bij de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming toetst de Commissie de concentratie eveneens aan artikel 2, lid 4, van de concentratieverordening. De in deze mededeling uiteengezette beginselen gelden doorgaans ook voor corrigerende maatregelen die worden aangeboden om de op grond van artikel 2, lid 4, geconstateerde mededingingsbezwaren weg te nemen.

5. Wanneer een concentratie aanleiding geeft tot mededingingsbezwaren doordat zij een daadwerkelijke mededinging op significante wijze kan belemmeren, met name als het resultaat van het in leven roepen of het versterken van een machtspositie, kunnen de partijen trachten de concentratie zodanig te wijzigen dat de mededingingsbezwaren worden weggenomen, zodat hun concentratie kan worden goedgekeurd. Dergelijke aanpassingen kunnen volledig ten uitvoer worden gelegd nog voordat een goedkeuringsbeschikking wordt gegeven. Het is echter gebruikelijker dat de partijen verbintenissen aanbieden met de bedoeling de concentratie verenigbaar te maken met de gemeenschappelijke markt en dat deze verbintenissen na de goedkeuring van de concentratie ten uitvoer worden gelegd.

6. Binnen de structuur van de concentratieverordening staat het aan de Commissie om aan te tonen dat een concentratie de mededinging op significante wijze zal belemmeren ([4]). De Commissie deelt haar mededingingsbezwaren aan de partijen mee, om hen de kans te bieden passende en daaraan beantwoordende voorstellen voor corrigerende maatregelen te formuleren ([5]). Daarna is het aan de partijen bij de concentratie om verbintenissen voor te stellen; de Commissie kan niet eenzijdig voorwaarden aan een goedkeuringsbeschikking verbinden, doch alleen op grond van de verbintenissen van de partijen ([6]). De Commissie deelt de partijen haar voorlopige beoordeling van de voorstellen voor

([1]) Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 133 van 30.4.2004, blz. 1). Deze verordening vervangt Verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 61 van 2.3.1998, blz. 1).

([2]) DG COMP, *Merger Remedies Study*, oktober 2005.

([3]) Zie overweging 6 bij de concentratieverordening.

([4]) In fase I en vóór het uitgaan van een mededeling van punten van bezwaar stemt zulks overeen met *ernstige twijfel* wat betreft de significante belemmering van een daadwerkelijke mededinging.

([5]) In de concentratieverordening zijn de formele stappen vastgelegd voor het mededelen aan de partijen van de door de Commissie geconstateerde mededingingsbezwaren (beschikking ex artikel 6, lid 1, onder c), mededeling van punten van bezwaar). Daarnaast wordt in de *Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings* van DG Concurrentie ook voorzien in de mogelijkheid om op cruciale fases in de procedure „stand van zaken"-bijeenkomsten te houden; daar zal de Commissie haar bezwaren aan de partijen uiteenzetten om hun de gelegenheid te bieden hierop te antwoorden met voorstellen voor corrigerende maatregelen.

([6]) Zie arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-210/01, General Electric Company/Commissie, Jurispr. 2005, blz. II-5575, punt 52; arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-87/05, EDP/Commissie, Jurispr. 2005, blz. II-3745, punt 105.

corrigerende maatregelen mee. Indien de partijen echter geen degelijk voorstel doen voor corrigerende maatregelen die geschikt zijn om de mededingingsbezwaren weg te nemen, dan rest de Commissie als enige optie een verbodsbeschikking te geven ([1]).

7. De Commissie dient na te gaan of de voorgestelde corrigerende maatregelen, wanneer zij eenmaal ten uitvoer zijn gelegd, de geconstateerde mededingingsbezwaren zouden wegnemen. Alleen de partijen beschikken over alle relevante informatie die voor een dergelijke beoordeling nodig is, met name wat betreft de haalbaarheid van de voorgestelde verbintenissen en de levensvatbaarheid en het concurrentievermogen van de voor afstoting voorgestelde activa. Daarom is het aan de partijen om alle dergelijke beschikbare gegevens te verschaffen die de Commissie voor de beoordeling van de voorgestelde corrigerende maatregelen nodig heeft. Met het oog daarop verplicht de uitvoeringsverordening de aanmeldende partijen om, samen met de verbintenissen, zoals aangegeven op de bijlage bij de uitvoeringsverordening („formulier RM"), nadere informatie te verschaffen over de inhoud van de aangeboden verbintenissen, de voorwaarden voor de tenuitvoerlegging ervan, waaruit blijkt dat zij geschikt zijn om elke significante belemmering van een daadwerkelijke mededinging wordt weggenomen. Voor verbintenissen die uit het afstoten van een bedrijfsonderdeel bestaan, beschrijven de partijen met name in detail hoe het af te stoten bedrijfsonderdeel thans wordt geëxploiteerd. Deze gegevens moeten de Commissie in staat stellen de levensvatbaarheid, concurrentiekracht en verkoopbaarheid van het bedrijfsonderdeel te beoordelen door de bestaande bedrijfsvoering te vergelijken met de in het kader van de verbintenissen beoogde omvang. De Commissie kan de precieze vereisten aanpassen aan de informatie die in de betrokken zaak nodig is, en staat open voor overleg met de partijen over de omvang van de te verschaffen informatie vooraleer het formulier RM wordt ingediend.

8. Waar het aan de partijen is om verbintenissen aan te bieden die geschikt zijn om de mededingingsbezwaren weg te nemen en om de informatie te verschaffen die nodig is om deze te beoordelen, dan staat het aan de Commissie om te bepalen of een concentratie, in de door de geldig ingediende verbintenissen gewijzigde vorm, al dan niet onverenigbaar moeten worden verklaard met de gemeenschappelijke markt, omdat deze, ondanks de verbintenissen, in een significante belemmering van een daadwerkelijke mededinging resulteert. Voor een door verbintenissen gewijzigde concentratie gelden op het punt van de bewijslast derhalve dezelfde criteria als voor een ongewijzigde ([2]).

Basisvoorwaarden voor aanvaardbare verbintenissen

9. Volgens de concentratieverordening is de Commissie alleen bevoegd verbintenissen te accepteren die als geschikt kunnen gelden om de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te maken, zodat daarmee een significante belemmering van een daadwerkelijke mededinging wordt voorkomen. De verbintenissen nemen de mededingingsbezwaren volledig weg ([3]) en zijn in alle opzichten volledig en effectief ([4]). Voorts is het mogelijk dat verbintenissen op korte termijn effectief ten uitvoer worden gelegd, aangezien de mededingingsvoorwaarden op de markt pas gehandhaafd zullen zijn wanneer de verbintenissen volledig zijn nagekomen.

10. Structurele verbintenissen, met name afstotingen, die de partijen voorstellen, voldoen alleen aan deze voorwaarden voor zover de Commissie met de nodige zekerheid kan concluderen dat de uitvoering ervan mogelijk is en dat de daardoor in het leven geroepen nieuwe commerciële structuren voldoende werkbaar en duurzaam zijn om zeker te stellen dat het niet zal komen tot een significante belemmering van een daadwerkelijke mededinging ([5]).

11. De nodige zekerheid betreffende de tenuitvoerlegging van de aangeboden verbintenissen kan met name worden beïnvloed door de aan de overdracht van een af te stoten bedrijfsonderdeel verbonden risico's, zoals de voorwaarden die partijen aan de afstoting verbinden, de rechten van derden ten aanzien van het bedrijfsonderdeel of de risico's van het vinden van een geschikte koper, maar ook de risico's wat

([1]) Zie beschikking van 3 juli 2001 in zaak COMP/M.2220 — GE/Honeywell, bevestigd door het arrest-General Electric, reeds aangehaald, punten 555 e.v., 612 e.v.; beschikking van 9 december 2004 in zaak COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP, bevestigd door het arrest-EDP, reeds aangehaald, punten 63 e.v., 75 e.v.; beschikking van 9 november 1994 in zaak IV/M.469 — MSG Media Service; beschikking van 19 juli 1995 in zaak IV/M.490 — Nordic Satellite Distribution; beschikking van 20 september 1995 in zaak IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol; beschikking van 27 mei 1998 in zaak IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere; beschikking van 27 mei 1998 in zaak IV/M.1027 — Deutsche Telekom BetaResearch; beschikking van 4 december 1996 in zaak IV/M.774 — St Gobain/Wacker Chemie; beschikking van 2 oktober 1991 in zaak IV/M.53 — Aerospatiale/Alenia/De Havilland, en beschikking van 24 april 1996 in zaak IV/M.619 — Gencor/Lonrho, bevestigd door het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-102/96, Gencor/Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-753.

([2]) Zie arrest-EDP, reeds aangehaald, punten 62 e.v.

([3]) Zie overweging 30 bij de concentratieverordening, en het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-282/02, Cementbouw/Commissie, Jurispr. 2006, blz. II-319, punt 307.

([4]) Zie arrest-General Electric, reeds aangehaald, punt 52; arrest-EDP, reeds aangehaald, punt 105.

([5]) Zie arrest-General Electric, reeds aangehaald, punten 555 en 612.

betreft waardeverlies van de activa in afwachting dat de afstoting heeft plaatsgevonden. Het staat dan ook aan de partijen om dit soort onzekerheden ten aanzien van de tenuitvoerlegging van de corrigerende maatregel weg te nemen wanneer deze bij de Commissie wordt ingediend ([1]).

12. Bij het beoordelen van de tweede voorwaarde (is het waarschijnlijk dat de aangeboden verbintenis de geconstateerde mededingingsbezwaren wegneemt?) zal de Commissie alle factoren in aanmerking nemen die voor de aangeboden corrigerende maatregel relevant zijn, daaronder begrepen onder meer het soort voorgestelde maatregel, de omvang en de draagwijdte ervan, beoordeeld in het licht van de structuur en de bijzondere kenmerken van de markt waarop de mededingingsbezwaren rijzen, waarbij ook rekening wordt gehouden met de positie van de partijen en van andere marktdeelnemers.

13. Om aan deze beginselen te kunnen voldoen, worden de verbintenissen effectief ten uitvoer gelegd en is het mogelijk daarop toezicht uit te oefenen ([2]). Daar waar afstotingen, wanneer deze eenmaal zijn doorgevoerd, geen verdere toezichtsmaatregelen behoeven, vergen andere soorten verbintenissen wel effectieve toezichtsmechanismen om te garanderen dat het effect ervan niet door de partijen wordt beperkt of zelfs uitgeschakeld. Anders zouden dergelijke verbintenissen als loutere intentieverklaringen van de partijen moeten worden aanzien en zouden zij niet neerkomen op bindende verplichtingen, aangezien, door het ontbreken van effectieve toezichtsmechanismen, schending van deze verplichtingen, volgens de bepalingen van de concentratieverordening, niet kan leiden tot de intrekking van de beschikking ([3]).

14. Wanneer de partijen evenwel corrigerende maatregelen voorstellen die zo ruim en zo complex zijn dat de Commissie op het tijdstip dat zij haar beschikking geeft, niet met de nodige zekerheid kan uitmaken of deze corrigerende maatregelen volledig uitvoerbaar zijn en daarvan mag worden verwacht dat zij een daadwerkelijke mededinging op de markt handhaven, kan geen goedkeuringsbeschikking worden gegeven ([4]). De Commissie kan dergelijke corrigerende maatregelen verwerpen, met name op grond van het feit dat de tenuitvoerlegging ervan lastig kan worden gecontroleerd en het feit dat het ontbreken van effectief toezicht de impact van de aangeboden verbintenissen vermindert of zelfs te niet doet.

Geschiktheid van de verschillende soorten corrigerende maatregelen

15. Volgens rechtspraak van de Gemeenschapsrechter zijn verbintenissen in de eerste plaats bedoeld om concurrerende marktstructuren te waarborgen ([5]). Bijgevolg vallen verbintenissen van structurele aard, zoals de verbintenis om een bedrijfsonderdeel te verkopen, vanuit de doelstelling van de concentratieverordening in de regel te verkiezen, voor zover dergelijke verbintenissen duurzaam de mededingingsbezwaren die de concentratie in haar aangemelde vorm zou doen rijzen, voorkomen en voor zover zij bovendien geen toezichtmaatregelen op middellange of lange termijn vergen. Toch kan niet bij voorbaat worden uitgesloten dat ook andere soorten verbintenissen kunnen beletten dat een daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd ([6]).

16. De Commissie benadrukt dat de vraag of een corrigerende maatregel en, meer specifiek, welk soort corrigerende maatregel geschikt is om de geconstateerde mededingingsbezwaren weg te nemen, van geval tot geval moet worden beoordeeld.

17. Niettemin valt een algemeen onderscheid te maken tussen afstotingen, andere structurele corrigerende maatregelen (zoals toegang tot vitale infrastructuur of input op niet-discriminerende voorwaarden), en verbintenissen wat betreft de toekomstige gedragingen van de nieuw geconcentreerde onderneming. Verbintenissen tot afstoting zijn het beste middel om de uit horizontale overlappingen ontstane mededingingsbezwaren weg te nemen, en zijn mogelijk ook het beste middel om problemen op te lossen

([1]) Afhankelijk van de aard van de risico's, kan worden geprobeerd deze met specifieke beschermingsmaatregelen te compenseren. Zo kan bijvoorbeeld het risico dat voortvloeit uit de rechten ten aanzien van de af te stoten activa, worden gecompenseerd door een voorstel voor een alternatieve afstoting. Dergelijke waarborgen zullen hierna nog nader worden besproken.

([2]) Arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-177/04, easyJet/Commissie, Jurispr. 2006, blz. II-1931, punt 188.

([3]) Arrest-easyJet, reeds aangehaald, punt 186 e.v.; arrest-EDP, reeds aangehaald, punt 72.

([4]) Voor een voorbeeld van een dergelijke complexe en ongeschikte corrigerende maatregel, zie de beschikking van 9 december 2004 in zaak COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, bevestigd bij arrest-EDP, reeds aangehaald, punt 102, en beschikking van 15 maart 2000 in zaak COMP/M.1672 — Volvo/Scania.

([5]) Zie overweging 8 bij de concentratieverordening; arrest-Gencor, reeds aangehaald, punt 316; arrest van het Hof van Justitie in zaak C-12/03 P, Commissie/Tetra Laval, Jurispr. 2005, blz. I-987, punt 86, en arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-158/00, ARD/Commissie, Jurispr. 2003, blz. II-3825, punten 192 e.v.

([6]) Arrest-Tetra Laval, reeds aangehaald, punt 86; arrest-Gencor, reeds aangehaald, punten 319 e.v.; arrest-ARD, reeds aangehaald, punt 193; arrest-easyJet, reeds aangehaald, punt 182, en arrest-EDP, reeds aangehaald, punt 101.

die voortkomen uit verticale bezwaren of uit bezwaren die resulteren uit conglomeraatsstructuren ([1]). Andere structurele verbintenissen kunnen geschikt zijn om alle soorten bezwaren weg te nemen indien die corrigerende maatregelen, wat de effecten ervan betreft, gelijkwaardig zijn aan afstotingen, zoals in de punten 61 en verder nader wordt uiteengezet. Verbintenissen met betrekking tot het toekomstige handelen van toekomstige gedragingen van de nieuw geconcentreerde onderneming kunnen alleen uitzonderlijk, in zeer specifieke omstandigheden acceptabel zijn ([2]). Met name kunnen verbintenissen waarbij wordt toegezegd prijzen niet te verhogen, het productaanbod in te krimpen of merken uit de markt te nemen enz., in de regel niet de door horizontale overlappingen veroorzaakte mededingingsbezwaren wegnemen. In ieder geval kan dit soort corrigerende maatregelen alleen in uitzonderlijke omstandigheden worden geaccepteerd indien de werkbaarheid ervan volledig wordt gegarandeerd door effectieve tenuitvoerlegging en effectief toezicht in lijn met de in de punten 13-14, 66 en 69 gemaakte overwegingen, én indien er geen risico bestaat dat zulks tot mededingingsverstorende effecten leidt ([3]).

Procedure

18. De Commissie kan in elk van beide fasen van de procedure verbintenissen aanvaarden ([4]). Aangezien echter alleen in fase II een grondig marktonderzoek wordt uitgevoerd, moeten de verbintenissen die in fase I aan de Commissie worden voorgelegd, evenwel onmiskenbaar afdoende zijn om alle „ernstige twijfel" in de zin van artikel 6, lid 1, onder c), van de concentratieverordening weg te nemen ([5]). Overeenkomstig artikel 10, lid 2, van de concentratieverordening geeft de Commissie een goedkeuringsbeschikking zodra de in artikel 6, lid 1, onder c), van de concentratieverordening bedoelde ernstige twijfel is weggenomen ingevolge verbintenissen die door de partijen zijn ingediend. Deze regel geldt voor verbintenissen die in fase II van de procedure worden ingediend vooraleer de Commissie een mededeling van punten van bezwaar doet uitgaan ([6]). Wanneer de Commissie het voorlopige standpunt inneemt dat de concentratie resulteert in een significante belemmering van een daadwerkelijke mededinging en een mededeling van punten van bezwaar doet uitgaan, moeten de verbintenissen afdoende zijn om een dergelijke significante belemmering van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen.

19. Ondanks dat verbintenissen door de partijen zelf moeten worden aangeboden, kan de Commissie de tenuitvoerlegging ervan afdwingen door haar goedkeuring van de concentratie afhankelijk te stellen van de nakoming van deze verbintenissen. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen voorwaarden en verplichtingen. Het vereiste dat het tot een structurele verandering van de markt komt — zoals bijvoorbeeld dat een bedrijfsonderdeel wordt afgestoten — is een voorwaarde. De uitvoeringsmaatregelen die voor het behalen van dit resultaat benodigd zijn — zoals bijvoorbeeld de aanstelling van een trustee met een onherroepelijke opdracht om dat bedrijfsonderdeel te verkopen — zijn doorgaans verplichtingen waaraan de partijen moeten voldoen.

20. Wanneer de betrokken ondernemingen een verplichting niet nakomen, kan de Commissie goedkeuringsbeschikkingen welke op grond van artikel 6, lid 2, of artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening zijn gegeven, intrekken op grond van, onderscheidenlijk, artikel 6, lid 3, en artikel 8, lid 6. Bij niet-nakoming van een verplichting kunnen de partijen ook geldboeten en dwangsommen worden opgelegd uit hoofde van, onderscheidenlijk, artikel 14, lid 2, onder d), en artikel 15, lid 1, onder c), van de concentratieverordening. Wanneer evenwel een voorwaarde wordt geschonden (een bedrijfsonderdeel wordt bijvoorbeeld niet binnen het in de verbintenissen bepaalde tijdschema afgestoten of wordt nadien weer overgenomen), dan is de beschikking waarbij de transactie verenigbaar wordt verklaard, niet langer van toepassing. Onder die omstandigheden kan de Commissie, overeenkomstig artikel 8, lid 5, onder b), van de concentratieverordening, eerst voorlopige maatregelen nemen die geschikt zijn om de daadwerkelijke mededinging te handhaven. Ten tweede kan zij, indien aan de voorwaarden van artikel 8, lid 4, onder b), is voldaan, elke andere passende maatregel gelasten om te bereiken dat de betrokken ondernemingen de concentratie ontbinden of andere herstelmaatregelen nemen, dan wel, overeenkomstig artikel 8, lid 7, een beschikking op grond van artikel 8, leden 1, 2 en 3, geven. Voorts kunnen de partijen uit hoofde van artikel 14, lid 2, onder c), van de concentratieverordening ook geldboeten worden opgelegd.

([1]) Zie, voor de afstoting van opslagfaciliteiten, de beschikking van 14 maart 2006 in zaak COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2, overwegingen 170 e.v.; beschikking van 21 december 2005 in zaak COMP/M.3696 — E.ON/MOL, overwegingen 735 e.v., voor een voorbeeld van „eigendomsontbundeling" die een eind moet maken aan de structurele banden tussen de partijen in de sector gasopslag; en voorts de beschikking van 11 december 2006 in zaak COMP/M.4314 — Johnson & Johnson/Pfizer, en de beschikking van 20 februari 2007 in zaak COMP/M.4494 — Evraz/Highveld.

([2]) Zie, wat conglomeraatseffecten van een concentratie betreft, het arrest-Tetra Laval, reeds aangehaald, punten 85 en 89.

([3]) Bv. verbintenissen wat betreft een bepaald prijszettingsgedrag zoals maximumprijzen die het risico inhouden van mededingingsverstorende prijsafstemming tussen concurrenten.

([4]) Zoals in overweging 30 bij de concentratieverordening is aangegeven, zal de Commissie in beide fases van de procedure transparantie en daadwerkelijke raadpleging van de lidstaten verzekeren.

([5]) In fase I ingediende verbintenissen worden slechts in welbepaalde situaties aanvaard; zie punt 81.

([6]) Zie o.m. beschikking van 23 juli 2003 in zaak COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins; beschikking van 30 april 2003 in zaak COMP/M.2861 — Siemens/Drägerwerk/JV; beschikking van 30 maart 1999 in zaak IV/JV.15 — BT/AT & T, en beschikking van 29 september 1999 in zaak IV/M.1532 — BP Amoco/Arco.

Modelteksten voor verbintenissen tot afstoting

21. De diensten van de Commissie hebben richtsnoeren met goede praktijken voor verbintenissen tot afstoting gepubliceerd, bestaande uit een modeltekst voor verbintenissen tot afstoting en een modeltekst voor de opdracht van trustees ([1]). Deze modelteksten zijn niet bedoeld om uitvoerig alle aspecten te bestrijken die in alle zaken van belang kunnen worden, noch gaat het om juridisch bindende documenten voor partijen bij een concentratieprocedure. Zij vormen een aanvulling op de onderhavige mededeling, omdat zij in een voor de partijen bruikbaar formaat een overzicht bieden van de gebruikelijke regelingen voor verbintenissen inzake afstoting. Tegelijk bieden de modelteksten de nodige flexibiliteit om ze aan te passen aan de vereisten van de bewuste zaak.

III. VERSCHILLENDE SOORTEN CORRIGERENDE MAATREGELEN

1. Een bedrijfsonderdeel wordt afgestoten aan een geschikte koper

22. Wanneer een voorgenomen concentratie een daadwerkelijke mededinging op significante wijze dreigt te belemmeren, bestaat, afgezien van een verbod, de meest doelmatige methode om een daadwerkelijke mededinging te herstellen erin de voorwaarden tot stand te brengen waaronder een nieuwe concurrerende entiteit kan ontstaan of waarin via afstoting door de fuserende partijen bestaande concurrenten worden versterkt.

1.1. *Afstoting van een levensvatbaar en concurrerend bedrijfsonderdeel*

23. De afgestoten activiteiten worden ondergebracht in een levensvatbaar bedrijfsonderdeel dat, wanneer dit bedrijfsonderdeel door een geschikte koper wordt geëxploiteerd, effectief en op duurzame wijze met de nieuw geconcentreerde onderneming kan concurreren, zodat bij afstoting de continuïteit van de onderneming (*going concern*) is gewaarborgd ([2]). Om de levensvatbaarheid van een bedrijfsonderdeel te waarborgen, kan het noodzakelijk blijken ook activiteiten af te stoten die verband houden met markten waarvoor de Commissie geen mededingingsbezwaren vaststelde, indien zulks vereist is om op de betrokken markten een daadwerkelijke concurrent te laten ontstaan ([3]).

24. Wanneer een levensvatbaar bedrijfsonderdeel voor afstoting wordt voorgesteld, wordt rekening gehouden met de onzekerheden en risico's die aan de overdracht van een bedrijfsonderdeel aan een nieuwe eigenaar zijn verbonden. Deze risico's kunnen de impact van het af te stoten bedrijfsonderdeel op de mededinging beperken en zodoende aanleiding geven tot een marktsituatie waarin de mededingingsbezwaren niet noodzakelijkerwijze worden weggenomen.

Omvang van het af te stoten bedrijfsonderdeel

25. Het bedrijfsonderdeel omvat alle activa die bijdragen aan de bestaande bedrijfsvoering of die noodzakelijk zijn om de levensvatbaarheid en het concurrentievermogen ervan te garanderen, en alle werknemers die momenteel in dienst zijn of die noodzakelijk zijn om de levensvatbaarheid en het concurrentievermogen van het bewuste bedrijfsonderdeel te garanderen ([4]).

26. Ook de werknemers en activa die momenteel door het af te stoten bedrijfsonderdeel en andere bedrijfsonderdelen van de partijen worden gedeeld, maar die aan de exploitatie van het bedrijfsonderdeel bijdragen of die noodzakelijk zijn om de levensvatbaarheid en het concurrentievermogen ervan te garanderen, dienen bij de afstotingsoperatie te worden betrokken. Anders zouden de levensvatbaarheid en het concurrentievermogen van het af te stoten bedrijfsonderdeel in gevaar komen. Daarom omvat het af te stoten bedrijfsonderdeel ook de medewerkers die vitale functies voor dat bedrijfsonderdeel vervullen, zoals bijvoorbeeld de medewerkers van het concern die op het gebied van O&O en informatietechnologie actief zijn, zelfs indien die medewerkers momenteel in dienst zijn bij andere bedrijfsonderdelen van de partijen — ten minste in een voldoende mate om tegemoet te komen aan de bestaande behoeften van het af te stoten bedrijfsonderdeel. Evenzo dienen gedeelde activa te worden opgenomen, zelfs indien die activa eigendom zijn van of toegewezen aan een ander bedrijfsonderdeel.

([1]) Zie website van DG COMP, gepubliceerd in mei 2003, beschikbaar onder: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/legislation.html. Deze modelteksten kunnen voortdurend worden bijgewerkt en, mocht dat nodig blijken, kunnen verdere richtsnoeren met goede praktijken voor corrigerende maatregelen worden bekendgemaakt.

([2]) Dit omvat, in bepaalde omstandigheden, ook bedrijfsonderdelen die van de activiteiten of individuele activa van een partij moeten worden afgesplitst; zie punten 35 e.v.

([3]) Beschikking van 18 november 1997 in zaak IV/M.942 — Siemens/Elektrowatt; beschikking van 1 december 1999 in zaak IV/M.1578 — Sanitec/Sphinx, overweging 255; beschikking van 8 maart 2000 in zaak COMP/M.1802 — Unilever/Amora Maille, en beschikking van 28 september 2000 in zaak COMP/M.1990 — Unilever/Bestfoods.

([4]) De aanmeldende partijen zeggen in hun verbintenissen toe dat het af te stoten bedrijfsonderdeel al die activa en medewerkers omvat. Wanneer de nadere beschrijving van het bedrijfsonderdeel die de partijen volgens punt 27 moeten geven, achteraf onvolledig blijkt te zijn en de partijen het bedrijfsonderdeel niet aanvullen met de nodige aanvullende activa of medewerkers, kan de Commissie overwegen de beschikking waarbij de transactie onder voorwaarden wordt goedgekeurd, in te trekken.

27. Om de Commissie in staat te stellen de omvang van het af te stoten bedrijfsonderdeel te bepalen, nemen de partijen een precieze omschrijving van de omvang van het af te stoten bedrijfsonderdeel in hun verbintenissen op. Deze beschrijving dient te worden aangepast aan de individuele zaak die wordt behandeld, en bevat alle elementen die van het af te stoten bedrijfsonderdeel deel uitmaken: materiële activa (bv. O&O-, productie-, distributie-, verkoop- en marketingactiviteiten) en immateriële activa (zoals intellectuele-eigendomsrechten, knowhow en goodwill); licenties, door overheidsorganisaties aan het bedrijfsonderdeel verleende vergunningen en machtigingen; overeenkomsten, huurovereenkomsten en verbintenissen (bv. regelingen met leveranciers en afnemers) ten faveure van het af te stoten bedrijfsonderdeel, en klanten-, krediet- en andere gegevens. In hun beschrijving van het bedrijfsonderdeel nemen de partijen de over te dragen werknemers in algemene bewoordingen op, daaronder begrepen gedetacheerde en tijdelijke werknemers, en voegen zij een lijst bij van het personeel op sleutelfuncties, het personeel dus dat van essentieel belang is voor de levensvatbaarheid en het concurrentievermogen van het bedrijfsonderdeel. De overdracht van deze medewerkers laat de toepassing onverlet van de richtlijnen van de Raad betreffende collectieve ontslagen ([1]), het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen ([2]) en de informatie en raadpleging van werknemers ([3]), alsmede de nationale bepalingen tot omzetting van deze richtlijnen en andere nationale wetgeving. De corrigerende maatregel dient ook een niet-wervings-verbintenis van de partijen ten aanzien van medewerkers op sleutelfuncties te omvatten.

28. Bij hun beschrijving van het bedrijfsonderdeel zetten de partijen ook de regelingen uit voor de levering van producten en diensten door hen aan het af te stoten bedrijfsonderdeel, of door het af te stoten bedrijfsonderdeel aan hen. Dergelijke lopende relaties van het af te stoten bedrijfsonderdeel zijn misschien nodig om de volledige economische levensvatbaarheid en het concurrentievermogen van het af te stoten bedrijfsonderdeel gedurende een overgangsfase in stand te houden. De Commissie stemt alleen met dergelijke regelingen in indien deze niet ten koste gaan van de onafhankelijkheid van het af te stoten bedrijfsonderdeel ten opzichte van de partijen.

29. Om alle misverstanden over het af te stoten bedrijfsonderdeel te vermijden, dienen activa of medewerkers die worden ingezet binnen of in dienst zijn bij het bedrijfsonderdeel maar die, volgens de partijen, bij de afstotingsoperatie niet mogen overgaan, door de partijen uitdrukkelijk te worden uitgesloten in hun document met verbintenissen. De Commissie aanvaardt dergelijke uitsluiting van activa of medewerkers alleen wanneer de partijen duidelijk aan kunnen tonen dat zulks niet ten koste gaat van de levensvatbaarheid en het concurrentievermogen van het bedrijfsonderdeel.

30. Het af te stoten bedrijfsonderdeel dient als dusdanig levensvatbaar te zijn. Daarom kan de Commissie de middelen van een kandidaat-koper of zelfs van een vermoede toekomstige koper niet in aanmerking nemen wanneer zij de corrigerende maatregel beoordeelt. De situatie is anders wanneer reeds tijdens de procedure een koop-/verkoopovereenkomst wordt gesloten met een specifieke koper wiens middelen bij het beoordelen van de verbintenis in aanmerking kunnen worden genomen. Deze situatie komt nader aan bod in de punten 56 en verder.

31. Wanneer na het geven van een goedkeuringsbeschikking een koper is gevonden, heeft de beoogde koper sommige in het af te stoten bedrijfsonderdeel opgenomen activa of medewerkers misschien niet meer nodig. Tijdens de procedure voor de goedkeuring van de koper kan de Commissie, op verzoek van de partijen, en rekening houdend met de middelen van de beoogde koper, erin toestemmen dat het bedrijfsonderdeel aan de beoogde koper wordt afgestoten zonder een of meerdere activa of delen van het personeelsbestand mits zulks na de verkoop niet ten koste gaat van de levensvatbaarheid en het concurrentievermogen van het af te stoten bedrijfsonderdeel.

1.2. *Een zelfstandig functionerend bedrijfsonderdeel en voorwaarden waarop alternatieven acceptabel zijn*

32. In de regel is een bedrijfsonderdeel levensvatbaar wanneer het zelfstandig kan functioneren (op *stand-alone* basis), waarmee wordt bedoeld dat het alleen gedurende een overgangsperiode voor de levering van productiemiddelen of voor andere vormen van samenwerking op de fuserende partijen mag zijn aangewezen.

([1]) Richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag (PB L 225 van 12.8.1998, blz. 16).

([2]) Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB L 82 van 22.3.2001, blz. 16).

([3]) Richtlijn 94/45/EG van de Raad van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers (PB L 254 van 30.9.1994, blz. 64). Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap (PB L 80 van 23.2.2002, blz. 29).

33. De Commissie heeft een duidelijke voorkeur voor een bestaand, zelfstandig functionerend bedrijfsonderdeel. Het kan hierbij gaan om een reeds bestaande onderneming of groep van ondernemingen, of om een ondernemingsdivisie die voorheen niet als dusdanig een rechtspersoon vormde.

34. Hebben de mededingingsbezwaren te maken met horizontale overlappingen, dan zijn de partijen misschien in staat te kiezen tussen twee bedrijfsonderdelen. Bij een vijandig bod kan een verbintenis om activiteiten van de doelonderneming af te stoten, in dergelijke omstandigheden waarbij de aanmeldende partijen over beperkte informatie over het af te stoten bedrijfsonderdeel beschikken, het risico doen toenemen dat dit bedrijfsonderdeel, na een afstoting, misschien geen levensvatbare concurrent wordt, die op duurzame basis effectief op de markt kan concurreren. Daarmee is het voor de partijen misschien beter om in dergelijke scenario's voor te stellen activiteiten van de overnemende onderneming af te stoten.

Afsplitsingen

35. Ondanks dat in de regel de afstoting van een bestaand, levensvatbaar, zelfstandig functionerend bedrijfsonderdeel is vereist, kan de Commissie, rekening houdend met het evenredigheidsbeginsel, ook de afstoting overwegen van bedrijfsonderdelen die sterke banden hebben met of ten dele zijn geïntegreerd in bedrijfsonderdelen die de partijen behouden, en die dus in dat opzicht moeten worden afgesplitst (*carve-out*). Om de risico's voor de levensvatbaarheid en het concurrentievermogen in dergelijke omstandigheden tot een minimum te beperken, hebben de partijen de mogelijkheid om verbintenissen in te dienen waarbij wordt voorgesteld om die delen van een bestaand bedrijfsonderdeel af te splitsen die niet noodzakelijkerwijs hoeven te worden afgestoten. Onder die omstandigheden wordt een bestaand, zelfstandig functionerend bedrijfsonderdeel afgestoten, ook al kunnen de partijen — bij wijze van „omgekeerde afsplitsing" — de beperkte delen die zij willen behouden, afsplitsen.

36. In ieder geval kan de Commissie alleen instemmen met verbintenissen die de afsplitsing van een bedrijfsonderdeel vergen indien zij er zeker kan van zijn dat, ten minste op het tijdstip waarop het bedrijfsonderdeel aan de koper wordt overgedragen, een levensvatbaar, zelfstandig functionerend bedrijfsonderdeel wordt afgestoten en dat de door deze afsplitsing voor de levensvatbaarheid en het concurrentievermogen veroorzaakte risico's tot een minimum beperkt blijven. De partijen zorgen daarom ervoor dat, zoals in punt 113 nader wordt uiteengezet, de afsplitsing wordt ingezet in de interim-periode — de periode die loopt van het tijdstip waarop de Commissie haar beschikking geeft, tot de voltooiing van de afstoting (dus de juridische en feitelijke overdracht van het bedrijfsonderdeel aan de koper). Dit houdt dan ook in dat aan het eind van deze periode een levensvatbaar, zelfstandig functionerend bedrijfsonderdeel wordt afgestoten. Mocht dit niet mogelijk blijken of blijkt de afsplitsing bijzonder lastig te zijn, dan kunnen de partijen de Commissie de nodige zekerheid bieden door een oplossing met een *up-front*-koper, zoals die in punt 55 nader wordt uiteengezet.

Afstoting van activa, met name van merken en licenties

37. Een afstoting waarbij bepaalde activa die voordien geen uniform en levensvatbaar bedrijfsonderdeel vormden, samengaan, draagt risico's in zich wat betreft de levensvatbaarheid en het concurrentievermogen van het daaruit ontstane bedrijfsonderdeel. Dit is met name het geval wanneer het gaat om activa van meer dan één partij. Een dergelijke aanpak kan door de Commissie alleen worden geaccepteerd indien de levensvatbaarheid van het bedrijfsonderdeel is gegarandeerd, hoewel de activa voordien geen uniform bedrijfsonderdeel vormden. Dit kan het geval zijn wanneer de individuele activa reeds als een levensvatbaar en concurrerend bedrijfsonderdeel kunnen worden beschouwd ([1]). Evenzo kan, zij het alleen in uitzonderlijke gevallen, het pakket af te stoten activa uitsluitend bestaan uit merken en ondersteunende productie- en/of distributieactiva, hetgeen kan volstaan om de voorwaarden te creëren voor een daadwerkelijke mededinging ([2]). Onder dergelijke omstandigheden moet het pakket merken en activa voldoende zijn om de Commissie in staat te stellen te concluderen dat het daaruit ontstane bedrijfsonderdeel onmiddellijk levensvatbaar is wanneer het in de handen komt van een geschikte koper.

38. Afstotingen van een bedrijfsonderdeel lijken doorgaans te verkiezen boven het toekennen van licenties op intellectuele-eigendomsrechten, omdat het verlenen van een licentie meer onzekerheden inhoudt, de licentienemer niet de mogelijkheid biedt onmiddellijk op de markt te concurreren, een lopende relatie met de partijen vereist, hetgeen de licentiegever ook de kans biedt om de licentienemer in zijn

([1]) Beschikking van 26 juli 2000 in zaak COMP/M.1806 — AstraZeneca/Novartis; beschikking van 9 februari 2000 in zaak COMP/M.1628 — TotalFina/Elf, en beschikking van 14 november 1995 in zaak IV/M.603 — Crown Cork & Seal/CarnaudMetalbox.

([2]) Beschikking van 15 februari 2002 in zaak COMP/M.2544 — Masterfoods/Royal Canin; beschikking van 27 juli 2001 in zaak COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina; beschikking van 16 januari 1996 in zaak IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, en beschikking van 24 juni 2005 in zaak COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq.

concurrentiegedrag te beïnvloeden, en aanleiding kan geven tot geschillen tussen licentiegever en de licentienemer over het toepassingsbereik en de voorwaarden van de licentie. Daarom zal, wanneer de afstoting van een bedrijfsonderdeel haalbaar lijkt, het verlenen van een licentie doorgaans niet als een geschikte corrigerende maatregel worden beschouwd. Wanneer de mededingingsbezwaren voortvloeien uit de marktpositie voor dergelijke technologie of dergelijke intellectuele-eigendomsrechten, valt de afstoting van de technologie of de intellectuele-eigendomsrechten als corrigerende maatregel te verkiezen, omdat daarmee een blijvende band tussen de nieuw geconcentreerde onderneming en haar concurrenten wordt verbroken ([1]). Toch kan de Commissie licentieringsregelingen als alternatief voor een afstoting accepteren in gevallen waar de afstoting bijvoorbeeld doelmatig, lopend onderzoek zou dwarsbomen of waar een afstoting onmogelijk is door de aard van het bedrijfsonderdeel ([2]). Dankzij dergelijke licenties kan de licentienemer effectief met de partijen concurreren, op eenzelfde wijze als had er een afstoting plaatsgevonden. Normaal gesproken gaat het om exclusieve licenties zonder enige beperkingen voor de licentienemer wat betreft toepassingsbereik of geografisch werkingssfeer. Wanneer er mogelijk onzekerheid is ten aanzien van de omvang of de voorwaarden van de licentie, stoten de partijen de onderliggende intellectuele-eigendomsrechten af, maar kunnen zij een licentie wel terugkrijgen. Wanneer het onzeker is of de licentie effectief aan een geschikte licentienemer zal worden verleend, kunnen de partijen overwegen om een vooraf geselecteerde (*up-front*) licentienemer of een *fix-it-first*-oplossing voor te stellen, in lijn met de in punt 56 uiteengezette overwegingen, zodat de Commissie met de nodige zekerheid kan besluiten dat de corrigerende maatregel ten uitvoer zal worden gelegd ([3]).

Rebranding

39. In uitzonderlijke gevallen heeft de Commissie ingestemd met verbintenissen om een exclusieve, in de tijd beperkte licentie voor een merk te verlenen, om de licentienemer in staat te stellen het product in de geplande periode te rebranden. Na een eerste fase van de licentie van deze zogenaamde rebrandingverbintenissen verbinden de partijen zich in een tweede fase ertoe om ervan af te zien het merk op enigerlei wijze te gebruiken (*blackout*-fase). Doel van dergelijke verbintenissen is de licentienemer de kans te bieden de klanten van het gelicentieerde merk over te dragen naar zijn eigen merk, om zo een levensvatbare concurrent te creëren, zonder dat het gelicentieerde merk duurzaam wordt afgestoten.

40. Een corrigerende maatregel met rebranding houdt voor het herstel van een daadwerkelijke mededinging wezenlijk hogere risico's in dan een afstoting — ook de afstoting van een merk — aangezien er aanzienlijke onzekerheid is of de licentienemer erin zal slagen om zich op basis van het gerebrande product als een actieve concurrent in de markt te vestigen. Een corrigerende maatregel met rebranding kan acceptabel zijn in omstandigheden waarin het betrokken merk ruim wordt gebruikt en een hoog deel van de omzet daarvan afkomstig is van markten buiten die waarvoor de mededingingsbezwaren werden geconstateerd ([4]). Onder die omstandigheden wordt een corrigerende maatregel met rebranding zo afgebakend dat verzekerd is dat met het verlenen van de licentie de mededinging op de markt daadwerkelijk duurzaam wordt gehandhaafd en dat de licentienemer na de rebranding van de producten een daadwerkelijke concurrent is.

41. Aangezien het welslagen van verbintenissen tot rebranding in wezen gekoppeld is aan de levensvatbaarheid van het gelicentieerde merk dient het ontwerp van dit soort verbintenissen aan een aantal voorafgaande voorwaarden te voldoen. Ten eerste moet het over te dragen merk goed bekend zijn en sterk genoeg zijn om zowel de onmiddellijke levensvatbaarheid van het gelicentieerde merk als de economische overlevingskansen ervan in de periode van rebranding te garanderen. Ten tweede is, met het oog op de levensvatbaarheid van de corrigerende maatregel, misschien een deel van de activa met betrekking tot de productie of de distributie van de onder het gelicentieerde merk op de markt gebrachte producten of de overdracht van knowhow nodig ([5]). Ten derde is de licentie exclusief en normaal gesproken omvattend (zij mag dus niet beperkt blijven tot een reeks producten op een

([1]) Zie beschikking van 23 juli 2003 in zaak COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins; beschikking van 9 augustus 1999 in zaak IV/M.1378 — Hoechst/Rhône-Poulenc; beschikking van 1 december 1999 in zaak COMP/M.1601 — AlliedSignal/Honeywell, en beschikking van 3 mei 2000 in zaak COMP/M.1672 — Dow/UCC.

([2]) Beschikking van 30 oktober 2002 in zaak COMP/M.2949 — Finmeccanica/Alenia Telespazio; beschikking van 11 april 2005 in zaak COMP/M.3593 — Apollo/Bakelite (verbintenis betreffende licentie voor hittebestendige koolstofverbindingen). Voor zaken in de farmaceutische industrie, zie beschikking van 23 juli 2003 in zaak COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins en beschikking van 28 februari 1995 in zaak IV/M.555 — Glaxo/Wellcome.

([3]) Zie beschikking van 23 juli 2003 in zaak COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins.

([4]) Toch kan zelfs onder die omstandigheden de afstoting van het merk geschikter zijn, met name indien de daaruit resulterende splitsing van het eigendom van het merk tot de gebruikelijke praktijken in de sector behoort; zie voor de farmaceutische sector de beschikking van 19 november 2004 in zaak COMP/M.3544 — Bayer Healthcare/Roche (OTC), overweging 59 (over de afstoting van het merk Desenex).

([5]) Zie zaak COMP/M.3149 — Procter & Gamble/Wella, overweging 60; beschikking van 16 januari 1996 in zaak IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, overweging 236, punt i). Dit is met name van belang tijdens de licentieringsfase waarin de licentienemer de lancering van een nieuw, concurrerend merk moet voorbereiden. Dergelijke lancering van een nieuw merk lijkt niet doenbaar wanneer de koper aanzienlijke middelen moet inzetten voor productie, marketing en distributie van het gelicentieerde merk; zie beschikking van 27 juli 2001 in zaak COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, overwegingen 67 e.v., en beschikking van 8 januari 2002 in zaak COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, overweging 140.

specifieke markt) en omvat zij de intellectuele-eigendomsrechten, om te verzekeren dat klanten het gerebrande product als vertrouwd erkennen. De partijen mogen geen gelijksoortige woorden of tekens gebruiken die het effect van deze rebranding zouden kunnen aantasten ([1]). Ten vierde moeten, gelet op de specifieke kenmerken van de zaak, zowel de licentieperiode als de black-outperiode voldoende lang zijn, wil de corrigerende maatregel met rebranding gevolgen hebben welke met die van een afstoting te vergelijken zijn ([2]).

42. De identiteit van de kandidaat-licentienemer speelt een bepalende rol voor het welslagen van de verbintenis. Bestaat er onzekerheid dat er een aantal geschikte licentienemers beschikbaar is die de mogelijkheid en sterke prikkels hebben om de rebranding door te voeren, dan kunnen de partijen een *up-front*- of *fix-it-first*-oplossing voorstellen, in lijn met de in punt 53 uiteengezette overwegingen.

1.3. *Niet-wederovername-beding*

43. Om het structurele effect van een corrigerende maatregel te vrijwaren, dienen de verbintenissen erin te voorzien dat de nieuw geconcentreerde onderneming achteraf geen invloed ([3]) kan verwerven over een deel of het geheel van het af te stoten bedrijfsonderdeel. In de verbintenissen is normaal gesproken bepaald dat geen wezenlijke invloed mag worden verworven over een significante periode, doorgaans 10 jaar. De verbintenissen kunnen echter ook in een *waiver* voorzien waardoor de Commissie de partijen van deze verplichting kan ontheffen, indien zij nadien vaststelt dat de marktstructuur zodanig is veranderd dat het ontbreken van invloed over het af te stoten bedrijfsonderdeel niet langer noodzakelijk is om de concentratie met de gemeenschappelijke markt verenigbaar te kunnen verklaren. Zelfs indien er geen dergelijk uitdrukkelijk beding is, zou een wederovername van het bedrijfsonderdeel een schending zijn van een impliciete verplichting voor de partijen uit hoofde van de verbintenissen, omdat dit ten koste zou gaan van de effectiviteit van de corrigerende maatregelen.

1.4. *Alternatieve afstotingsverbintenissen: kroonjuwelen*

44. In bepaalde gevallen kan de tenuitvoerlegging van de afstotingsoptie waaraan de partijen de voorkeur geven (de verkoop van een levensvatbaar bedrijfsonderdeel waarmee de mededingingsproblemen worden verholpen), met onzekerheid zijn omgeven, bijvoorbeeld omdat er derden zijn die voorkeursrechten kunnen doen gelden of omdat er onzekerheid heerst ten aanzien van de overdraagbaarheid van essentiële contracten, intellectuele-eigendomsrechten, of onzekerheid dat wel een geschikte koper wordt gevonden. Niettemin kunnen de partijen de mening zijn toegedaan dat zij in staat zullen zijn voor het desbetreffende bedrijfsonderdeel binnen een zeer kort tijdsbestek een geschikte koper te vinden.

45. Onder dergelijke omstandigheden mag de Commissie echter niet het risico nemen dat een daadwerkelijke mededinging uiteindelijk toch niet wordt gehandhaafd. Bijgevolg zal de Commissie dergelijke verbintenissen tot afstoting alleen accepteren op de volgende voorwaarden: a) wanneer er onzekerheid heerst, is het eerste voorstel tot afstoting in de verbintenissen de afstoting van een levensvatbaar bedrijfsonderdeel, en b) de partijen stellen een tweede alternatieve afstoting voor die zij ten uitvoer zouden moeten leggen indien zij niet erin slagen de eerste verbintenis ten uitvoer te leggen binnen het voor de eerste afstoting bepaalde tijdschema ([4]). Een dergelijke alternatieve verbintenis is in de regel een „kroonjuweel" ([5]) (deze is dus ten minste even geschikt als de eerst voorgestelde afstoting hetgeen inhoudt dat door de tenuitvoerlegging ervan een levensvatbare concurrent ontstaat), zij mag onzekerheden inhouden op het punt van de tenuitvoerlegging ervan en is uitvoerbaar om te vermijden dat de totale periode voor tenuitvoerlegging langer duurt dan hetgeen in de omstandigheden van de betrokken markt normaal gesproken als acceptabel zou gelden. Om de risico's tijdens deze interimperiode te beperken, is het van onmisbaar belang dat tussentijdse instandhoudings- en scheidingsmaatregelen gelden voor alle activa die in de beide alternatieven voor afstoting voorkomen. Voorts dient de verbintenis duidelijke criteria en een strak tijdschema te omvatten wat betreft de wijze en het tijdstip waarop de alternatieve verplichting tot afstoting van kracht wordt; de Commissie kan voor de tenuitvoerlegging daarvan kortere periodes eisen.

([1]) Beschikking van 30 juli 2003 in zaak COMP/M.3149 — Procter & Gamble/Wella, overweging 61; beschikking van 27 juli 2001 in zaak COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, overwegingen 68; beschikking van 8 januari 2002 in zaak COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, overweging 141, en beschikking van 16 januari 1996 in zaak IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, overweging 236, punt ii).

([2]) Voor een voorbeeld waarbij de levenscyclus van producten in aanmerking wordt genomen, cf. beschikking van 8 januari 2002 in zaak COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, overweging 141, waar de looptijd van de verbintenis daadwerkelijk een periode bestreek die overeenstemde met ongeveer drie levenscycli van producten; bevestigd bij arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-119/02, Royal Philips Electronics NV/Commissie, Jurispr. 2003, blz. II-1433, punten 112 e.v.

([3]) Invloed van de vorige eigenaar van het bedrijfsonderdeel op het concurrentiegedrag van het af te stoten bedrijfsonderdeel, hetgeen de doelstelling van de corrigerende maatregel dreigt te doorkruisen.

([4]) Zie arrest-General Electric, reeds aangehaald, punt 617, en beschikking van 8 april 1999 in zaak COMP/M.1453 — AXA/GRE.

([5]) Als alternatief kan gelden een volledig ander bedrijfsonderdeel of, ingeval niet zeker is dat een geschikte koper wordt gevonden, verdere bedrijfsonderdelen en activa die bij het initiële pakket worden gevoegd.

46. Ingeval er onzekerheid bestaat ten aanzien van de tenuitvoerlegging van de afstoting door rechten van een derde partij of over het vinden van een geschikte koper, kunnen verbintenissen inzake kroonjuwelen en *up-front*-kopers zoals die in punt 54 aan bod komen, diezelfde bezwaren wegnemen en kunnen de partijen dan ook tussen beide structuren kiezen.

1.5. *Overdracht aan een geschikte koper*

47. Het beoogde effect van de afstoting wordt alleen verkregen indien het bedrijfsonderdeel wordt overgedragen aan een geschikte koper in wiens handen het een actieve concurrentiefactor op de markt wordt. Het aantrekkingspotentieel van een bedrijfsonderdeel op een geschikte koper, is bijgevolg een factor waaraan de Commissie veel belang hecht wanneer zij de aangeboden verbintenis op haar geschiktheid beoordeelt ([1]). Om ervoor te zorgen dat het bedrijfsonderdeel aan een geschikte koper wordt afgestoten, dienen de verbintenissen criteria te omvatten om de geschiktheid van de koper te bepalen, zodat de Commissie aan de hand daarvan kan concluderen dat dankzij afstoting van het bedrijfsonderdeel aan die koper de geconstateerde mededingingsbezwaren waarschijnlijk worden weggenomen.

a) Geschiktheid van een koper

48. Een koper voldoet aan de volgende standaardeisen (hierna „het kopersprofiel" genoemd):

— de koper is onafhankelijk van en heeft geen banden met de partijen;

— de koper beschikt over de financiële middelen, bewezen relevante deskundigheid, en heeft de prikkels en de mogelijkheid om het af te stoten bedrijfsonderdeel in stand te houden en te ontwikkelen als een levensvatbare en actieve concurrentiefactor voor de partijen en andere concurrenten; en

— de verwerving van het bedrijfsonderdeel door een beoogde koper mag niet het risico in zich dragen dat nieuwe mededingingsproblemen ontstaan, noch dat de tenuitvoerlegging van de verbintenissen wordt vertraagd. Daarom mag van de kandidaat-koper redelijkerwijs worden verwacht dat deze van de betrokken toezichthouders voor de verwerving van het af te stoten bedrijfsonderdeel alle nodige toestemmingen krijgt.

49. Het kopersprofiel kan van geval tot geval worden aangevuld. Een voorbeeld is het vereiste dat de koper, in voorkomend geval, uit de industrie komt in plaats van uit de financiële sector ([2]). De verbintenissen bevatten doorgaans een dergelijke clausule waarmee, door de specifieke omstandigheden van de zaak, een financiële koper misschien niet de mogelijkheid noch de prikkels heeft om het bedrijfsonderdeel uit te bouwen tot een levensbare en concurrerende kracht op de markt, zelfs indien deze de nodige managementsexpertise kan aantrekken (bv. door managers in dienst te nemen die in de betrokken sector ervaring hebben), en daarom zou de overname door een financiële koper de mededingingsbezwaren niet met voldoende zekerheid kunnen wegnemen.

b) Het vinden van een geschikte koper

50. Over het algemeen zijn er drie methoden om ervoor te zorgen dat het overgedragen bedrijfsonderdeel een geschikte koper vindt. Ten eerste wordt het bedrijfsonderdeel binnen een vaste termijn na het geven van de beschikking overgedragen aan een koper die door de Commissie wordt goedgekeurd op basis van het kopersprofiel. Ten tweede wordt, naast de voorwaarden uit de eerste categorie, in de verbintenissen bepaald dat de partijen de aangemelde transactie niet tot stand mogen brengen vooraleer zij met een door de goedgekeurde koper voor het bedrijfsonderdeel een bindende overeenkomst zijn aangegaan (de zgn. *up-front*-koper). Ten derde vinden de partijen een koper voor het bedrijfsonderdeel en sluiten zij nog tijdens de procedure voor de Commissie een bindende overeenkomst ([3]) (de zgn. *fix-it-first* corrigerende maatregel ([4])). Het belangrijkste verschil tussen deze twee laatste opties is dat in het geval van een *up-front*-koper de identiteit van de koper niet aan de Commissie bekend is voordat zij haar goedkeuringsbeschikking geeft.

51. Welke categorie wordt gekozen, hangt af van de risico's die aan de zaak zijn verbonden, en dus van de maatregelen die de Commissie in staat stellen om met de nodige zekerheid te concluderen dat de verbintenis ten uitvoer zal worden gelegd. Een en ander hangt af van de aard en de omvang van het af te stoten bedrijfsonderdeel, de risico's op waardeverlies van het bedrijfsonderdeel tijdens de interimperiode tot aan de afstoting, en eventuele onzekerheden die aan de overdracht en de tenuitvoerlegging daarvan verbonden zijn, met name de risico's van het vinden van een geschikte koper.

([1]) Beschikking van 18 november 1997 in zaak IV/M.942 — Siemens/Elektrowatt.

([2]) Zie beschikking van 8 januari 2002 in zaak COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, die erin voorzien dat de licentienemer moet beschikken over een eigen handelsmerk dat in de betrokken sector wordt gebruikt. Op bepaalde markten is mogelijk een voldoende mate van herkenbaarheid door klanten vereist, wil een koper het af te stoten bedrijfsonderdeel tot een concurrentiefactor op de markt kunnen ombouwen.

([3]) De overdracht van het bedrijfsonderdeel kan ten uitvoer worden gelegd nadat de Commissie haar beschikking heeft gegeven.

([4]) Deze terminologie kan in andere jurisdicties in een andere betekenis worden gebruikt.

1. Verkoop van het af te stoten bedrijfsonderdeel binnen een vaste termijn na de beschikking

52. In de eerste categorie kunnen de partijen op basis van het kopersprofiel het af te stoten bedrijfsonderdeel verkopen binnen een vaste termijn nadat de beschikking is gegeven. Deze procedure is waarschijnlijk in het merendeel van de zaken geschikt, mits er voor een levensvatbaar bedrijfsonderdeel een aantal kopers in beeld komt en er geen specifieke kwesties zijn die de afstoting compliceren of daaraan in de weg staan. Wanneer de koper over speciale kwalificaties moet beschikken, kan deze procedure geschikt zijn indien er voldoende, belangstellende kandidaat-kopers voorhanden zijn die beantwoorden aan het specifieke kopersprofiel dat in dit soort zaken in de verbintenis wordt opgenomen. Onder die omstandigheden is de Commissie misschien in staat te concluderen dat de afstoting ten uitvoer wordt gelegd en dat er geen redenen zijn om de totstandbrenging van de aangemelde concentratie op te schorten nadat de Commissie haar beschikking heeft gegeven.

2. *Up-front*-koper

53. Er zijn zaken waarin de Commissie alleen wanneer een *up-front*-koper wordt voorgesteld, met de nodige zekerheid kan concluderen dat het bedrijfsonderdeel daadwerkelijk aan een geschikte koper wordt afgestoten. Daarom dienen de partijen in de verbintenissen toe te zeggen dat zij de aangemelde transactie niet tot stand zullen brengen vooraleer zij met een door de Commissie goedgekeurde koper voor het af te stoten bedrijfsonderdeel een bindende overeenkomst zijn aangegaan ([1]).

54. Ten eerste gaat het hier om zaken waar er aanzienlijke hinderpalen zijn voor een afstoting, zoals rechten van derden, of onzekerheden om een geschikte koper te vinden ([2]). In dergelijke zaken kan de Commissie, wanneer er een *up-front*-koper is, met de nodige zekerheid concluderen dat de verbintenissen ten uitvoer zullen worden gelegd, aangezien dergelijke verbintenissen de partijen sterkere prikkels geven om de afstotingsprocedure af te ronden zodat ze in staat zijn hun eigen concentratie tot stand te brengen. Onder deze omstandigheden kunnen de partijen, zoals in punt 46 werd uiteengezet, kiezen tussen het voorstellen van een *up-front*-koper en een alternatieve verbintenis tot afstoting.

55. Ten tweede is een *up-front*-koper misschien nodig in zaken die aanzienlijke risico's opleveren voor de instandhouding van de concurrentiepositie en de verkoopbaarheid van het af te stoten bedrijfsonderdeel in de interim-periode tot aan de eigenlijke afstoting. Deze categorie omvat zaken waar de risico's op waardeverlies van het af te stoten bedrijfsonderdeel hoog lijken te zijn, met name door het risico op verlies van medewerkers die voor het bedrijfsonderdeel van cruciaal belang zijn, of waar de risico's in de tussenperiode toenemen omdat de partijen niet in staat zijn het afsplitsingsproces in de interimperiode door te voeren, maar waar de afsplitsing pas kan plaatsvinden nadat met een koper een koop-/verkoopovereenkomst is gesloten. Het vereiste van een *up-front*-koper kan, gezien de sterkere prikkels voor de partijen om de afstotingsprocedure af te ronden zodat zij hun eigen concentratie tot stand kunnen brengen, de overdracht van het af te stoten bedrijfsonderdeel zozeer bespoedigen dat de Commissie dankzij deze verbintenissen met de nodige zekerheid kan concluderen dat die risico's beperkt zijn en dat de afstoting effectief ten uitvoer zal worden gelegd ([3]).

3. *Fix-it-first* corrigerende maatregel

56. Bij de derde categorie gaat het om zaken waar de partijen tijdens de procedure voor de Commissie een koper vinden en met hem een juridisch bindende overeenkomst aangaan, waarin de belangrijkste punten van de verkoop zijn geschetst ([4]). De Commissie kan in de eindbeschikking uitmaken of met de overdracht van het af te stoten bedrijfsonderdeel aan de gevonden koper de mededingingsbezwaren worden weggenomen. Wanneer de Commissie de aangemelde concentratie goedkeurt, is voor de goedkeuring van de koper geen verder besluit van de Commissie nodig en kan de afronding van de verkoop van het af te stoten bedrijfsonderdeel kort nadien plaatsvinden.

57. De Commissie verwelkomt *fix-it-first* corrigerende maatregelen met name in gevallen waarin de identiteit van de koper van cruciaal belang is voor de effectiviteit van de voorgestelde corrigerende maatregelen. Dit betreft zaken waar, gezien de omstandigheden, slechts zeer weinig kandidaat-kopers als geschikt kunnen gelden, met name omdat het af te stoten bedrijfsonderdeel geen op zich levensvatbaar

([1]) Beschikking van 19 juli 2006 van zaak COMP/M.3796 — Omya/Huber PCC; beschikking van 23 juli 2003 in zaak COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins; beschikking van 13 december 2000 in zaak COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth; beschikking van 27 juli 2001 in zaak COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina; beschikking van 15 februari 2002 in zaak COMP/M.2544 — Masterfoods/Royal Canin, en beschikking van 11 juni 2003 in zaak COMP/M.2947 — Verbund/Energie Allianz.

([2]) Zie beschikking van 13 december 2000 in zaak COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, overweging 92.

([3]) Zie beschikking van 13 december 2000 in zaak COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, overweging 95.

([4]) Dergelijke overeenkomsten zijn normaal gesproken voorwaardelijk totdat de Commissie haar eindbeschikking heeft gegeven en de betrokken corrigerende maatregel daarin aanvaardt.

bedrijfsonderdeel is, maar waarvan de levensvatbaarheid alleen door specifieke activa van de koper is verzekerd, of waar de koper specifieke kenmerken moet vertonen, wil de corrigerende maatregel de mededingingsbezwaren kunnen wegnemen ([1]). Wanneer de partijen ervoor kiezen om tijdens de procedure bij wege van *fix-it-first*-oplossing een bindende overeenkomst met een geschikte koper aan te gaan, kan de Commissie in die omstandigheden met de nodige zekerheid concluderen dat de verbintenissen ten uitvoer zullen worden gezegd dankzij een verkoop aan een geschikte koper. Onder die omstandigheden wordt een oplossing met een *up-front*-koper die een specifiek kopersprofiel omvat, doorgaans als gelijkwaardig en acceptabel beschouwd.

2. **Verbreken van banden met concurrenten**

58. Verbintenissen tot afstoting kunnen ook worden gebruikt om banden tussen de partijen en concurrenten te verbreken in zaken waar deze banden bijdragen aan de mededingingsbezwaren die de concentratie doet rijzen. Misschien is het nodig een minderheidsbelang in een gemeenschappelijke onderneming af te stoten, om zo een structurele band met een belangrijke concurrent ([2]) te verbreken; hetzelfde kan ook gelden voor de afstoting van een minderheidsbelang in een concurrent ([3]).

59. Hoewel de afstoting van dergelijke belangen de oplossing is die de voorkeur verdient, kan de Commissie bij wijze van uitzondering ook instemmen met het afstand doen van de rechten die verbonden zijn aan een minderheidsbelang in een concurrent wanneer, gezien de specifieke omstandigheden van de zaak, valt uit te sluiten dat de financiële voordelen die uit het minderheidsbelang in een concurrent voortvloeien, op zich mededingingsbezwaren doen rijzen ([4]). Onder dergelijke omstandigheden zien de partijen af van alle aan een dergelijk belang verbonden rechten die relevant zijn wat hun concurrentiegedragingen betreft, zoals vertegenwoordigingen in de raad van bestuur, vetorechten, maar ook rechten op informatie ([5]). De Commissie kan alleen instemmen met het verbreken van de banden met een concurrent indien volledig en duurzaam van deze rechten wordt afgezien ([6]).

60. Wanneer de mededingingsbezwaren veroorzaakt worden door overeenkomsten met ondernemingen die dezelfde producten leveren of dezelfde diensten aanbieden, kan een geschikte corrigerende maatregel erin bestaan dat de betrokken overeenkomst wordt stopgezet, zoals distributieovereenkomsten met concurrenten ([7]) of overeenkomsten die resulteren in coördinatie van bepaalde commerciële gedragingen ([8]). Toch worden met de stopzetting van een distributieovereenkomst alleen de mededingingsbezwaren weggenomen indien de zekerheid bestaat dat het product van een concurrent ook in de toekomst zal worden gedistribueerd en daadwerkelijk concurrentiedruk op de partijen zal uitoefenen.

3. **Andere corrigerende maatregelen**

61. Afstotingen of het verbreken van banden met concurrenten krijgen weliswaar de voorkeur, maar toch zijn dit niet de enig mogelijke corrigerende maatregelen om bepaalde mededingingsbezwaren weg te nemen. Afstotingen blijven echter wel de toetssteen om andere corrigerende maatregelen op hun effectiviteit en doelmatigheid te beoordelen. Daarom kan de Commissie ook instemmen met andere soorten corrigerende maatregelen, doch alleen in omstandigheden waarin het andere voorstel van corrigerende maatregel, wat effecten betreft, ten minste gelijkwaardig is aan een afstoting ([9]).

([1]) Zie beschikking van 20 april 2006 in zaak COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring, waar bepaalde sites en frequenties voor mobiele telefonie, die op zich geen levensvatbaar bedrijfsonderdeel vormen, alleen konden worden afgestoten naar een concurrent van wie kon worden verwacht dat hij een op de markt een vergelijkbare rol zou spelen als tele.ring; beschikking van 4 juli 2006 in zaak COMP/M.4000 — Inco/Falconbridge, waar het bedrijfsonderdeel nikkelverwerking alleen kon worden afgestoten aan een concurrent die verticaal was geïntegreerd met de levering van nikkel; beschikking van 12 december 2006 in zaak COMP/M.4187 — Metso/Aker Kvaerner, waar slechts één koper geschikt was voor de acquisitie van de af te stoten bedrijfsonderdelen, omdat deze als enige over de nodige knowhow en de nodige aanwezigheid op aangrenzende markten beschikte; beschikking van 26 oktober 2004 in zaak COMP/M.3436 — Continental/Phoenix, waar alleen de partner in de gemeenschappelijke onderneming op distributiegebied in staat was om het af te stoten bedrijfsonderdeel levensvatbaar te maken, en beschikking van 5 december 2003 in zaak COMP/M.3136 — GE/AGFA.

([2]) Beschikking van 3 december 1997 in zaak IV/M.942 — VEBA/Degussa.

([3]) Beschikking van 13 juli 2005 in zaak COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech, overwegingen 491, 493 e.v.

([4]) Zie beschikking van 13 juli 2005 in zaak COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech, overwegingen 327 e.v., waar de gevolgen van het minderheidsbelang op financieel gebied konden worden uitgesloten aangezien een put-optie voor de verkoop van dit belang reeds was uitgeoefend.

([5]) Beschikking van 19 september 2006 in zaak COMP/M.4187 — Toshiba/Westinghouse.

([6]) Zie beschikking van 9 december 2004 in zaak COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, overwegingen 648 e.v., 672.

([7]) Voor de stopzetting van distributieovereenkomsten, zie de beschikking van 24 juni 2005 in zaak COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq; beschikking van 3 maart 2005 in zaak COMP/M.3658 — Orkla/Chips.

([8]) Zie met name in de sector van het zeevervoer beschikking van 29 juli 2005 in zaak COMP/M.3829 — Maersk/PONL en beschikking van 12 oktober 2005 in zaak COMP/M.3863 — TUI/CP Ships. In die zaken verbonden de partijen zich tot terugtrekking uit bepaalde lijnvaartconferenties en -consortia.

([9]) Beschikking van 28 april 2005 in zaak COMP/M.3680 — Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio, waar een afstoting niet mogelijk was.

Corrigerende maatregelen op het gebied van toegang

62. In een aantal gevallen heeft de Commissie ingestemd met corrigerende maatregelen waarbij toegang werd verleend tot cruciale infrastructuur, netwerken, cruciale technologie (zoals octrooien, knowhow of andere intellectuele-eigendomsrechten) en onmisbare grondstoffen. Normaal gesproken verlenen de partijen dergelijke toegang aan derden op niet-discriminerende en transparante basis.

63. Verbintenissen waarbij tot infrastructuur en netwerken toegang wordt verleend, kunnen worden ingediend om markttoetreding van concurrenten te faciliëren. Dit soort verbintenissen kan voor de Commissie acceptabel zijn in omstandigheden waarin afdoende duidelijk is dat er daadwerkelijke toetreding van nieuwe concurrenten zal plaatsvinden, waardoor alle significante belemmeringen voor een daadwerkelijke mededinging worden uitgeschakeld ([1]). Andere voorbeelden van verbintenissen waarbij toegang werd verleend, zijn verbintenissen waarbij toegang werd verleend tot betaaltelevisieplatforms ([2]) en tot energie via programma's voor het vrijgeven van volumes gas ([3]). Vaak worden toegangsdrempels niet voldoende afgebouwd door individuele maatregelen, maar wel door een pakket bestaande uit een combinatie van corrigerende maatregelen met afstotingen en verbintenissen om toegang te verlenen, of door een pakket verbintenissen dat de algemene toegang van concurrenten door een hele reeks uiteenlopende maatregelen bevordert. Wanneer die verbintenissen daadwerkelijk ervoor zorgen dat voldoende nieuwe concurrenten tijdig en waarschijnlijk zullen toetreden, kunnen deze gelden als maatregelen waarvan het effect op de mededinging op de markt vergelijkbaar is met dat van een afstoting. Wanneer niet valt uit te sluiten dat, wanneer door de voorgestelde verbintenissen de toetredingsdrempels worden verlaagd, te verwachten valt dat nieuwe concurrenten de markt betreden, zal de Commissie een dergelijk pakket corrigerende maatregelen verwerpen ([4]).

64. Verbintenissen waarbij op niet-discriminerende wijze toegang wordt verleend tot infrastructuur of netwerken van de fuserende partijen, kunnen ook worden ingediend om ervoor te zorgen dat de mededinging niet, als gevolg van afscherming, op significante wijze wordt belemmerd. Eerdere beschikkingen van de Commissie bevatten verbintenissen om toegang te verlenen tot pijpleidingen ([5]) en tot telecommunicatie- of vergelijkbare netwerken ([6]). De Commissie kan met dergelijke verbintenissen alleen instemmen indien kan worden geconcludeerd dat deze verbintenissen effectief zullen zijn en dat concurrenten er waarschijnlijk van zullen gebruikmaken, zodat de bezwaren wat betreft marktafscherming kunnen worden weggenomen. In specifieke zaken kan het dienstig zijn een dergelijke verbintenis te koppelen aan een verbintenis met een *up-front*-koper of een *fix-it-first*-oplossing, wil de Commissie met de nodige zekerheid kunnen concluderen dat de verbintenis ten uitvoer zal worden gelegd ([7]).

65. Evenzo kan de controle over cruciale technologie of intellectuele-eigendomsrechten bezwaren doen rijzen dat concurrenten die van deze technologie of intellectuele-eigendomsrechten afhankelijk zijn, worden afgeschermd van input die onmisbaar is voor hun activiteiten op een downstreammarkt. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om zaken waar mededingingsbezwaren rijzen doordat de partijen informatie achterhouden die voor de interoperabiliteit van verschillende apparatuur noodzakelijk is. Onder die omstandigheden kunnen verbintenissen om concurrenten toegang te verlenen tot de noodzakelijke informatie, de mededingingsbezwaren wegnemen ([8]). Evenzo kunnen in sectoren waar spelers doorgaans samenwerken door elkaar octrooilicenties te verlenen, bezwaren dat de nieuw geconcentreerde onderneming niet langer de prikkels krijgt om in dezelfde mate en op dezelfde voorwaarden als voordien licenties te verlenen, worden weggenomen door verbintenissen om ook in de toekomst op

([1]) Zie arrest-easyJet Airline, reeds aangehaald, punten 197 e.v.

([2]) Zie beschikking van 2 april 2003 in zaak COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù, overwegingen 225 e.v., waar het pakket verbintenissen ook toegang van concurrenten tot alle cruciale onderdelen van een betaaltelevisienetwerk omvatte, zoals 1. toegang tot de nodige content, 2. toegang tot het technische platform, en 3. toegang tot de noodzakelijke technische diensten. Evenzo heeft de Commissie in haar beschikking van 21 maart 2000 in zaak COMP/JV.37 — BskyB/Kirch Pay TV, die werd bevestigd door het arrest-ARD, reeds aangehaald, ingestemd met een pakket verbintenissen waardoor andere exploitanten uitgebreide toegang konden krijgen tot de betaaltelevisiemarkt.

([3]) Zie beschikking van 21 december 2005 in zaak COMP/M.3696 — E.ON/MOL; beschikking van 14 maart 2006 in zaak COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2.

([4]) In concentraties in de luchtvaartsector, is een loutere vermindering van het aantal toetredingsdrempels door een verbintenis van de partijen om slots op specifieke luchthavens aan te bieden, misschien niet altijd voldoende om ervoor te zorgen dat op de routes waar mededingingsproblemen rijzen, nieuwe concurrenten toetreden en de corrigerende maatregel, wat de effecten ervan betreft, gelijkwaardig is aan een afstoting.

([5]) Beschikking van 20 december 2001 in zaak COMP/M.2533 — BP/E.ON (toegang tot pijpleidingen, naast afstoting van aandelen in een pijpleidingmaatschappij), en beschikking van 20 december 2001 in zaak COMP/M.2389 — Shell/DEA (toegang tot een invoerterminal voor ethyleen).

([6]) Voor toegang tot telecomnetwerken, zie beschikking van 10 juli 2002 in zaak COMP/M.2803 — Telia/Sonera; beschikking van 13 oktober 1999 in zaak IV/M.1439 — Telia/Telenor; beschikking van 12 april 2000 in zaak COMP/M.1795 — Vodafone/Mannesmann. Zie ook beschikking van 30 april 2003 in zaak COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, waar de Commissie instemde met een pakket verbintenissen waarbij derden toegang werd verleend tot een telematicanetwerk en waarbij de toegangsdrempels werden verlaagd door derden toe te staan door de partijen verschafte delen te gebruiken van een voor heffing van wegentol ontworpen telematicatoestel (*Maut*).

([7]) Zie het „kwalitatieve moratorium" in beschikking van 30 april 2003 in zaak COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, overweging 76.

([8]) Beschikking van 2 september 2003 in zaak COMP/M.3083 — GE/Instrumentarium, en beschikking van 30 april 2003 in zaak COMP/M.2861 — Siemens/Drägerwerk/JV.

dezelfde basis licenties te verlenen ([1]). In dergelijke gevallen zouden de verbintenissen moeten voorzien in niet-exclusieve licenties of het op niet-exclusieve basis vrijgeven van informatie aan alle derden die voor hun activiteiten van de intellectuele-eigendomsrechten of gegevens afhankelijk zijn. Voorts dient te worden gegarandeerd dat door de voorwaarden waarop de licenties worden verleend, de effectieve tenuitvoerlegging van een dergelijke corrigerende maatregel voor licenties niet wordt belemmerd. Indien er op de betrokken markt geen duidelijk geconstateerde voorwaarden voor de verlening van licenties bestaan, dienen de voorwaarden, daaronder begrepen de prijszetting, duidelijk uit de verbintenissen (bv. door formules voor prijszetting) te blijken. Een alternatieve oplossing kan zijn dat met licenties, vrij van royalty's, wordt gewerkt. Voorts kan, afhankelijk van de zaak, de licentieverlener via licentiering ook gevoelige informatie in handen krijgen over het concurrentiegedrag van de licentienemers die als concurrenten op de downstreammarkt actief zijn, bijvoorbeeld doordat het aantal op de downstreammarkt gebruikte licenties wordt doorgegeven. In dergelijke gevallen moeten de verbintenissen dergelijke vertrouwelijkheidsproblemen uitsluiten, wil de corrigerende maatregel als geschikt kunnen gelden. Over het algemeen stemt de Commissie, zoals in het voorgaande punt werd uiteengezet, alleen met dergelijke verbintenissen in wanneer kan worden geconcludeerd dat zij zullen functioneren en dat concurrenten er waarschijnlijk zullen van gebruikmaken.

66. Verbintenissen waarbij toegang wordt verleend, zijn vaak complex van aard en omvatten noodzakelijkerwijs algemene bepalingen voor het vaststellen van de voorwaarden waarop toegang wordt verleend. Om dergelijke verbintenissen effectief te maken, dienen zij de procedurele vereisten te bevatten die benodigd zijn om daarop toezicht te kunnen houden, zoals het vereiste van een gescheiden boekhouding voor de infrastructuur, zodat de desbetreffende kosten kunnen worden onderzocht ([2]), en passende toezichtsinstrumenten. In de regel dient dergelijk toezicht te worden uitgevoerd door de marktdeelnemers zelf, bijvoorbeeld door de onderneming die voordeel willen halen bij de verbintenissen. Maatregelen waardoor derden zelf de verbintenissen kunnen afdwingen, zijn met name toegang tot een mechanisme voor snelle geschillenbeslechting via arbitrageprocedures (samen met trustees) ([3]) of via arbitrageprocedures waarbij nationale toezichthouders betrokken zijn, voor zover die voor de betrokken markten bestaan ([4]). Wanneer de Commissie kan concluderen dat dankzij de in verbintenissen uitgewerkte mechanismen de marktdeelnemers deze verbintenissen zelf tijdig en effectief kunnen doen naleven, is er geen permanent toezicht van de Commissie op de nakoming van de verbintenissen vereist. In dergelijke zaken zou de Commissie alleen hoeven in te grijpen wanneer de partijen zich niet houden aan de oplossingen die via deze mechanismen voor geschillenbeslechting worden gevonden ([5]). Toch kan de Commissie dergelijke verbintenissen alleen accepteren wanneer de complexiteit ervan van bij de aanvang geen risico inhoudt voor de effectieve tenuitvoerlegging ervan én wanneer de voorgestelde toezichtsinstrumenten de garantie bieden dat die verbintenissen effectief ten uitvoer zullen worden gelegd en dat het mechanisme om deze te doen naleven, snel resultaten oplevert ([6]).

Aanpassing langlopende exclusieve contracten

67. De uit een voorgenomen concentratie voortvloeiende verandering in de marktstructuur kan ten gevolge hebben dat bestaande contractuele regelingen nadelig zijn voor een daadwerkelijke mededinging. Dit is met name het geval bij langlopende exclusieve leveringsovereenkomsten, indien daarmee upstream de input voor concurrenten of downstream hun toegang tot afnemers wordt afgeschermd. Wanneer de nieuw geconcentreerde onderneming de mogelijkheden en de prikkels heeft om de markt op die wijze voor haar concurrenten af te schermen, kunnen de afschermingseffecten die uit bestaande exclusieve overeenkomsten resulteren, ertoe bijdragen dat een daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd ([7]).

68. Onder dergelijke omstandigheden kan de stopzetting of aanpassing van bestaande exclusieve overeenkomsten als geschikt gelden om de mededingingsbezwaren weg te nemen ([8]). Toch moet de

([1]) Zie beschikking van 19 mei 2006 in zaak COMP/M.3998 — Axalto/Gemplus.
([2]) Zie bv. de beschikking van 10 juli 2002 in zaak COMP/M.2803 — Telia/Sonera; beschikking van 30 april 2003 in zaak COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV.
([3]) Wat betreft de gevolgen van arbitrageclausules, zie arrest-ARD, reeds aangehaald, punten 212, 295, 352, en arrest-easyJet Airline, reeds aangehaald, punt 186.
([4]) Zie zaak COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù; zaak COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring.
([5]) Arrest-ARD, reeds aangehaald, de punten 212, 295, 352.
([6]) Zie arrest-EDP, reeds aangehaald, punten 102 e.v., en arrest-easyJet Airline, reeds aangehaald, punt 188 e.v.
([7]) Zie de mededeling van de Commissie „Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen" (beschikbaar onder: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/notices_on_substance.html#remedies); beschikking van 11 februari 1998 in zaak IV/M.986 — AGFA Gevaert/DuPont.
([8]) Beschikking van 2 april 2003 in zaak COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù, overwegingen 225 e.v., waarbij aanbieders van televisiecontent eenzijdige opzegrechten kregen, het toepassingsbereik van exclusiviteitsbedingen werd beperkt en de looptijd van toekomstige exclusieve overeenkomsten voor de levering van content werd beperkt; beschikking van 17 december 2002 in zaak COMP/M.2822 — ENI/EnBW/GVS, waar alle lokale gasdistributeurs het recht kregen langlopende gasleveringsovereenkomsten vervroegd op te zeggen; beschikking van 28 oktober 1999 in zaak IV/M.1571 — New Holland; beschikking van 19 april 1999 in zaak IV/M.1467 — Rohm and Haas/Morton.

Commissie aan de hand van het beschikbare bewijsmateriaal duidelijk kunnen bepalen dat de exclusiviteit niet in de feiten gehandhaafd blijft. Voorts is dergelijke aanpassing van langlopende overeenkomsten doorgaans alleen voldoende als onderdeel van een pakket corrigerende maatregelen die de geconstateerde mededingingsbezwaren moeten verwijderen.

Corrigerende maatregelen, andere dan afstotingen

69. Zoals in punt 17 werd aangegeven, nemen niet-structurele corrigerende maatregelen zoals beloften van de partijen om zich te onthouden van bepaalde commerciële gedragingen (bv. het bundelen van producten), doorgaans niet de mededingingsbezwaren weg die uit horizontale overlappingen resulteren. In ieder geval is het misschien moeilijk de vereiste mate van effectiviteit van een dergelijke corrigerende maatregel te behalen, doordat het ontbreekt aan effectief toezicht op de tenuitvoerlegging ervan, zoals reeds in de punten 13 en verder werd uiteengezet ([1]). Het valt voor de Commissie immers onmogelijk na te gaan of de verbintenis werd nageleefd en zelfs andere marktdeelnemers, zoals concurrenten, kunnen misschien helemaal niet of niet met de nodige zekerheid uitmaken of de partijen in de praktijk de voorwaarden van de verbintenis nakomen. Voorts hebben concurrenten misschien ook niet de prikkel om de Commissie te waarschuwen omdat zij niet direct baat hebben bij de verbintenissen. Daarom kan de Commissie corrigerende maatregelen, andere dan afstotingen, zoals beloften op gebied van gedrag, alleen uitzonderlijk in specifieke omstandigheden onderzoeken, zoals ten aanzien van mededingingsbezwaren die resulteren uit conglomeraatsstructuren ([2]).

Termijn voor corrigerende maatregelen, andere dan afstotingen

70. De Commissie kan instemmen met corrigerende maatregelen, andere dan afstotingen, die in de tijd beperkt zijn. Of een dergelijke beperking in de tijd en of de duur van die looptijd aanvaardbaar is, hangt af van de individuele omstandigheden van de zaak en kan in de onderhavige mededeling niet vooraf, op algemene wijze worden omschreven.

4. **Wijzigingsclausule**

71. Ongeacht het soort corrigerende maatregelen, omvatten verbintenissen doorgaans een wijzigingsclausule ([3]). Daardoor kan de Commissie, op verzoek van de partijen die daarvoor voldoende redenen kunnen aanvoeren, een verlenging van de termijnen toestaan of, in uitzonderlijke omstandigheden, een of meer van de aangegane verbintenissen opheffen, wijzigen of vervangen.

72. Verbintenissen wijzigen door de termijnen te verlengen is van bijzonder belang bij verbintenissen tot afstoting. De partijen dienen binnen de termijn een verzoek tot termijnverlenging in. Wanneer de partijen vragen de eerste afstotingsperiode te verlengen, aanvaardt de Commissie alleen dat de partijen voldoende redenen hebben aangevoerd indien zij niet in staat zijn de termijn na te leven om redenen buiten hun verantwoordelijkheid en indien te verwachten valt dat de partijen nadien wel erin zullen slagen het bedrijfsonderdeel op korte termijn af te stoten. Anders is de met de afstoting belaste trustee beter in staat om de afstoting uit te voeren en de verbintenissen voor de partijen na te komen.

73. Alleen in uitzonderlijke omstandigheden kan de Commissie partijen van hun verbintenissen ontslaan of instemmen met wijzigingen of vervangende verbintenissen. Dit zal bij verbintenissen tot afstoting slechts zeer zelden relevant zijn. Aangezien verbintenissen tot afstoting binnen een korte termijn na het geven van de beschikking ten uitvoer dienen te zijn gelegd, is het hoogst onwaarschijnlijk dat veranderingen in de marktomstandigheden op dergelijke korte termijn zullen plaatsvinden. De Commissie stemt op basis van de algemene wijzigingsclausule in de regel niet in met wijzigingen. Voor specifieke situaties bevatten de verbintenissen normaal gesproken meer gerichte wijzigingsclausules ([4]).

([1]) Zie, voor een voorbeeld van dergelijke corrigerende maatregelen, de beschikking van 9 december 2004 in zaak COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, overwegingen 663, 719.

([2]) Zie, wat conglomeraatseffecten van een concentratie betreft, het arrest-Tetra Laval, reeds aangehaald, punten 85 en 89.

([3]) Deze herzieningsclausule is van bijzonder belang in het geval van corrigerende maatregelen waarbij toegang wordt verleend. Deze dienen stelselmatig een dergelijke clausule te bevatten; zie punt 74.

([4]) Zoals in punt 30 werd aangegeven, kan de Commissie een koper goedkeuren zonder een deel van de voorziene activa of de medewerkers, indien dit geen impact heeft op het concurrentievermogen en de levensvatbaarheid van het af te stoten bedrijfsonderdeel. Evenzo staat het niet-wederovernamebeding, zoals in punt 43 aangegeven, alleen aan het opnieuw verwerven van zeggenschap over de afgestoten activa in de weg indien de Commissie voordien niet tot de bevinding is gekomen dat de marktstructuur zodanig is veranderd dat de afstoting niet langer noodzakelijk is.

74. Ontheffing, wijziging of vervanging van verbintenissen kan relevanter zijn in het geval van verbintenissen, andere dan afstotingen, zoals verbintenissen toegang te verlenen, die over een aantal jaren kunnen lopen en waarvoor niet alle scenario's kunnen worden voorspeld op het tijdstip dat de Commissie haar beschikking geeft. Uitzonderlijke omstandigheden die ontheffing, wijziging of vervanging van dit soort verbintenissen rechtvaardigen, kunnen ten eerste worden geaccepteerd indien de partijen aantonen dat de marktomstandigheden op significante en duurzame wijze zijn veranderd. Om dit aan te kunnen tonen, ligt er een voldoende lange periode, van normaal gesproken ten minste meerdere jaren, tussen de beschikking van de Commissie en het verzoek van de partijen. Ten tweede kan ook van uitzonderlijke omstandigheden sprake zijn indien de partijen aan kunnen tonen dat uit de ervaring die bij de tenuitvoerlegging van de corrigerende maatregel werd opgedaan, blijkt dat de met die corrigerende maatregel beoogde doelstelling beter wordt behaald indien de toepassingsvoorwaarden voor de betrokken verbintenis worden gewijzigd. Bij ontheffing, wijziging of vervanging van verbintenissen zal de Commissie ook rekening houden met het standpunt van derden en met de impact die een wijziging kan hebben op de positie van derden — en dus op de algehele effectiviteit van de corrigerende maatregel. In dat verband zal de Commissie ook nagaan of wijzigingen een impact hebben op de rechten die derden na de tenuitvoerlegging van de corrigerende maatregel al hebben verworven ([1]).

75. Wanneer de Commissie op het tijdstip dat zij haar beschikking geeft, om bepaalde redenen niet alle mogelijke scenario's ten aanzien van de tenuitvoerlegging van dergelijke verbintenissen kan voorzien, is het misschien ook dienstig dat de partijen in de verbintenissen een clausule opnemen die de Commissie de mogelijkheid biedt beperkte wijzigingen van de verbintenissen door te voeren. Dergelijke wijzigingen zijn soms ook nodig indien met de oorspronkelijke verbintenissen niet de in die verbintenissen uiteengezette uitkomsten worden behaald — en de mededingingsbezwaren daarmee dus niet daadwerkelijk worden weggenomen. Procedureel gezien, kunnen de partijen in dergelijke gevallen misschien worden verplicht een wijziging van de verbintenissen voor te stellen om de in die verbintenissen omschreven uitkomst te bereiken, of kan de Commissie zelf, nadat zij de partijen heeft gehoord, de aan haar beschikking verbonden voorwaarden en verplichtingen wijzigen. Dit soort clausule is meestal beperkt tot gevallen waar specifieke toepassingsvoorwaarden de effectieve tenuitvoerlegging van de verbintenissen in gevaar dreigen te brengen. Dit soort clausules is bijvoorbeeld gebruikt ten aanzien van de toepassingsvoorwaarden van programma's voor het vrijgeven van gasvolumes ([2]).

76. De Commissie kan, op verzoek, een formele beschikking geven voor iedere ontheffing, wijziging of vervanging van verbintenissen of kan gewoon kennisnemen van bevredigende wijzigingen van de corrigerende maatregel door de partijen, wanneer dergelijke wijzigingen de effectiviteit van de corrigerende maatregel verbeteren en resulteren in voor de partijen juridisch bindende verplichtingen, bijvoorbeeld door middel van contractuele regelingen. Een wijziging van verbintenissen geldt normaal gesproken *ex nunc*. Dit betekent ook dat met een wijziging van de verbintenissen niet retroactief een schending van de verbintenissen die vóór het tijdstip van de wijziging heeft plaatsgevonden, kan worden goedgemaakt. Daarom kan de Commissie, in voorkomend geval, deze schending verder behandelen op grond van de artikelen 14 en 15 van de concentratieverordening.

IV. **PROCEDURELE ASPECTEN VOOR HET INDIENEN VAN VERBINTENISSEN**

1. **Fase I**

77. Overeenkomstig artikel 6, lid 2, van de concentratieverordening kan de Commissie ook vooraleer de procedure wordt ingeleid, een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaren wanneer zij ervan overtuigd is dat de aangemelde concentratie, dankzij de wijziging ervan, niet langer aanleiding geeft tot ernstige twijfel in de zin van lid 1, onder c).

78. De partijen kunnen zelfs vóór de aanmelding van een concentratie informeel aan de Commissie voorstellen voor verbintenissen doen. De partijen dienen hun verbintenissen in, uiterlijk twintig dagen na de datum van ontvangst van de aanmelding ([3]). De Commissie stelt de partijen vóór het verstrijken van die termijn tijdig van haar ernstige twijfel in kennis ([4]). Wanneer de partijen verbintenissen indienen, wordt de termijn waarin de Commissie een beschikking moet geven, overeenkomstig artikel 6, lid 1, verlengd van 25 tot 35 werkdagen ([5]).

([1]) Zie de voorbeelden in het arrest-Royal Philips Electronics, reeds aangehaald, punt 184.
([2]) Zie beschikking van 14 maart 2006 in zaak COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2, punt 24 van de bijlage.
([3]) Artikel 19, lid 1, van de uitvoeringsverordening.
([4]) De aanmeldende partijen krijgen in de regel de gelegenheid om in die omstandigheden deel te nemen aan een „stand van zaken"-bijeenkomst; zie *Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings* van DG Concurrentie, punt 33.
([5]) Artikel 10, lid 1, tweede alinea, van de concentratieverordening.

79. Om de grondslag te kunnen vormen voor een beschikking overeenkomstig artikel 6, lid 2, voldoen de desbetreffende voorstellen aan de volgende vereisten:

a) zij geven een volledige beschrijving van de inhoud en uitvoeringswijze van de door de partijen aangegane verplichtingen;

b) zij zijn ondertekend door een daartoe gemachtigd persoon;

c) zij gaan vergezeld van de informatie over de aangeboden verbintenissen die in de uitvoeringsverordening wordt verlangd (zoals hier in punt 7 werd uiteengezet); en

d) zij gaan vergezeld van een niet-vertrouwelijke versie van de verbintenissen ([1]), die kan worden gebruikt om bij derden een markttest uit te voeren. Aan de hand van deze niet-vertrouwelijke versie van de verbintenissen moeten derden kunnen nagaan of de corrigerende maatregelen die worden voorgesteld om de mededingingsbezwaren weg te nemen, werkbaar en effectief zijn.

80. Voorstellen die door de partijen overeenkomstig deze vereisten zijn ingediend, worden onderzocht door de Commissie. De Commissie raadpleegt ook de autoriteiten in de lidstaten over de voorgestelde verbintenissen en, waar zulks dienstig wordt geacht, ook derden in de vorm van een markttest, met name die derden en de erkende vertegenwoordigers van de werknemers ([2]) van wie de posities rechtstreeks door de voorgestelde corrigerende maatregelen worden getroffen. Op markten met nationale toezichthouders kan de Commissie, in voorkomend geval, ook de bevoegde nationale toezichthouders raadplegen ([3]). Voorts kunnen in gevallen waarin de geografische markt ruimer is dan de Europese Economische Ruimte (hierna „de EER" genoemd), of waarin — om redenen die met de levensvatbaarheid van het bedrijfsonderdeel verband houden — de omvang van de af te stoten activiteiten ruimer is dan het grondgebied van de EER, de voorgestelde corrigerende maatregelen ook worden besproken met mededingingsautoriteiten van buiten de EER, in het kader van de bilaterale samenwerkingsovereenkomsten van de Gemeenschap met die landen.

81. Verbintenissen kunnen alleen in fase I worden geaccepteerd wanneer het mededingingsprobleem scherp omlijnd is en gemakkelijk kan worden verholpen ([4]). Het mededingingsprobleem moet zo onmiskenbaar zijn en de corrigerende maatregelen zo voor de hand liggend, dat geen grondig onderzoek hoeft te worden ingesteld en dat de verbintenissen onmiskenbaar volstaan om alle „ernstige twijfel" in de zin van artikel 6, lid 1, onder c), van de concentratieverordening weg te nemen ([5]). Wanneer het onderzoek bevestigt dat de voorgestelde verbintenissen de redenen voor de ernstige twijfel op die basis wegnemen, keurt de Commissie de concentratie in fase I goed.

82. Door de krappe termijnen in fase I is het van bijzonder belang dat de partijen de door de uitvoeringsverordening verlangde gegevens tijdig bij de Commissie indienen, zodat deze de verbintenissen op hun inhoud en werkbaarheid kan beoordelen en kan nagaan of deze geschikt zijn om de voorwaarden voor een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt op duurzame wijze in stand te houden. Wanneer de partijen deze verplichting uit hoofde van de uitvoeringsverordening niet nakomen, is de Commissie misschien niet in staat te concluderen dat de voorgestelde verbintenissen de redenen voor ernstige twijfel wegnemen.

83. Wanneer het onderzoek uitwijst dat de aangeboden verbintenissen niet volstaan om de mededingingsbezwaren waartoe de concentratie aanleiding geeft, weg te nemen, worden de partijen daarvan op de hoogte gesteld. Aangezien de corrigerende maatregelen uit fase I zijn bedoeld om een duidelijk antwoord te geven voor een scherp omlijnd mededingingsprobleem, kunnen alleen beperkte wijzigingen van de voorgestelde verbintenissen worden aanvaard. Dergelijke wijzigingen, die worden voorgesteld als onmiddellijke reactie op de uitkomst van het overleg, zijn onder meer verduidelijkingen, verfijningen en/of andere verbeteringen die ervoor moeten zorgen dat de verbintenissen werkbaar en effectief zijn. Toch kunnen dergelijke wijzigingen alleen worden geaccepteerd in omstandigheden die garanderen dat de Commissie die verbintenissen correct kan beoordelen ([6]).

([1]) Artikel 20, lid 2, van de uitvoeringsverordening.
([2]) Cf. artikel 2, lid 1, onder c), van Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB L 82 van 22.3.2001, blz. 16). Zie ook artikel 2, lid 1, onder g), van Richtlijn 94/45/EG van de Raad van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers (PB L 254 van 30.9.1994, blz. 64).
([3]) Voor de rol van nationale toezichthouders bij een mechanisme voor geschillenbeslechting, zie punt 66.
([4]) Zie overweging 30 bij de concentratieverordening.
([5]) Zie arrest-Royal Philips Electronics, reeds aangehaald, punten 79 e.v.
([6]) Zie overweging 17 bij de uitvoeringsverordening en arrest-Royal Philips Electronics, reeds aangehaald, punten 237 e.v.

84. Wanneer uit de uiteindelijke beoordeling door de Commissie blijkt dat een zaak op één of meer markten geen mededingingsbezwaren doet rijzen, worden de partijen daarvan op de hoogte gesteld en kunnen zij de voor die markten niet noodzakelijke verbintenissen intrekken. Wanneer de partijen deze niet intrekken, houdt de Commissie in haar beschikking daarmee in de regel geen rekening. In ieder geval vormen dergelijke voorstellen voor verbintenissen geen voorwaarde om een transactie goed te keuren.

85. Wanneer de partijen op de hoogte worden gesteld van het feit dat de Commissie voornemens is in haar eindbeschikking staande te houden dat de transactie op een specifieke markt mededingingsbezwaren doet rijzen, is het aan de partijen om verbintenissen voor te stellen. De Commissie kan niet eenzijdig voorwaarden aan een goedkeuringsbeschikking verbinden, doch alleen op grond van verbintenissen van de partijen ([1]). Toch zal de Commissie nagaan of de door de partijen ingediende verbintenissen in verhouding staan tot het mededingingsprobleem, wanneer zij moet uitmaken of zij deze verbintenissen als voorwaarden en verplichtingen aan haar eindbeschikking verbindt ([2]). Niettemin dient te worden benadrukt dat in een voorstel voor verbintenissen alle elementen die benodigd zijn om te voldoen aan de basisvoorwaarden voor aanvaardbare verbintenissen zoals die in de punten 9 en verder zijn uiteengezet, als noodzakelijk worden beschouwd. Dit en het voorgaande punt gelden ook voor in fase II aangeboden verbintenissen.

86. Wanneer de Commissie tot de conclusie komt dat met de door de partijen aangeboden verbintenissen de ernstige twijfel niet wordt weggenomen, geeft zij een beschikking op grond van artikel 6, lid 1, onder c), en leidt zij de procedure in.

2. **Fase II**

87. Overeenkomstig artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening verklaart de Commissie een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wanneer een aangemelde concentratie, na aanpassing ervan, een daadwerkelijke mededinging niet langer op significante wijze belemmert in de zin van artikel 2, lid 3, van de concentratieverordening.

88. De verbintenissen die overeenkomstig artikel 8, lid 2, aan de Commissie worden voorgesteld, worden binnen 65 werkdagen te rekenen vanaf de dag waarop de procedure is ingeleid, bij de Commissie ingediend. Wanneer de termijnen voor het geven van een eindbeschikking overeenkomstig artikel 10, lid 3, van de concentratieverordening zijn verlengd, worden ook de termijnen voor het indienen van corrigerende maatregelen automatisch met hetzelfde aantal dagen verlengd ([3]). Alleen in uitzonderlijke omstandigheden kan de Commissie ermee instemmen dat pas na het verstrijken van deze periode voor het eerst verbintenissen worden ingediend. Het verzoek van de partijen om de termijn te verlengen, wordt binnen die termijn ingediend en daarin worden de uitzonderlijke omstandigheden beschreven die, volgens de partijen, dit verzoek rechtvaardigen. Een verlenging van de termijn kan slechts worden toegestaan indien er niet alleen sprake is van buitengewone omstandigheden, maar er bovendien voldoende tijd is om een adequate beoordeling van het voorstel door de Commissie mogelijk te maken, en passend overleg met de lidstaten en belanghebbenden mogelijk is ([4]).

89. Het antwoord op de vraag of door het indienen van corrigerende maatregelen voor de Commissie al dan niet de termijn wordt verlengd om een eindbeschikking te geven, hangt af van het tijdstip in de procedure waarop de verbintenissen worden ingediend. Wanneer de partijen verbintenissen indienen minder dan 55 werkdagen na het inleiden van de procedure, geeft de Commissie een eindbeschikking binnen 90 werkdagen na het tijdstip waarop de procedure is ingeleid ([5]). Wanneer de partijen verbintenissen indienen op werkdag 55 of nadien (zelf nà werkdag 65, indien die verbintenissen acceptabel zijn als gevolg van de uitzonderlijke omstandigheden zoals die in punt 88 werden beschreven), wordt de termijn waarbinnen de Commissie een eindbeschikking moet geven, overeenkomstig artikel 10, lid 3, tweede alinea, verlengd tot 105 werkdagen. Ook wanneer de partijen binnen 55 werkdagen verbintenissen indienen, maar een gewijzigde versie pas op werkdag 55 (of nadien) indienen, wordt de termijn voor het geven van een eindbeschikking verlengd tot 105 werkdagen.

([1]) Zie punt 6.
([2]) Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 18 december 2007 in zaak C-202/06 P, Cementbouw/Commissie, punt 54, Jurispr. 2007.
([3]) Artikel 19, lid 2, tweede alinea, van de uitvoeringsverordening.
([4]) Artikel 19, lid 2, derde alinea, van de uitvoeringsverordening. Zie beschikking van 13 oktober 1999 in zaak COMP/M.1439 — Telia/Telenor, en beschikking van 23 april 1997 in zaak IV/M.754 — Anglo American Corporation/Lonrho.
([5]) Wanneer de termijn voor het geven van de eindbeschikking, overeenkomstig artikel 10, lid 3, tweede alinea, van de concentratieverordening, vóór werkdag 55 is verlengd, wordt deze periode eveneens verlengd.

90. De Commissie staat open voor overleg over geschikte verbintenissen ruim voor het verstrijken van de termijn van 65 werkdagen. De partijen worden aangemoedigd om ontwerp-voorstellen in te dienen waarin wordt ingegaan op de materiële en uitvoeringsaspecten die benodigd zijn om ervoor te zorgen dat de verbintenissen volledig uitvoerbaar zijn. Wanneer de partijen van mening zijn dat meer tijd nodig is voor het onderzoek van de mededingingsbezwaren en om nadien geschikte verbintenissen uit te werken, kunnen zij de Commissie ook voorstellen de uiterste termijn op grond van artikel 10, lid 3, eerste alinea, te verlengen. Een dergelijk verzoek wordt ingediend vóór het eind van de termijn van 65 werkdagen. De Commissie zal doorgaans de termijn voor het geven van een eindbeschikking op grond van artikel 10, lid 3, eerste alinea, immers niet verlengen wanneer het verzoek om een verlenging van de termijn wordt ingediend nadat de in de uitvoeringsverordening vastgestelde termijn voor het indienen van corrigerende maatregelen is verstreken — dus na werkdag 65 ([1]).

91. Om de grondslag te kunnen vormen voor een beschikking overeenkomstig artikel 8, lid 2, voldoen de desbetreffende voorstellen aan de volgende vereisten:

a) zij nemen alle mededingingsbezwaren die de concentratie doet rijzen weg, en geven een volledige beschrijving van de inhoud en uitvoeringswijze van de door de partijen aangegane verplichtingen;

b) zij zijn ondertekend door een daartoe gemachtigd persoon;

c) zij gaan vergezeld van de informatie over de aangeboden verbintenissen die in de uitvoeringsverordening wordt verlangd (zoals hier in punt 7 werd uiteengezet); en

d) zij gaan vergezeld van een niet-vertrouwelijke versie van de verbintenissen ([2]) die kan worden gebruikt om bij derden een markttest uit te voeren, die voldoet aan de vereisten zoals die in punt 79 zijn uiteengezet.

92. Voorstellen die door de partijen overeenkomstig deze vereisten zijn ingediend, worden onderzocht door de Commissie. Wanneer dit onderzoek bevestigt dat de voorgestelde verbintenissen de ernstige twijfel wegnemen (ingeval de Commissie nog geen mededeling van punten van bezwaar heeft doen uitgaan) of de mededingingsbezwaren die in de mededeling van punten van bezwaar werden geformuleerd, geeft de Commissie, na het overleg zoals dat in punt 80 werd beschreven, een beschikking waarmee de concentratie onder voorwaarden wordt goedgekeurd.

93. Wanneer daarentegen uit dit onderzoek blijkt dat de aangeboden verbintenissen niet lijken te volstaan om de mededingingsbezwaren die de concentratie doet rijzen, weg te nemen, worden de partijen hiervan op de hoogte gesteld ([3]).

94. De Commissie is volgens de concentratieverordening niet verplicht na de uiterste datum aangeboden verbintenissen te accepteren, tenzij zij in specifieke omstandigheden vrijwillig toezegt de verbintenissen te onderzoeken ([4]). In het licht daarvan accepteert de Commissie, wanneer de partijen de voorgestelde verbintenissen na de termijn van 65 werkdagen wijzigen, deze gewijzigde verbintenissen alleen indien zij — op basis van haar beoordeling van de gegevens die zij in de loop van het onderzoek reeds heeft ontvangen, daaronder begrepen de uitkomsten van eerdere markttests, en zonder dat een verdere markttest hoeft plaats te vinden — duidelijk kan vaststellen dat met de tenuitvoerlegging van deze verbintenissen de geconstateerde mededingingsbezwaren zonder twijfel en volledig worden weggenomen, én wanneer er voldoende tijd wordt gelaten voor een passende beoordeling door de Commissie en een passend overleg met lidstaten ([5]) ([6]). De Commissie verwerpt in de regel gewijzigde verbintenissen die niet aan deze vereisten voldoen ([7]).

([1]) Het Gerecht van eerste aanleg bevestigde dat Commissie, krachtens de concentratieverordening en de uitvoeringsverordening, niet verplicht is na de uiterste datum aangeboden verbintenissen te accepteren, zoals hier in punt 94 nader wordt uiteengezet; zie arrest-EDP, reeds aangehaald, punt 161. Daarom is de Commissie niet verplicht rekening te houden met corrigerende maatregelen die door de partijen worden ingediend na de uiterste datum voor het indienen van corrigerende maatregelen, zelfs indien de partijen het ermee eens zijn de uiterste datum te verschuiven. Bovendien zou een en nader, zoals uiteengezet in overweging 35 bij de concentratieverordening, niet beantwoorden aan de doelstelling van de in artikel 10, lid 3, bedoelde termijnverlengingen. De in artikel 10, lid 3, eerste alinea, beoogde verlenging van de termijnen is bedoeld om voldoende tijd te bieden voor het onderzoeken van de mededingingsbezwaren, terwijl de in artikel 10, lid 3, tweede alinea, beoogde verlenging van de termijnen is bedoeld om voldoende tijd te bieden voor het onderzoek en de marktest van verbintenissen.

([2]) Artikel 20, lid 2, van de uitvoeringsverordening.

([3]) Zie de *Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings* van DG Concurrentie, punten 30 e.v., die voorzien in meerdere „stand van zaken"-bijeenkomsten tussen de Commissie en de partijen in de loop van de hele procedure.

([4]) Zie arrest-EDP, reeds aangehaald, punten 161 e.v. Zie ook arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-290/94, Kaysersberg SA/Commissie, Jurispr. 1997, blz. II-2137.

([5]) Zie beschikking van 9 december 2004 in zaak COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, overwegingen 855 e.v., bevestigd door het arrest-EDP, reeds aangehaald, punten 162 e.v.; beschikking van 9 februari 2000 in zaak COMP/M.1628 — TotalFina/Elf, overweging 345.

([6]) Deze raadpleging vereist normaal gesproken dat de Commissie een ontwerp van de eindbeschikking, daaronder begrepen een beoordeling van de gewijzigde verbintenissen, met de lidstaten aan de lidstaten moet kunnen zenden uiterlijk 10 werkdagen vóór de bijeenkomst van het Adviescomité. Deze periode kan alleen in uitzonderlijke omstandigheden worden ingekort (artikel 19, lid 5, van de concentratieverordening).

([7]) Zie beschikking van 9 december 2004 in zaak COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, overweging 913.

V. VEREISTEN VOOR DE TENUITVOERLEGGING VAN VERBINTENISSEN

95. Verbintenissen worden aangeboden als een middel om de goedkeuring van de concentratie te verkrijgen; de tenuitvoerlegging ervan vindt doorgaans pas plaats nadat de beschikking is gegeven. Verbintenissen vergen daarom de nodige beschermingsmaatregelen om te verzekeren dat zij effectief en tijdig uitvoerbaar zijn. Deze tenuitvoerleggingsbepalingen maken in de regel deel uit van de verbintenissen die door de partijen jegens de Commissie zijn aangegaan.

96. Hierna wordt nadere aanwijzingen gegeven voor de tenuitvoerlegging van verbintenissen tot afstoting, omdat het hier om de meest gebruikelijke verbintenissen gaat. Nadien komen bepaalde aspecten van de tenuitvoerlegging van andere soorten verbintenissen aan bod.

1. De afstotingsprocedure

97. De afstoting dient binnen een bepaalde, tussen de partijen en de Commissie overeengekomen periode te zijn voltooid. In de beschikkingspraktijk van de Commissie wordt de totale termijn opgesplitst in een periode voor het sluiten van een definitieve overeenkomst en een verdere termijn voor het afronden van de transactie (de overdracht van de eigendomstitel). De periode voor het sluiten van een bindende overeenkomst wordt normaal gesproken verder verdeeld in een eerste periode waarin de partijen kunnen uitkijken naar een geschikte koper (hierna „de eerste afstotingsperiode" genoemd) en, wanneer de partijen niet erin slagen het bedrijfsonderdeel af te stoten, een tweede periode waarin een trustee de opdracht krijgt om het bedrijfsonderdeel tegen elke prijs af te stoten (hierna „de periode voor afstoting door een trustee" genoemd).

98. De ervaring van de Commissie heeft geleerd dat korte afstotingsperioden sterk bijdragen tot het welslagen van de afstoting omdat het af te stoten bedrijfsonderdeel, anders voor een langere periode aan onzekerheid wordt blootgesteld. Daarom moeten de termijnen zo kort als mogelijk zijn. De Commissie beschouwt in de regel een periode van zo'n zes maanden voor de eerste afstotingsperiode en een periode van nog eens drie maanden voor de periode voor afstoting door een trustee als passend. Normaal gesproken volgt dan nog een periode van drie maanden om de transactie af te ronden. Deze periodes kunnen van geval tot geval worden aangepast. Met name kunnen zij worden ingekort indien er een groot risico is dat de levensvatbaarheid van het bedrijfsonderdeel in de interimperiode wordt aangetast.

99. De termijn voor de afstoting vangt in de regel aan op de dag waarop de Commissie haar beschikking heeft gegeven. Een uitzondering kan gerechtvaardigd zijn voor een transactie via een openbaar bod waarbij de partijen zich ertoe verbinden een tot de doelonderneming behorend bedrijfsonderdeel af te stoten. Wanneer onder dergelijke omstandigheden de partijen zich pas op de afstoting van het bedrijfsonderdeel van de doelonderneming kunnen voorbereiden nadat de aangemelde concentratie tot stand is gebracht, kan de Commissie ermee instemmen dat de termijnen voor een dergelijke afstoting pas beginnen te lopen op het tijdstip dat de aangemelde transactie is afgerond. Evenzo valt een dergelijke oplossing te overwegen wanneer de partijen geen vat hebben op het tijdstip van de totstandbrenging van de concentratie, omdat zij bijvoorbeeld goedkeuring van de overheid nodig hebben ([1]). Daarentegen kan het dienstig zijn om de termijnen in te krimpen om de onzekerheid voor het af te stoten bedrijfsonderdeel in te krimpen.

100. Geldt de zo-even beschreven procedure voor oplossingen met een *up-front*-koper, dan is de procedure anders bij *fix-it-first*-oplossingen. Over het algemeen is reeds een bindende overeenkomst met een koper gesloten terwijl de procedure nog loopt, zodat na de beschikking alleen nog moet worden voorzien in een verdere termijn voor het afronden van de transactie. Wanneer vóór de beschikking alleen een raamovereenkomst met de koper is gesloten, worden de termijn voor het sluiten van een volledige overeenkomsten en vervolgens het afronden van de transactie van geval tot geval bepaald ([2]).

2. Goedkeuring van de koper en van de koop-/verkoopovereenkomst

101. Om de effectiviteit van de verbintenis te garanderen, behoeft de verkoop aan een beoogde koper de voorafgaande goedkeuring van de Commissie. Wanneer de partijen (of de met de afstoting belaste trustee) tot een definitieve overeenkomst met koper zijn gekomen, dienen zij bij de Commissie een gemotiveerd en met documenten gestaafd voorstel in. De partijen dan wel de trustee leveren aan de Commissie afdoend bewijs dat de beoogde koper voldoet aan de het kopersprofiel en dat de wijze waarop het bedrijfsonderdeel wordt afgestoten, in overeenstemming is met de beschikking van de Commissie en de verbintenissen. Wanneer voor de onderscheiden onderdelen van het pakket verschillende kopers worden voorgesteld, beoordeelt de Commissie of elke afzonderlijke beoogde koper aanvaardbaar is en of het totale pakket het mededingingsbezwaar verhelpt.

([1]) Toch zouden ook in die omstandigheden andere bepalingen in de verbintenissen, met name de bepalingen die de beschermingsmaatregelen tijdens de interim-periode vastleggen, beginnen te lopen op het tijdstip dat de beschikking wordt gegeven.

([2]) Zie beschikking van 20 april 2006 in zaak COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring.

102. Bij haar beoordeling van beoogde kopers interpreteert de Commissie de aan de koper gestelde eisen in het licht van de doelstelling van de verbintenissen (onmiddellijke handhaving van een daadwerkelijke mededinging op de markt waarvoor mededingingsbezwaren zijn geconstateerd) en de marktomstandigheden zoals die in de beschikking zijn beschreven ([1]). Over het algemeen baseert de Commissie zich voor haar beoordeling van het kopersprofiel op de verklaringen van de partijen, de beoordeling van toezichthoudende trustee en, met name, overleg met de beoogde koper, en op diens businessplan. De Commissie gaat verder na of de onderliggende aannames van de koper in het licht van de marktomstandigheden geloofwaardig lijken.

103. Het vereiste dat de koper over de nodige financiële middelen moeten beschikken betreft met name ook de wijze waarop de acquisitie door de beoogde koper wordt gefinancierd. De Commissie stemt in de regel niet in met financiering van de afstoting door de verkoper, vooral niet wanneer de financierende verkoper daardoor in de toekomst een aandeel in de winsten van het af te stoten bedrijfsonderdeel ontvangt.

104. Bij haar beoordeling van de vraag of de beoogde koper mededingingsproblemen dreigt te doen ontstaan, maakt de Commissie aan de hand van de gegevens die voor de Commissie beschikbaar zijn tijdens de goedkeuringsprocedure van de koper, een beoordeling op het eerste gezicht. Ingeval de koop resulteert in een concentratie met een communautaire dimensie, wordt de nieuwe transactie overeenkomstig de concentratieverordening gemeld en wordt deze volgens de normale procedures goedgekeurd ([2]). Wanneer dat niet het geval is, doet de aanvaarding van een beoogde koper door de Commissie geen afbreuk aan de bevoegdheid inzake concentratiecontrole van de nationale autoriteiten. Voorts wordt van de beoogde koper verwacht dat deze alle overige, noodzakelijke toestemmingen van de bevoegde toezichthouders ontvangt. Wanneer, op basis van de voor de Commissie beschikbare informatie, valt te voorzien dat de tijdige tenuitvoerlegging van de verbintenis door moeilijkheden om de concentratie goedgekeurd te krijgen of om andere toestemmingen te krijgen, al te zeer wordt vertraagd, wordt de beoogde koper beschouwd als een koper die niet aan het kopersprofiel voldoet. Anders zouden de door de Commissie geconstateerde mededingingsbezwaren niet binnen een passende termijn worden weggenomen.

105. De verplichte goedkeuring door de Commissie betreft niet alleen de identiteit van de koper, maar ook de koop-/verkoopovereenkomst en iedere overeenkomst die tussen de partijen en de beoogde koper wordt gesloten, daaronder begrepen overgangsovereenkomsten. De Commissie gaat na of de afstoting op basis van deze overeenkomsten in lijn is met de verbintenissen ([3]).

106. De Commissie deelt de partijen haar standpunt mee ten aanzien van de vraag of de beoogde koper al dan niet geschikt is. Wanneer de Commissie concludeert dat de beoogde koper niet aan het kopersprofiel voldoet, geeft zij een beschikking dat de beoogde koper geen koper in de zin van de verbintenissen is ([4]). Wanneer de Commissie concludeert dat de koop-/verkoopovereenkomst (of eventuele nevenovereenkomsten) niet in een afstoting overeenkomstig de verbintenissen voorzien, deelt de Commissie dit aan de partijen mee zonder de koper noodzakelijkerwijs als dusdanig af te wijzen. Concludeert de Commissie dat de koper volgens de verbintenissen geschikt is en dat de overeenkomsten voorzien in een afstoting die in lijn is met de verbintenissen, dan keurt zij de afstoting aan de beoogde koper goed ([5]). De Commissie geeft de vereiste goedkeuring zo snel als mogelijk is.

3. **Verplichtingen voor de partijen tijdens de interim-periode**

107. In de interim-periode (in de zin van punt 36) moeten de partijen bepaalde verplichtingen nakomen. Doorgaans dienen de verbintenissen in dat verband onder meer het volgende te omvatten: i) beschermingsmaatregelen voor de levensvatbaarheid van het bedrijfsonderdeel tijdens deze interimperiode in stand wordt gehouden; ii) de noodzakelijke stappen voor een afstotingsprocedure, en, voor zover van toepassing, iii) de noodzakelijke stappen om de afstoting van het bedrijfsonderdeel voor te bereiden.

([1]) Zie arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-342/00, Petrolessence SA en Société de gestion de restauration Routière SA (SG2R)/Commissie, Jurispr. 2003, blz. II-1161.

([2]) Beschikking van 29 september 1999 in zaak IV/M.1383 — Exxon/Mobil en de beschikkingen van 2 februari 2000 in de follow-up-zaken COMP/M.1820 — BP/JV Dissolution en COMP/M.1822 — Mobil/JV Dissolution.

([3]) Zoals hier reeds werd besproken, kunnen de partijen bij de Commissie het verzoek indienen om toestemming te verlenen voor de afstoting van het bedrijfsonderdeel aan de beoogde koper zonder een of meerdere activa of delen van het personeelsbestand, indien zulks na de verkoop niet ten koste gaat van de levensvatbaarheid en het concurrentievermogen van het af te stoten bedrijfsonderdeel, rekening houdend met de middelen van de beoogde koper.

([4]) Beschikking van 9 februari 2000 in zaak COMP/M.1628 — TotalFina/Elf (tankstations langs de snelweg), bevestigd door arrest-Petrolessence, reeds aangehaald.

([5]) Afhankelijk van de omstandigheden van de afstoting, moeten de partijen misschien ook ervoor zorgen (bv. door passende bepalingen in de koopovereenkomst) dat de koper het af te stoten bedrijfsonderdeel als een concurrentiefactor op de markt houdt en dit bedrijfsonderdeel niet op korte termijn verkoopt.

Instandhouding van het af te stoten bedrijfsonderdeel tijdens de interim-periode

108. Het is aan de partijen ervoor te zorgen dat het risico dat het af te stoten bedrijfsonderdeel aan concurrentievermogen inboet wegens de onzekerheid die eigen is aan de overdracht van een onderneming, tot een minimum beperkt blijft. In afwachting van de afstoting van het bedrijfsonderdeel aan de koper verlangt de Commissie dat de partijen zich ertoe verbinden de onafhankelijkheid, de economische levensvatbaarheid, de verkoopbaarheid en de concurrentiekracht van het bedrijfsonderdeel in stand te houden. Alleen met dergelijke verbintenissen kan de Commissie met de nodige zekerheid concluderen dat de afstoting van het bedrijfsonderdeel ten uitvoer wordt gelegd zoals de partijen in de verbintenissen hebben voorgesteld.

109. Algemeen genomen dienen deze verbintenissen zodanig te zijn ontworpen dat het bedrijfsonderdeel gescheiden wordt gehouden van de door partijen behouden activiteiten en dat ervoor wordt gezorgd dat het bedrijfsonderdeel als een afzonderlijke en verkoopbare activiteit wordt beheerd in haar eigen beste belang, om te verzekeren dat haar economische levensvatbaarheid, verkoopbaarheid en concurrentievermogen behouden blijft en dat zij haar onafhankelijkheid ten opzichte van de door de partijen behouden activiteiten behoudt.

110. De partijen zorgen ervoor dat alle activa van het bedrijfsonderdeel in stand worden gehouden, volgens goed zakelijk gebruik en volgens de normale bedrijfsvoering, en dat geen handelingen worden gesteld met een significant ongunstige impact op het bedrijfsonderdeel. Dit geldt inzonderheid voor de instandhouding van vaste activa, knowhow of commerciële informatie die van vertrouwelijke of anderszins gevoelige aard is, het klantenbestand, alsmede de technische en de commerciële bekwaamheid van de werknemers. Voorts handhaven de partijen het bedrijfsonderdeel in dezelfde toestand als vóór de concentratie; met name verschaffen zij voldoende middelen, zoals kapitaal of een kredietlijn, op basis van en onder voortzetting van bestaande businessplannen, dezelfde administratieve en managementfuncties, of andere factoren die voor het handhaven van de mededinging in de betrokken sector van belang zijn. Daarnaast is in de verbintenissen bepaald dat de partijen alle redelijke stappen ondernemen, daaronder begrepen stimuleringsregelingen, om alle personeel op sleutelfuncties aan te moedigen bij het bedrijfsonderdeel te blijven, en dat de partijen geen personeel weg proberen te halen of over te plaatsen naar hun achterblijvende activiteiten.

111. Voorts houden de partijen het bedrijfsonderdeel gescheiden van de activiteiten die zij behouden, en zorgen zij ervoor dat het personeel op sleutelfuncties in het af te stoten bedrijfsonderdeel niet op enigerlei wijze betrokken is bij de behouden activiteiten, en omgekeerd. Wanneer het af te stoten bedrijfsonderdeel een vennootschap is en een strikte splitsing van de vennootschapsstructuur noodzakelijk blijkt, worden de rechten van de partijen als aandeelhouders, met name hun stemrechten, uitgeoefend door de toezichthoudende trustee, die ook de bevoegdheid heeft om namens de partijen benoemde leden in de raad van bestuur te vervangen. Wat informatie betreft, isoleren de partijen het af te stoten bedrijfsonderdeel (*ring-fencing*) en nemen zij alle nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de partijen geen bedrijfsgevoelige of anderszins vertrouwelijke informatie in handen kunnen krijgen. Vertrouwelijke documenten of gegevens van het bedrijfsonderdeel die de partijen hebben verkregen voordat de beschikking werd gegeven, wordt aan het bedrijfsonderdeel teruggegeven of vernietigd.

112. Voorts wordt van de partijen in de regel geëist dat zij een *hold-separate*-manager aanstellen die over de vereiste deskundigheid beschikt; deze wordt belast met het beheer van het bedrijfsonderdeel en de tenuitvoerlegging van de verplichtingen inzake *hold-seperate* en isolatie. De *hold-separate*-manager handelt onder het toezicht van de toezichthoudende trustee, die hem ook instructies kan geven. In de verbintenissen is bepaald dat de aanstelling plaatsvindt onmiddellijk nadat de beschikking is gegeven en zelfs nog vooraleer de partijen de aangemelde concentratie tot stand kunnen brengen. De partijen kunnen weliswaar zelf de *hold-separate*-manager aanstellen, maar in de verbintenissen moet zijn bepaald dat de toezichthoudende trustee de *hold-separate*-manager van zijn opdracht kan ontheffen indien deze niet handelt in overeenstemming met de verbintenissen of de tijdige en correcte tenuitvoerlegging daarvan in het gedrang brengt. Een nieuw aangestelde *hold-separate*-manager moet achteraf door de toezichthoudende trustee worden goedgekeurd.

Stappen voor een afsplitsing

113. Zoals in punt 35 werd uiteengezet, kan de Commissie, in voorkomend geval, ermee instemmen dat de afstoting van een bedrijfsonderdeel dat van de achterblijvende activiteiten van de partijen dient te worden afgesplitst, als een geschikte corrigerende maatregel geldt. Niettemin neemt ook onder die omstandigheden alleen de overdracht van een levensvatbaar bedrijfsonderdeel aan een koper die dit bedrijfsonderdeel als een actieve concurrentiefactor in de markt kan houden en verder ontwikkelen, de mededingingsbezwaren van de Commissie weg. Daarom committeren de partijen zich aan een

resultaatverbintenis om in de interim-periode een afsplitsing door te voeren van de activa die aan het af te stoten bedrijfsonderdeel bijdragen. De uitkomst is dat aan het eind van de interim-periode een levensvatbaar en concurrerend bedrijfsonderdeel, dat zelfstandig functioneert en is afgescheiden van de andere activiteiten van de partijen, aan een geschikte koper kan worden overgedragen. De partijen dragen de kosten en de risico's die aan een dergelijke afsplitsingsoperatie in de interim-periode zijn verbonden.

114. De afsplitsing wordt door de partijen uitgevoerd, onder toezicht van de trustee en in samenwerking met de *hold-separate*-manager. Ten eerste worden de activa en delen van het personeelsbestaand die het af te stoten bedrijfsonderdeel en de achterblijvende activiteiten van de partijen met elkaar delen, toegewezen aan het bedrijfsonderdeel, voor zover zulks in de verbintenissen niet wordt uitgesloten ([1]). Op de toewijzing van de activa en het personeel wordt toezicht gehouden door de toezichthoudende trustee, die ook zijn goedkeuring moet verlenen. Ten tweede is het voor de afsplitsingsprocedure misschien ook nodig dat voor het bedrijfsonderdeel de activa in handen van of de functies uitgevoerd door andere delen van de activiteiten van de partijen worden ontdubbeld indien zulks noodzakelijk is om de levensvatbaarheid en het concurrentievermogen van het af te stoten bedrijfsonderdeel te verzekeren. Een voorbeeld is het stopzetten van de deelname van het bedrijfsonderdeel aan een centraal IT-netwerk en de installatie van een afzonderlijk IT-systeem bij het bedrijfsonderdeel. Over het algemeen wordt over de belangrijkste stappen van een dergelijke afsplitsingsproces en de te ontdubbelen functies van geval tot geval beslist en worden deze in de verbintenissen beschreven.

115. Tegelijk wordt ervoor gezorgd dat de levensvatbaarheid van het af te stoten bedrijfsonderdeel niet door dergelijke maatregelen wordt aangetast. In de interim-periode blijven de partijen daarom, zolang het bedrijfsonderdeel nog niet zelfstandig levensvatbaar is, in dezelfde mate als voordien met dit bedrijfsonderdeel activa delen en dit diensten leveren.

Specifieke verplichtingen van de partijen wat betreft de afstotingsprocedure

116. Voor de afstotingsprocedure wordt in de verbintenissen ermee rekening gehouden dat kandidaat-kopers een diepgaand boekenonderzoek (*due diligence*) kunnen (laten) uitvoeren en dat zij, afhankelijk van de fase van de procedure, over het af te stoten bedrijfsonderdeel voldoende gegevens kunnen krijgen zodat de koper een volledige beoordeling kan maken van de waarde, de omvang en het zakelijke potentieel van het bedrijfsonderdeel, en direct toegang tot het personeel kan hebben. Voorts dienen de partijen op geregelde tijdstippen verslagen in over kandidaat-kopers en de ontwikkelingen bij de onderhandelingen. De afstoting wordt pas ten uitvoer gelegd nadat de transactie is afgerond — dus wanneer de eigendomstitel aan de goedgekeurde koper is overgedragen en de activa daadwerkelijk zijn overgegaan. Aan het eind van de procedure dienen de partijen een eindverslag in, dat bevestigt dat de transactie is afgerond en de activa zijn overgegaan.

4. **De toezichthoudende trustee en de met de afstoting belaste trustee**

Rol van de toezichthoudende trustee

117. Omdat de Commissie niet van dag tot dag direct betrokken kan zijn bij het toezicht op de tenuitvoerlegging van de verbintenissen, doen de partijen een voorstel voor de aanstelling van een trustee die toeziet op de inachtneming door de partijen van de verbintenissen, en met name hun verplichtingen tijdens de interim-periode en de afstotingsprocedure (de zgn. toezichthoudende trustee). Zodoende garanderen de partijen de effectiviteit van de door hen ingediende verbintenissen en stellen zij de Commissie in staat te garanderen dat de door de partijen voorgestelde wijziging van de aangemelde concentratie met de nodige zekerheid ten uitvoer wordt gelegd.

118. De toezichthoudende trustee voert zijn opdracht uit onder toezicht van de Commissie en kan als „de ogen en oren" van de Commissie worden beschouwd. Hij is de garant dat het bedrijfsonderdeel tijdens de interim-periode wordt beheerd en zijn zelfstandigheid correct bewaart. Daarom kan de Commissie de toezichthoudende trustee alle bevelen en instructies geven die benodigd zijn om de inachtneming van de verbintenissen te garanderen, en kan de trustee de partijen alle maatregelen voorstellen die deze nodig acht om zijn taken uit te kunnen voeren. Daarentegen mogen de patijen de trustee zonder toestemming van de Commissie geen instructies geven.

([1]) Zie, voor de vraag hoe gedeelde activa in de verbintenissen moeten worden behandeld, punt 26.

119. In de verbintenissen wordt de opdracht van de toezichthoudende trustee doorgaans beschreven. Zijn taken en verplichtingen worden nader omschreven in de opdracht van de trustee die de partijen en de trustee met elkaar aangaan, en zijn taken worden nader uitgewerkt in een werkplan. De taken van de toezichthoudende trustee gaan normaal gesproken van start onmiddellijk nadat de Commissie haar beschikking heeft gegeven, en duren ten minste tot de juridische en daadwerkelijke overdracht van het bedrijfsonderdeel aan de goedgekeurde koper. Voor de taken die de toezichthoudende trustee onder het toezicht van de Commissie moet uitvoeren, kan een niet-exhaustieve lijst van vijf taken worden onderscheiden:

— ten eerste is het de taak van de toezichthoudende trustee om toe te zien op de beschermingsmaatregelen voor het af te stoten bedrijfsonderdeel tijdens de interim-periode;

— ten tweede ziet de toezichthoudende trustee, bij afsplitsingen, toe op de opsplitsing van de activa en de verdeling van het personeel tussen het af te stoten bedrijfsonderdeel en de door de partijen behouden activiteiten, alsmede op de ontdubbeling binnen het bedrijfsonderdeel van de activa en functies die voordien door de partijen werden geleverd;

— ten derde is de toezichthoudende trustee belast met het toezicht op de inspanningen van de partijen om een kandidaat-koper te vinden en het bedrijfsonderdeel over te dragen. Over het algemeen licht deze de voortgang van de afstotingsprocedure en de daarbij betrokken kandidaat-kopers door. Hij vergewist zich ervan dat kandidaat-kopers voldoende informatie over het bedrijfsonderdeel ontvangen — met name door het *information memorandum* (voor zover beschikbaar), de *data room* of het *due diligence*-proces kritisch te bezien. Wanneer een koper wordt voorgesteld, dient de toezichthoudende trustee bij de Commissie een met redenen omkleed advies in over de vraag of de beoogde koper voldoet aan het kopersprofiel uit de verbintenissen en of de verkoop van het bedrijfsonderdeel in overeenstemming met de verbintenissen verloopt. Aan het eind van de procedure ziet de toezichthoudende trustee toe op de juridische en effectieve overdracht van het bedrijfsonderdeel aan de koper en stelt hij een eindverslag op, waarin de overdracht wordt bevestigd;

— ten vierde treedt de toezichthoudende trustee op als contactpersoon voor alle verzoeken van derden, met name kandidaat-kopers, ten aanzien van de verbintenissen. De partijen delen belangstellenden de identiteit en de opdracht van de toezichthoudende trustee mee, alsmede alle kandidaat-kopers. Bij meningsverschillen tussen de partijen en derden ten aanzien van in de verbintenissen behandelde kwesties, overlegt de toezichthoudende trustee hierover met beide partijen en brengt hij verslag uit aan de Commissie. Om zijn rol te kunnen vervullen, behandelt de toezichthoudende trustee alle bedrijfsgevoelige informatie van de partijen en van derden vertrouwelijk;

— ten vijfde brengt de toezichthoudende trustee over al deze punten verslag uit bij de Commissie in periodieke verslagen over de inachtneming van de verbintenissen. Op verzoek van de Commissie dient hij ook additionele verslagen in.

120. In de verbintenissen worden de behoeften van de toezichthoudende trustee inzake ondersteuning door en medewerking van de partijen ook omstandig uiteengezet; de Commissie ziet op dit punt ook toe op de betrekkingen tussen de partijen en de trustee. Om zijn taken te kunnen vervullen, krijgt de trustee volledige toegang tot de boekhouding, gegevensbestanden en bescheiden van de partijen en in het af te stoten bedrijfsonderdeel, voor zover en voor zolang zulks voor de tenuitvoerlegging van de verbintenissen van belang is, kan hij de partijen om ondersteuning verzoeken op management- en administratief gebied, wordt hij op de hoogte gesteld van kandidaat-kopers en van alle ontwikkelingen in de loop van de afstotingsprocedure, en ontvangt hij alle gegevens die kandidaat-kopers verschaft worden. Daarnaast vergoeden de partijen de trustee en laten zij hem adviseurs aanstellen indien zulks dienstig is voor het vervullen van de hem in het kader van de verbintenissen opgedragen taken. De verbintenissen bieden de Commissie ook de mogelijkheid om de gegevens van de partijen met de toezichthoudende trustee te delen, zodat deze zijn taken kan vervullen. Ten aanzien van deze gegevens geldt voor de toezichthoudende trustee een geheimhoudingsplicht.

Rol van de met de afstoting belaste trustee

121. Wat de met de afstoting belaste trustee betreft, doen de partijen een voorstel voor de aanstelling van een met de afstoting belaste trustee die de door de partijen ingediende verbintenissen effectief moet maken en de Commissie in staat stelt te garanderen dat de door de partijen voorgestelde wijziging van de aangemelde concentratie met de nodige zekerheid ten uitvoer wordt gelegd. Wanneer de partijen er niet in slagen in de eerste afstotingsperiode een geschikte koper te vinden, krijgt de met de afstoting belaste trustee in de periode voor afstoting door een trustee de onherroepelijke en exclusieve opdracht om, onder toezicht van de Commissie, het bedrijfsonderdeel binnen een specifieke termijn tegen elke prijs te verkopen. De verbintenissen bieden de met de afstoting belaste trustee de mogelijkheid in de koop-/verkoopovereenkomst alle voorwaarden op te nemen die deze dienstig acht voor een vlotte verkoop, met name de gebruikelijke verklaringen, garanties en schadevergoedingen (WRI-clausule). Voor de verkoop van het bedrijfsonderdeel door de met de afstoting belaste trustee geldt, evenals voor de verkoop door de partijen, dat deze de voorafgaande goedkeuring van de Commissie behoeft.

122. In de verbintenissen is bepaald dat de partijen de met de afstoting belaste trustee zullen ondersteunen, hem informeren en met hem samenwerken op dezelfde wijze als voor de toezichthoudende trustee is bepaald. Ten behoeve van de afstoting verlenen de partijen de met de afstoting belaste trustee uitgebreide volmachten, die alle fases van de afstoting bestrijken.

Goedkeuring van de trustee en van zijn opdracht

123. Afhankelijk van de verbintenis is de toezichthoudende trustee al dan niet dezelfde persoon of instelling als de met de afstoting belaste trustee. De partijen stellen de Commissie een of meer kandidaat-trustees voor, daaronder begrepen alle voorwaarden van hun opdracht en een schets van een werkplan. Het is van cruciaal belang dat de toezichthoudende trustee onmiddellijk nadat de Commissie haar beschikking heeft gegeven, in functie treedt. Daarom stellen de partijen onmiddellijk na de beschikking van de Commissie een geschikte trustee voor ([1]) en is in de verbintenissen in de regel bepaald dat de aangemelde concentratie pas tot stand kan worden gebracht na de aanstelling van de vooraf door de Commissie goedgekeurde toezichthoudende trustee ([2]). De situatie ligt anders voor de met de afstoting belaste trustee die ruim vóór het eind van de eerste afstotingsperiode moet worden aangesteld ([3]), zodat zijn opdracht kan beginnen te lopen bij de aanvang van de periode voor afstoting door een trustee.

124. Beide soorten trustees worden door de partijen aangesteld op basis van een opdracht voor de trustee, die de partijen en de trustee zijn aangegaan. De aanstelling en de opdracht behoeven de goedkeuring van de Commissie, die over beoordelingsvrijheid beschikt bij de selectie van de trustee en nagaat of de beoogde kandidaat geschikt is voor de taken in de betrokken zaak. De trustee is onafhankelijk van de partijen, beschikt over de voor de uitoefening van zijn taak benodigde vakbekwaamheid en heeft geen belangenconflict of zal er geen hebben.

125. De Commissie beoordeelt de vereiste kwalificaties in het licht van de vereisten van de betrokken zaak, daaronder begrepen de geografische zone en de betrokken bedrijfstak. De ervaring van de Commissie leert dat accountantskantoren en andere managementadviesbureaus bijzonder geschikt blijken om de taken van een toezichthoudende trustee uit te oefenen. Personen die in de betrokken bedrijfstak hebben gewerkt, zijn mogelijk ook geschikte kandidaten voor het vervullen van die rol wanneer zij over de nodige middelen beschikken om de betrokken taken uit te oefenen. Zakenbanken lijken bijzonder geschikt voor de rol van de met de afstoting belaste trustee. De onafhankelijkheid van de trustee is van cruciaal belang om deze correct zijn opdracht te laten vervullen van toezicht, namens de Commissie, op de inachtneming van de verbintenissen door de partijen en om zijn geloofwaardigheid ten opzichte van derden te verzekeren. Met name zal de Commissie geen personen of instellingen als trustees toelaten die terzelfder tijd accountants van de partijen zijn of bij de afstoting optreden als hun investeringsadviseurs. De betrekkingen van de trustee met de partijen zullen evenwel geen belangenconflicten opleveren indien die betrekkingen niet ten koste gaan van de objectiviteit en de onafhankelijkheid van de trustee bij de uitoefening van zijn taken. Het staat aan de partijen om de Commissie alle nuttige gegevens te verstrekken zodat deze kan nagaan of de trustee aan deze vereisten voldoet. De aanstelling van de trustee wordt onherroepelijk na de goedkeuring door de partijen, tenzij de trustee, met instemming of op verzoek van de Commissie, wordt vervangen.

126. In de opdracht van de trustee worden zijn taken zoals die in de verbintenissen zijn aangegeven, verder omschreven; deze opdracht bevat ook alle bepalingen die benodigd zijn om de trustee in staat te stellen zijn taken uit hoofde van de door de Commissie goedgekeurde verbintenissen te vervullen. De vergoeding van de trustee in het kader van diens opdracht valt ten laste van de partijen en de vergoedingsregeling is zodanig dat zij geen afbreuk doet aan de onafhankelijkheid en de effectiviteit van de trustee bij het vervullen van zijn opdracht. De Commissie keurt een trustee alleen goed wanneer er een geschikte opdracht voorligt. In voorkomend geval kan zij de identiteit van de trustee en een samenvatting van zijn taken bekendmaken.

127. In de opdracht is bepaald dat de trustee, na uitvoering van de specifieke verbintenissen waarop hij diende toe te zien (dus wanneer de eigendomstitel van het af te stoten bedrijfsonderdeel effectief is overgedragen aan de koper en na het aflopen van een aantal specifieke verplichtingen die na de afstoting blijven voortbestaan), de Commissie verzoekt hem van alle verdere verantwoordelijkheid te ontslaan. Zelfs wanneer de Commissie de trustee van alle verantwoordelijkheid heeft ontslagen, bestaat de mogelijkheid dat zij de trustee op basis van de verbintenissen opnieuw moet aanstellen indien zij achteraf tot de vaststelling komt dat de desbetreffende verbintenissen mogelijk niet volledig en naar behoren ten uitvoer zijn gelegd.

([1]) Normaal gesproken is in de verbintenissen bepaald dat een toezichthoudende trustee wordt voorgesteld binnen twee weken te rekenen vanaf het tijdstip van de beschikking.

([2]) Zie beschikking van 14 november 2006 in zaak COMP/M.4180 — GdF/Suez; beschikking van 12 december 2006 in zaak COMP/M.4187 — Metso/Aker Kvaerner, en beschikking van 20 april 2006 in zaak COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring.

([3]) In de regel eist de Commissie dat de aanstelling ten minste één maand vóór het aflopen van de eerste afstotingsperiode plaatsvindt.

5. **Verplichtingen van de partijen na de tenuitvoerlegging van de afstoting**

128. In de verbintenissen is voorts bepaald dat de Commissie gedurende een periode van 10 jaar na het geven van de beschikking waarin de verbintenissen worden goedgekeurd, de partijen om inlichtingen kan verzoeken. Zodoende kan de Commissie toezicht houden op de effectieve tenuitvoerlegging van de corrigerende maatregel.

6. **Tenuitvoerlegging van andere verbintenissen**

129. Van de beginselen voor de tenuitvoerlegging van verbintenissen zoals die hier werden behandeld, zijn er vele ook toepasbaar op andere soorten verbintenissen indien deze na de beschikking ten uitvoer moeten worden gelegd. Wanneer bijvoorbeeld bepaald is dat de begunstigde van een licentie de goedkeuring van de Commissie behoeft, kunnen de overwegingen ten aanzien van de goedkeuring van de koper worden toegepast. Gezien het brede scala van verbintenissen, andere dan afstotingen, kunnen geen algemene en omvattende eisen voor de tenuitvoerlegging van dit soort verbintenissen worden geformuleerd.

130. Gezien evenwel de lange periode waarover verbintenissen, andere dan afstotingen, lopen en het feit dat deze vaak complex zijn, zijn vaak ver doorgedreven inspanningen op het gebied van toezicht en specifieke toezichtsinstrumenten vereist, wil de Commissie kunnen concluderen dat zij effectief ten uitvoer worden gelegd. Daarom zal de Commissie vaak eisen dat een trustee toeziet op de tenuitvoerlegging van dergelijke verbintenissen en dat een versnelde arbitrageprocedure wordt uitgewerkt om een mechanisme voor geschillenbeslechting te bieden en ervoor te zorgen dat de verbintenissen afdwingbaar zijn door de marktdeelnemers zelf. In eerdere zaken heeft de Commissie vaak geëist dat niet alleen een trustee werd aangesteld, maar ook een arbitrageclausule werd opgenomen ([1]). Onder die omstandigheden ziet de trustee toe op de tenuitvoerlegging van de verbintenissen, maar kan hij ook bijstand leveren in arbitrageprocedures zodat deze binnen een kort tijdbestek worden afgerond.

([1]) Een dergelijke aanpak van gecombineerd toezicht bestaande uit arbitrage en een toezichthoudende trustee werd bijvoorbeeld gebruikt in beschikking van 10 juli 2002 in zaak COMP/M.2803 — Telia/Sonera; beschikking van 2 september 2003 in zaak COMP/M.3083 — GE/Instrumentarium, en beschikking van 29 september 2003 in zaak COMP/M.3225 — Alcan/Pechiney II.