

II

(Mededelingen)

MEDEDELINGEN VAN DE INSTELLINGEN EN ORGANEN VAN DE EUROPESE
UNIE

COMMISSIE

**Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van
Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen**

(2008/C 95/01)

INHOUD

	<i>Bladzijde</i>
A. INLEIDING	4
B. HET BEGRIIP CONCENTRATIE	4
I. Fusies van voorheen onafhankelijke ondernemingen	5
II. Verkrijgen van zeggenschap	5
1. Het begrip zeggenschap	5
1.1. Persoon of onderneming die zeggenschap verkrijgt	5
1.2. Middelen van zeggenschap	7
1.3. Voorwerp van zeggenschap	9
1.4. Duurzame wijziging van zeggenschap	10
1.5. Nauw verweven transacties	12
1.5.1. Verhouding tussen artikel 3 en artikel 5, lid 2, tweede alinea	12
1.5.2. Van elkaar afhangende transacties en artikel 3	12
1.5.3. Opeenvolgende effectentransacties	14
1.5.4. Artikel 5, lid 2, tweede alinea	15
1.6. Interne herstructurering	15
1.7. Concentraties waarbij staatsondernemingen betrokken zijn	15
2. Uitsluitende zeggenschap	16

	<i>Bladzijde</i>
3. Gezamenlijke zeggenschap	17
3.1. Gelijkheid qua stemrechten of benoeming in besluitvormingsorganen	18
3.2. Vetorechten	18
3.3. Gezamenlijke uitoefening van stemrechten	19
3.4. Andere overwegingen in verband met gezamenlijke zeggenschap	21
III. Wijzigingen in de kwaliteit van de zeggenschap	21
1. Intrede van aandeelhouders met zeggenschap	22
2. Vermindering van het aantal aandeelhouders	23
IV. Gemeenschappelijke ondernemingen — het begrip volwaardigheid	23
1. Voldoende middelen om onafhankelijk op een markt werkzaam te zijn	24
2. Werkzaamheden buiten een bepaalde functie voor de moedervernootschappen	24
3. Afzet aan en bevoorrading bij de moedervernootschappen	24
4. Werking op duurzame basis	26
5. Wijzigingen in de werkzaamheden van de gemeenschappelijke onderneming	27
V. Uitzonderingen	27
VI. Afzien van concentraties	29
VII. Wijzigingen van transacties na een goedkeuringsbeschikking van de Commissie	30
C. COMMUNAUTAIRE DIMENSIE	30
I. Drempels	30
II. Het begrip betrokken onderneming	31
1. Algemeen	31
2. Fusies	31
3. Verkrijging van zeggenschap	31
III. Relevante datum voor het bepalen van de bevoegdheid	35
IV. Omzet	35
1. Het begrip omzet	35
2. Normale bedrijfsuitoefening	36
3. Netto-omzet	37
3.1. Aftrek van kortingen en belastingen	37
3.2. Behandeling van de „interne” omzet	37
4. Berekening van de omzet en financiële rekeningen	37
4.1. De algemene regel	37
4.2. Aanpassingen na de datum van de laatste gecontroleerde jaarrekeningen	38

	<i>Bladzijde</i>
5. Toerekening van omzet uit hoofde van artikel 5, lid 4	39
5.1. Vaststelling van de ondernemingen wier omzet in aanmerking wordt genomen	39
5.2. Toerekening van omzet aan de vastgestelde ondernemingen	42
5.3. Toerekening van omzet bij investeringsfondsen	42
5.4. Toerekening van omzet voor staatsondernemingen	43
V. Geografische toerekening van omzet	43
VI. Omrekening van de omzet in euro	45
VII. Bepalingen inzake kredietinstellingen en andere financiële instellingen en verzekeringsmaatschappijen	45
1. Toepassingsgebied	45
2. Berekening van de omzet	46
2.1. Berekening van de omzet van kredietinstellingen en financiële instellingen (andere dan financiële houdstermaatschappijen)	46
2.1.1. Algemeen	46
2.1.2. Omzet van leasingmaatschappijen	46
2.2. Verzekeringsmaatschappijen	47
2.3. Financiële houdstermaatschappijen	47

A. INLEIDING

- (1) Deze mededeling heeft tot doel richtsnoeren te verstrekken over de bevoegdheidskwesties die kunnen rijzen op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad (PB L 24 van 29.1.2003, blz. 1) (hierna „de concentratieverordening” genoemd) ⁽¹⁾. Aan de hand van deze formele richtsnoeren zouden ondernemingen sneller en nog voor zij met de Commissie contact opnemen, moeten kunnen vaststellen of en in hoeverre hun transacties onder toepassing van de communautaire controle op concentraties kunnen vallen.
- (2) Deze mededeling vervangt de mededeling betreffende het begrip „concentratie” ⁽²⁾, de mededeling inzake het begrip „volwaardige gemeenschappelijke onderneming” ⁽³⁾, de mededeling betreffende het begrip „betrokken onderneming” ⁽⁴⁾ en de mededeling betreffende de berekening van de omzet ⁽⁵⁾.
- (3) Deze mededeling betreft de in de artikelen 1, 3 en 5 van de concentratieverordening omschreven begrippen concentratie, volwaardige gemeenschappelijke onderneming en betrokken onderneming alsook de berekening van de omzet. Kwesties in verband met verwijzingen komen aan bod in de mededeling betreffende de verwijzing ⁽⁶⁾. De in deze mededeling gegeven uitlegging van de Commissie van de artikelen 1, 3 en 5 doet geen afbreuk aan de uitlegging die kan worden gegeven door het Hof van Justitie of het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen.
- (4) De in deze mededeling uiteengezette richtsnoeren zijn de neerslag van de ervaring die de Commissie heeft opgedaan bij de toepassing van de herschikte concentratieverordening en de vroegere concentratieverordening, sedert laatstgenoemde verordening op 21 september 1990 in werking trad. De algemene beginselen in verband met de kwesties die in deze mededeling aan bod komen, zijn niet gewijzigd door de inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 139/2004, doch indien zich wijzigingen hebben voorgedaan, komen die wijzigingen in deze mededeling uitdrukkelijk aan bod. De in deze mededeling vervatte beginselen zullen door de Commissie in individuele gevallen worden toegepast en verder ontwikkeld.
- (5) Ingevolge artikel 1 van de concentratieverordening geldt de verordening slechts voor transacties die aan twee voorwaarden voldoen. Ten eerste moet er sprake zijn van een concentratie van twee of meer ondernemingen in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening. Ten tweede moet de omzet van de betrokken ondernemingen, die overeenkomstig artikel 5 moet worden berekend, voldoen aan de drempels die in artikel 1 van de verordening zijn vastgesteld. De eerste voorwaarde, namelijk het begrip concentratie, komt met inbegrip van de bijzondere vereisten voor gemeenschappelijke ondernemingen aan bod in deel B van deze mededeling. De tweede voorwaarde, namelijk de vaststelling van de betrokken ondernemingen en de berekening van hun omzet, komt aan bod in deel C van deze mededeling.
- (6) De Commissie behandelt het vraagstuk van haar bevoegdheid in beschikkingen overeenkomstig artikel 6 van de concentratieverordening ⁽⁷⁾.

B. HET BEGRIP CONCENTRATIE

- (7) Volgens artikel 3, lid 1, van de concentratieverordening heeft een concentratie slechts betrekking op transacties waarbij er een duurzame wijziging van zeggenschap in de betrokken ondernemingen plaatsvindt. In overweging 20 van de concentratieverordening is voorts uiteengezet dat het de bedoeling is het begrip concentratie dusdanig te definiëren dat het betrekking heeft op transacties die een blijvende wijziging in de structuur van de markt teweegbrengen. Omdat bij de toetsing aan artikel 3 het begrip zeggenschap centraal staat, hangt het bestaan van een concentratie in grote mate af van kwalitatieve eerder dan van kwantitatieve criteria.

⁽¹⁾ Indien in deze mededeling onderscheid moet worden gemaakt tussen Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad (PB L 395 van 30.12.1989, gerectificeerd in PB L 257 van 21.9.1990, blz. 13, verordening laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1310/97, PB L 180 van 9.7.1997, blz. 1, gerectificeerd in PB L 40 van 13.2.1998, blz. 17), zal de verordening van 2004 „de herschikte concentratieverordening” worden genoemd en de verordening van 1989 „de vroegere concentratieverordening”. Artikelen zonder referentie verwijzen naar de herschikte concentratieverordening.

⁽²⁾ PB C 66 van 2.3.1998, blz. 5.

⁽³⁾ PB C 66 van 2.3.1998, blz. 1.

⁽⁴⁾ PB C 66 van 2.3.1998, blz. 14.

⁽⁵⁾ PB C 66 van 2.3.1998, blz. 25.

⁽⁶⁾ PB C 56 van 5.3.2005, blz. 2.

⁽⁷⁾ Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Kokott van 26 april 2007 in zaak C-202/06 P, Cementbouw/Commissie, punt 56 (nog niet gepubliceerd).

- (8) In artikel 3, lid 1, van de concentratieverordening zijn twee categorieën concentraties omschreven:
- die welke tot stand komen door een fusie van twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen (onder a));
 - die welke tot stand komen door het verkrijgen van zeggenschap (onder b)).

Deze twee categorieën worden respectievelijk behandeld in de hoofdstukken I en II.

I. FUSIES VAN VOORHEEN ONAFHANKELIJKE ONDERNEMINGEN

- (9) Van een fusie in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), van de concentratieverordening is sprake wanneer twee of meer onafhankelijke ondernemingen opgaan in een nieuwe onderneming en ophouden te bestaan als afzonderlijke rechtspersonen. Voorts is van een fusie sprake wanneer een onderneming door een andere wordt opgeslorpt, waarbij laatstgenoemde haar rechtspersoonlijkheid behoudt, doch eerstgenoemde ophoudt als rechtspersoon te bestaan ⁽⁸⁾.
- (10) Van een fusie in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), is ook sprake wanneer juridisch gezien geen fusie plaatsvindt, doch de activiteiten van voorheen onafhankelijke ondernemingen zodanig gecombineerd worden dat er één economische eenheid ontstaat ⁽⁹⁾. Hiervan kan met name sprake zijn wanneer twee of meer ondernemingen weliswaar als afzonderlijke rechtspersonen blijven voortbestaan, doch bij overeenkomst een gemeenschappelijk ondernemingsbestuur ⁽¹⁰⁾ of de structuur van een „dual listed” vennootschap ⁽¹¹⁾ in het leven roepen. Indien dit leidt tot een feitelijk samengaan van de betrokken ondernemingen in één economische eenheid, wordt de transactie als een fusie beschouwd. De voorwaarde voor een dergelijke feitelijke fusie is het bestaan van één duurzaam ondernemingsbestuur. Andere relevante factoren zijn de interne verrekening van winst en verlies, de verdeling van inkomsten over de verschillende entiteiten van de groep en hun gezamenlijke aansprakelijkheid of delen van externe risico's. De feitelijke fusie kan uitsluitend op contractuele afspraken zijn gebaseerd ⁽¹²⁾, doch kan ook worden versterkt door kruisparticipaties tussen de ondernemingen die de economische eenheid vormen.

II. VERKRIJGEN VAN ZEGGENSCHAP

1. Het begrip zeggenschap

1.1. *Persoon of onderneming die zeggenschap verkrijgt*

- (11) In artikel 3, lid 1, onder b), is bepaald dat een concentratie tot stand komt bij het verkrijgen van zeggenschap. Zeggenschap kan worden verkregen door een onderneming die alleen handelt of door verschillende gezamenlijk handelende ondernemingen.

⁽⁸⁾ Zie bijvoorbeeld zaak COMP/M.1673 (Veba/VIAG) van 13 juni 2000; zaak COMP/M.1806 (AstraZeneca/Novartis) van 26 juli 2000; zaak COMP/M.2208 (Chevron/Texaco) van 26 januari 2001, en zaak IV/M.1383 (Exxon/Mobil) van 29 september 1999. Er is geen sprake van een fusie in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), indien de doelvennootschap fuseert met een dochteronderneming van de verwervende vennootschap waardoor de moedervennootschap over de doelvennootschap zeggenschap verkrijgt in de zin van artikel 3, lid 1, onder b) (zie zaak COMP/M.2510 (Cendant/Galileo) van 24 september 2001).

⁽⁹⁾ Wanneer wordt nagegaan of de ondernemingen voorheen onafhankelijk waren, kan de kwestie van de zeggenschap van belang zijn, aangezien de fusie anders misschien niet meer is dan een interne herstructurering binnen de groep. In die specifieke context volgt de beoordeling van de zeggenschap ook het algemene begrip dat hieronder is uiteengezet en omvat het zowel de juridische als de feitelijke zeggenschap.

⁽¹⁰⁾ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een „Gleichordnungskonzern” naar Duits recht, bepaalde „groupements d'intérêt économique” naar Frans recht en de fusie van maatschappen zoals in zaak IV/M.1016 (Price Waterhouse/Coopers&Lybrand) van 20 mei 1998.

⁽¹¹⁾ Zaak IV/M.660 (RTZ/CRA) van 7 december 1995, en zaak COMP/M.3071 (Carnival Corporation/P&O Princess II) van 24 juli 2002.

⁽¹²⁾ Zie zaak IV/M.1016 (Price Waterhouse/Coopers&Lybrand) van 20 mei 1998, en zaak COMP/M.2824 (Ernst & Young/Andersen Germany) van 27 augustus 2002.

Persoon met zeggenschap over een andere onderneming

- (12) Zeggenschap kan ook worden verkregen door een persoon die reeds (alleen of met anderen) zeggenschap over ten minste één andere onderneming bezit, of gezamenlijk door een aantal personen (die zeggenschap over een andere onderneming bezitten) en ondernemingen. Het begrip persoon heeft in dit verband zowel betrekking op publiekrechtelijke⁽¹³⁾ als op privaatrechtelijke lichamen, alsook op natuurlijke personen. Verkrijgingen van zeggenschap door natuurlijke personen worden slechts geacht een duurzame wijziging in de structuur van de betrokken ondernemingen teweeg te brengen, indien die natuurlijke personen andere economische activiteiten voor eigen rekening verrichten of indien zij zeggenschap over ten minste één andere onderneming bezitten⁽¹⁴⁾.

Verkrijger van zeggenschap

- (13) Zeggenschap wordt normaal gesproken verkregen door personen of ondernemingen die zelf rechthebbenden zijn of aan de betrokken overeenkomsten zeggenschapsrechten ontlelen (artikel 3, lid 3, onder a)). Er doen zich echter ook situaties voor waarin de formele houder van een zeggenschapsbelang en de persoon of onderneming die in feite de werkelijke bevoegdheid heeft de daaruit voortvloeiende rechten uit te oefenen, niet dezelfde zijn. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een onderneming voor het verkrijgen van een zeggenschapsbelang gebruik maakt van een andere persoon of onderneming en de bevoegdheid heeft via deze persoon of onderneming de zeggenschapsrechten uit te oefenen, dat wil zeggen laatstgenoemde is formeel gezien de rechthebbende, doch treedt slechts als stroman op. In een dergelijke situatie wordt zeggenschap verkregen door de onderneming die in werkelijkheid achter de transactie zit en in feite de bevoegdheid heeft zeggenschap over de doelonderneming uit te oefenen (artikel 3, lid 3, onder b)). Het Gerecht van eerste aanleg heeft uit deze bepaling geconcludeerd dat zeggenschap die in handen is van een handelsvennootschap, aan haar enige aandeelhouder, haar meerderheidsaandeelhouders of haar aandeelhouders met gezamenlijke zeggenschap over de vennootschap kan worden toegeschreven, aangezien een handelsvennootschap zich in elk geval voegt naar de beslissingen van deze aandeelhouders⁽¹⁵⁾. Een zeggenschapsdeelneming die in handen is van verschillende entiteiten van een groep wordt normaal gesproken toegekend aan de onderneming die zeggenschap uitoefent over de verschillende formele rechthebbenden. In andere gevallen kan dit soort onrechtstreekse zeggenschap worden aangetoond met bijvoorbeeld participaties, contractuele betrekkingen, bronnen van financiering of familiebanden⁽¹⁶⁾, factoren die zich afzonderlijk of in combinatie kunnen voordoen en die per geval dienen te worden beoordeeld.

Verkrijgen van zeggenschap door investeringsfondsen

- (14) In het geval van verkrijging van zeggenschap door investeringsfondsen rijzen specifieke vragen. De Commissie zal geval per geval de structuren analyseren waarbij investeringsfondsen zijn betrokken, doch op basis van de vroegere ervaring van de Commissie kunnen enkele algemene kenmerken van dergelijke structuren worden geschetst.
- (15) Investeringsfondsen worden vaak opgericht in de rechtsvorm van commanditaire vennootschappen, waarin de investeerders als commanditaire vennoot deelnemen, gewoonlijk zonder individueel of collectief zeggenschap uit te oefenen. De investeringsfondsen verwerven doorgaans de aandelen en stemrechten die zeggenschap verschaffen over de vennootschappen die in portefeuille worden gehouden. Naargelang de omstandigheden wordt de zeggenschap uitgeoefend door de investeringsmaatschappij die het fonds heeft opgericht, aangezien het fonds zelf doorgaans niet meer is dan een louter investeringsinstrument. In meer uitzonderlijke omstandigheden kan de zeggenschap door het fonds zelf worden uitgeoefend. De investeringsmaatschappij oefent de zeggenschap doorgaans via de organisatorische structuur uit, bijvoorbeeld door zeggenschap uit te oefenen over de beherende vennoot van fondsvennootschappen of op grond van contractuele afspraken, zoals adviesovereenkomsten, of op grond van een combinatie van beide. Dit kan het geval zijn zelfs indien de investeringsmaatschappij niet zelf de vennootschap bezit die als beherende vennoot optreedt, doch de aandelen daarvan in handen zijn van natuurlijke personen (die banden kunnen hebben met de investeringsmaatschappij) of van een trust.

⁽¹³⁾ Met inbegrip van de staat zelf, zie bijvoorbeeld zaak IV/M.157 (Air France/Sabena) van 5 oktober 1992 met betrekking tot de Belgische staat; voor andere publiekrechtelijke lichamen, zoals de Treuhandanstalt, zie zaak IV/M.308 (Kali und Salz/MDK/Treuhand) van 14 december 1993. Zie echter overweging 22 van de concentratieverordening.

⁽¹⁴⁾ Zaak IV/M.82 (Asko/Jacobs/Adia) van 16 mei 1991 waarin een van de betrokken ondernemingen een particulier was, en zaak COMP/M.3762 (Apax/Travelex) van 16 juni 2005 waarin een particulier die gezamenlijke zeggenschap verkreeg niet als een betrokken onderneming werd beschouwd.

⁽¹⁵⁾ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 23 februari 2006 in zaak T-282/02, Cementbouw/Commissie, Jurispr. 2006, blz. II-319, punt 72.

⁽¹⁶⁾ Zie zaak M.754 (Anglo American Corporation/Lonrho) van 23 april 1997.

Contractuele afspraken met de investeringsmaatschappij, met name adviesovereenkomsten, worden zelfs nog belangrijker indien de beherende vennoot geen eigen middelen en personeel heeft voor het beheer van de vennootschappen die in portefeuille worden gehouden, doch slechts een vennootschapsstructuur vormt wier handelingen worden verricht door personen die banden hebben met de investeringsmaatschappij. In die omstandigheden verkrijgt de investeringsmaatschappij normaal gesproken onrechtstreekse zeggenschap in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), en artikel 3, lid 3, onder b), van de concentratieverordening en heeft zij de bevoegdheid de rechten uit te oefenen die rechtstreeks in handen zijn van het investeringsfonds ⁽¹⁷⁾.

1.2. *Middelen van zeggenschap*

- (16) Zeggenschap is in artikel 3, lid 2, van de concentratieverordening gedefinieerd als de mogelijkheid een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming. Er hoeft derhalve niet te worden aangetoond dat de beslissende invloed daadwerkelijk wordt of zal worden uitgeoefend. De mogelijkheid om die invloed uit te oefenen moet echter reëel zijn ⁽¹⁸⁾. Artikel 3, lid 2, bepaalt voorts dat de mogelijkheid beslissende invloed uit te oefenen op een onderneming, kan berusten op rechten, overeenkomsten of andere middelen, hetzij afzonderlijk hetzij gezamenlijk, met inachtneming van alle feitelijke en juridische omstandigheden. Een concentratie kan derhalve op een feitelijke of een juridische basis tot stand komen, kan de vorm aannemen van individuele of gezamenlijke zeggenschap en kan betrekking hebben op één of meer ondernemingen of delen daarvan (zie artikel 3, lid 1, onder b)).

Zeggenschap door de verwerving van aandelen of vermogensbestanddelen

- (17) Of een transactie tot verkrijging van zeggenschap leidt, is derhalve afhankelijk van een aantal juridische en/of feitelijke factoren. De meeste gebruikelijke manier om zeggenschap te verkrijgen, is de verwerving van aandelen, mogelijk in combinatie met een aandeelhoudersovereenkomst in gevallen van gezamenlijke zeggenschap, of de verwerving van vermogensbestanddelen.

Zeggenschap op een contractuele grondslag

- (18) Zeggenschap kan ook op een contractuele grondslag worden verkregen. Om zeggenschap te verschaffen, moet de overeenkomst leiden tot een soortgelijke zeggenschap over het beheer en de middelen van de andere onderneming als bij verkrijging van aandelen of vermogensbestanddelen. Dergelijke overeenkomsten moeten niet alleen zeggenschap over het beheer en de middelen verschaffen, doch ook worden gekenmerkt door een uiterst lange duur (doorgaans zonder de mogelijkheid dat de partij die de contractuele rechten verleent, de overeenkomst vroegtijdig opzegt). Alleen dergelijke overeenkomsten kunnen een wijziging in de structuur van de markt teweegbrengen ⁽¹⁹⁾. Voorbeelden van dergelijke overeenkomsten zijn de organisatorische overeenkomsten krachtens het nationale vennootschapsrecht ⁽²⁰⁾ of andere soorten overeenkomsten, bijvoorbeeld in de vorm van overeenkomsten voor de huur van het bedrijf, waarbij de verkrijger zeggenschap verkrijgt over het beheer en de middelen, ofschoon de eigendomsrechten of de aandelen niet worden overgedragen. In dit verband is artikel 3, lid 2, onder a), bepaald dat zeggenschap ook kan bestaan in een gebruiksrecht op de vermogensbestanddelen van een onderneming ⁽²¹⁾. Dergelijke overeenkomsten kunnen ook leiden tot een situatie van gezamenlijke zeggenschap, indien zowel de eigenaar van de vermogensbestanddelen als de onderneming die zeggenschap heeft over het beheer, een vetorecht hebben ten aanzien van strategische commerciële beslissingen ⁽²²⁾.

⁽¹⁷⁾ Deze structuur heeft ook een effect op de berekening van de omzet in situaties waarbij investeringsfondsen zijn betrokken, zie punt 189 en volgende.

⁽¹⁸⁾ Zie arrest Cementbouw/Commissie, reeds aangehaald, punt 58.

⁽¹⁹⁾ In zaak COMP/M.3858 (Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien) van 20 juli 2005 hadden de beheersovereenkomsten een duur van 10-15 jaar, en in zaak COMP/M.2632 (Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV) van 11 februari 2002 had de overeenkomst een duur van 8 jaar.

⁽²⁰⁾ Voorbeelden van dergelijke specifieke overeenkomsten krachtens het nationale vennootschapsrecht zijn het „Beherrschungsvertrag” naar Duits recht of het „contrato de subordinação” naar Portugees recht. Dit soort overeenkomsten bestaat niet in alle lidstaten.

⁽²¹⁾ Zie zaak COMP/M.2060 (Bosch/Rexroth) van 12 januari 2001 betreffende een „Beherrschungsvertrag” in combinatie met een huur van het bedrijf; zaak COMP/M.3136 (GE/Agfa NDT) van 5 december 2003 betreffende een specifieke overeenkomst waarbij de zeggenschap over de middelen van de onderneming, het beheer en de risico's werden overgedragen, en zaak COMP/M.2632 (Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV) van 11 februari 2002 betreffende de huur van een bedrijf.

⁽²²⁾ Zaak COMP/M.3858 (Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien) van 20 juli 2005, en ook zaak IV/M.126 (Accor/Wagon-Lits) van 28 april 1992 in het kader van artikel 5, lid 4, onder b), van de concentratieverordening.

Zeggenschap op andere wijzen

- (19) Op grond van deze overwegingen verschaffen franchiseovereenkomsten als zodanig de franchisegever normaal gezien geen zeggenschap over de onderneming van de franchisenemer. De franchisenemer exploiteert de middelen van de onderneming doorgaans voor eigen rekening, zelfs indien essentiële onderdelen van de vermogensbestanddelen eigendom van de franchisegever kunnen zijn ⁽²³⁾. Voorts vormen louter financiële overeenkomsten, zoals sale-and-lease-backtransacties met afspraken in verband met de terugkoop van vermogensbestanddelen aan het einde van de termijn, doorgaans geen concentratie aangezien zij de zeggenschap over het beheer en de middelen niet wijzigen.
- (20) Voorts kan zeggenschap ook op andere wijzen tot stand komen. Louter economische betrekkingen kunnen een doorslaggevende rol spelen voor de verkrijging van zeggenschap. In uitzonderlijke omstandigheden kan een situatie van economische afhankelijkheid feitelijk tot zeggenschap leiden, bijvoorbeeld wanneer zeer belangrijke langlopende leveringsovereenkomsten of door leveranciers of afnemers verstrekte kredieten in combinatie met structurele banden, een beslissende invloed verschaffen ⁽²⁴⁾. In een dergelijke situatie zal de Commissie zorgvuldig nagaan of dergelijke economische banden in combinatie met andere banden volstaan om tot een duurzame wijziging van zeggenschap te leiden ⁽²⁵⁾.
- (21) De zeggenschap kan worden verkregen zelfs indien de partijen niet die bedoeling hadden of indien de verkrijger alleen passief is en de verkrijging van zeggenschap door handelingen van derden teweeg is gebracht. Voorbeelden zijn situaties waarin de wijziging van zeggenschap het gevolg is van de nalatenschap van een aandeelhouder of waar de uittrede van een aandeelhouder een wijziging van zeggenschap meebrengt, inzonderheid een wijziging van gezamenlijke zeggenschap naar uitsluitende zeggenschap ⁽²⁶⁾. Artikel 3, lid 1, onder b), is op dergelijke scenario's van toepassing door de formulering dat zeggenschap ook „op elke andere wijze” kan worden verkregen.

Zeggenschap en nationaal vennootschapsrecht

- (22) De nationale wetgeving van een lidstaat kan specifieke regels vaststellen voor de samenstelling van de organen waarin zich het besluitvormingsproces in een onderneming voltrekt. Ofschoon dergelijke wetgeving een zekere zeggenschap kan verschaffen aan personen die geen aandeelhouder zijn, bijvoorbeeld werknemersvertegenwoordigers, houdt het begrip zeggenschap in de zin van de concentratieverordening geen verband met dergelijke wijzen van verkrijging van zeggenschap, aangezien de concentratieverordening vooral betrekking heeft op beslissende invloed die kan worden uitgeoefend op basis van rechten, vermogensbestanddelen of overeenkomsten of gelijkwaardige feitelijke middelen. Beperkingen in de statuten van de vennootschap of in het gemeenrecht ten aanzien van de personen die lid kunnen zijn van de raad van bestuur, zoals bepalingen die vereisen dat onafhankelijke leden worden benoemd of die de benoeming van werknemers of vertegenwoordigers van de moedervennootschappen verbieden, sluiten niet uit dat er sprake is van zeggenschap, zolang de aandeelhouders beslissen over de samenstelling van de besluitvormingsorganen ⁽²⁷⁾. En ook indien de vennootschapsorganen volgens de nationale wetgeving in het belang van de vennootschap beslissingen moeten nemen, zijn het de personen die over de stemrechten beschikken, die de bevoegdheid hebben die beslissingen te nemen en derhalve de mogelijkheid hebben beslissende invloed uit te oefenen op de vennootschap ⁽²⁸⁾.

⁽²³⁾ Zaak M.940 (UBS/Mister Minit) in het kader van artikel 5, lid 4, onder b), van de concentratieverordening. Voor de behandeling van betrekkingen uit hoofde van franchiseovereenkomsten bij de beoordeling vanuit het oogpunt van de mededinging, zie zaak COMP/M.4220 (Food Service Project/Tele Pizza) van 6 juni 2006. De situatie in zaak IV/M.126 (Accor/Wagon-Lits) van 28 april 1992 moet echter van franchiseovereenkomsten worden onderscheiden. In die zaak, die ook aan artikel 5, lid 4, onder b), werd getoetst, had het hotelbedrijf het recht ook hotels te beheren waarin het slechts een minderheidsdeelneming bezat, aangezien in de langdurige overeenkomsten betreffende het hotelbeheer een clause was opgenomen waardoor het beslissende invloed kon uitoefenen op de dagelijkse werking van deze hotels, waaronder op beslissingen in verband met financiële kwesties.

⁽²⁴⁾ Zie zaak IV/M.794 (Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB) van 22 januari 1997; zaak IV/ECSC.1031 (US/Sollac/Bamessa) van 28 juli 1993, en zaak IV/M.625 (Nordic Capital/Transpool) van 23 augustus 1995. Voor de criteria zie ook zaak IV/M.697 (Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation) van 27 maart 1996.

⁽²⁵⁾ Zie zaak IV/M.258 (CCIE/GTE) van 25 september 1992 waarin de Commissie concludeerde dat er van zeggenschap geen sprake was omdat de betrokken handelsovereenkomsten tijdelijk van aard waren.

⁽²⁶⁾ Zie zaak COMP/M.3330 (RTL/M6) van 12 maart 2004, en zaak COMP/M.452 (Avesta (II)) van 9 juni 1994.

⁽²⁷⁾ Zie arrest Cementbouw/Commissie, reeds aangehaald, punten 70, 73 en 74.

⁽²⁸⁾ Zie arrest Cementbouw/Commissie, reeds aangehaald, punt 79.

Zeggenschap op andere terreinen van de wetgeving

- (23) Het begrip zeggenschap in de zin van de concentratieverordening kan afwijken van het begrip dat wordt toegepast op bepaalde terreinen van de communautaire en de nationale wetgeving, bijvoorbeeld op het gebied van de prudentiële regels, belastingen, luchtvervoer of de media. De uitlegging van het begrip zeggenschap op andere terreinen is derhalve niet noodzakelijkerwijs bepalend voor het begrip zeggenschap in de zin van de concentratieverordening.

1.3. Voorwerp van zeggenschap

- (24) Artikel 3, lid 1, onder b), en artikel 3, lid 2, van de concentratieverordening bepalen dat het voorwerp van zeggenschap kan bestaan uit één of meer ondernemingen die rechtspersoonlijkheid bezitten, of delen daarvan, of uit de vermogensbestanddelen van een onderneming of delen daarvan. De verkrijging van zeggenschap over vermogensbestanddelen kan alleen als een concentratie worden beschouwd indien die vermogensbestanddelen het geheel of een deel van een onderneming vormen, dat wil zeggen een bedrijf dat op de markt aanwezig is en waaraan duidelijk een marktomzet kan worden toegewezen ⁽²⁹⁾. De overdracht van het klantenbestand van een bedrijf kan aan deze criteria voldoen, indien dit volstaat om een bedrijf met een marktomzet over te dragen ⁽³⁰⁾. Een transactie die beperkt is tot immateriële vermogensbestanddelen, zoals merken, octrooien of auteursrechten, kan ook als een concentratie worden beschouwd indien die vermogensbestanddelen een bedrijf met omzet op de markt vormen. In elk geval kan de overdracht van licenties voor merken, octrooien of auteursrechten, zonder aanvullende vermogensbestanddelen, slechts aan deze criteria voldoen indien de licenties ten minste op een bepaald grondgebied exclusief zijn en de overdracht van de omzetgenererende activiteit door de overdracht van licenties tot stand komt ⁽³¹⁾. Voor niet-exclusieve licenties kan worden uitgesloten dat zij als zodanig een bedrijf vormen waaraan een omzet op de markt is gekoppeld.
- (25) Specifieke vragen rijzen in zaken waarin een onderneming eigen activiteiten, zoals het verrichten van diensten of het vervaardigen van producten, aan een dienstverrichter uitbestedt (outsourcing). Een typisch geval is de outsourcing van IT-diensten aan gespecialiseerde IT-bedrijven. Outsourcingovereenkomsten kunnen verschillende vormen aannemen. Hun gemeenschappelijke kenmerk is dat de dienstverrichter aan wie de diensten zijn uitbested, die diensten zal verrichten voor de klant die deze diensten vroeger zelf verrichtte. Bij eenvoudige outsourcing is er geen sprake van overdracht van vermogensbestanddelen of werknemers aan de dienstverrichter aan wie de diensten zijn uitbested, doch houdt de klant doorgaans vermogensbestanddelen of werknemers. Een dergelijke outsourcingovereenkomst lijkt op een normaal dienstencontract en zelfs indien de dienstverrichter aan wie de diensten zijn uitbested, het recht verwerft om deze vermogensbestanddelen en werknemers van de klant te beheren, is er geen sprake van een concentratie indien de vermogensbestanddelen en de werknemers uitsluitend zullen worden gebruikt om diensten voor de klant te verrichten.
- (26) De situatie kan er anders uitzien indien de dienstverrichter aan wie de diensten zijn uitbested, niet alleen een bepaalde activiteit overneemt die vroeger intern werd verricht, doch ook de nodige vermogensbestanddelen en/of personeelsleden overneemt. In die omstandigheden is er slechts sprake van een concentratie indien de vermogensbestanddelen het geheel of een deel van een onderneming vormen, dat wil zeggen een bedrijf met toegang tot de markt. Dit vereist dat de vermogensbestanddelen die vroeger door de verkoper voor interne activiteiten werden gebruikt, de dienstverrichter aan wie de diensten zijn uitbested in staat zullen stellen niet alleen voor de uitbestedende klant diensten te verrichten, doch ook voor derden, hetzij onmiddellijk, hetzij binnen een korte termijn na de overdracht. Dit is het geval indien de overdracht betrekking heeft op een interne bedrijfseenheid of een dochteronderneming die reeds voor derden diensten verricht. Indien er nog geen diensten voor derden worden verricht, moeten in het geval van vervaardiging de overgedragen vermogensbestanddelen onder meer bestaan uit productiefaciliteiten, de productknowhow (het volstaat dat de overgedragen vermogensbestanddelen het mogelijk maken om die capaciteit in de nabije toekomst op te bouwen) en, indien er nog geen toegang tot de markt bestaat,

⁽²⁹⁾ Zie bijvoorbeeld zaak COMP/M.3867 (Vattenfall/Elsam en E2 Assets) van 22 december 2005.

⁽³⁰⁾ Zaak COMP/M.2857 (ECS/IEH) van 23 december 2002.

⁽³¹⁾ Daarenboven zullen de toekenning van licenties en de overdracht van licenties voor octrooien slechts een concentratie vormen indien dit op duurzame wijze geschiedt. In dit verband gelden dezelfde overwegingen die hierboven in punt 18 zijn uiteengezet in verband met de verkrijging van zeggenschap op grond van (langetermijn)overeenkomsten.

de middelen waarmee de verkrijger binnen een korte termijn toegang tot de markt kan ontwikkelen (bijvoorbeeld aan de hand van bestaande overeenkomsten of merken) ⁽³²⁾. In het geval van het verrichten van diensten moeten de overgedragen vermogensbestanddelen onder meer bestaan uit de vereiste knowhow (bijvoorbeeld de betrokken personeelsleden en de intellectuele eigendom) en de faciliteiten die markttoegang mogelijk maken (bijvoorbeeld afzetfaciliteiten) ⁽³³⁾. De overgedragen vermogensbestanddelen moeten derhalve ten minste die essentiële onderdelen omvatten waarmee de verkrijger op de markt vaste voet kan krijgen binnen een termijn die vergelijkbaar is met de aanlooperperiode voor gemeenschappelijke ondernemingen (zie de uiteenzetting hieronder in de punten 97 en 100). Net als bij gemeenschappelijke ondernemingen zal de Commissie bij de beoordeling de uitgebreide ondernemingsplannen en de algemene kenmerken van de markt in aanmerking nemen.

- (27) Indien de overgedragen vermogensbestanddelen de koper niet ten minste in staat stellen een aanwezigheid op de markt te ontwikkelen, is het waarschijnlijk dat deze vermogensbestanddelen alleen zullen worden gebruikt om diensten voor de uitbestedende klant te verrichten. In die omstandigheden zal de transactie geen duurzame wijziging in de structuur van de markt teweegbrengen en lijkt de outsourcingovereenkomst opnieuw op een dienstencontract. De transactie zal geen concentratie vormen. De specifieke voorwaarden waaronder een gemeenschappelijke onderneming voor het verrichten van outsourcingdiensten als een concentratie kan worden beschouwd, worden in deze mededeling besproken in het deel over de volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen.

1.4. *Duurzame wijziging van zeggenschap*

- (28) Artikel 3, lid 1, van de concentratieverordening definieert het begrip concentratie zodanig dat het slechts van toepassing is op transacties die leiden tot een duurzame wijziging in de zeggenschap over de betrokken ondernemingen en, zoals toegevoegd in overweging 20, in de structuur van de markt. De concentratieverordening is derhalve niet van toepassing op transacties die slechts een tijdelijke wijziging van zeggenschap teweegbrengen. Een duurzame wijziging van zeggenschap is echter niet uitgesloten door het feit dat voor een bepaalde termijn tot de onderliggende overeenkomsten wordt togetreden, mits deze overeenkomsten hernieuwbaar zijn. Er kan zelfs sprake zijn van een concentratie in gevallen waarin overeenkomsten een definitieve einddatum hebben, indien de overeengekomen periode voldoende lang is om een duurzame wijziging in de zeggenschap over de betrokken onderneming teweeg te brengen ⁽³⁴⁾.
- (29) De vraag of een transactie een duurzame wijziging in de structuur van de markt teweegbrengt, is ook van belang voor de beoordeling van verschillende transacties die elkaar opvolgen, indien de eerste transactie louter van voorbijgaande aard is. In dit verband kunnen verschillende scenario's worden onderscheiden.
- (30) In het ene scenario komen verschillende ondernemingen samen, uitsluitend om een andere onderneming te verwerven en onmiddellijk na de voltooiing van de transactie op basis van een overeenkomst de verworven vermogensbestanddelen te verdelen volgens een vooraf bestaand plan. In die omstandigheden wordt de volledige doelvennootschap in een eerste stap verworven door één of meer ondernemingen. In een tweede stap worden de verkregen vermogensbestanddelen verdeeld over verschillende ondernemingen. De vraag is dan of de eerste transactie moet worden beschouwd als een afzonderlijke concentratie die leidt tot de verkrijging van de uitsluitende zeggenschap (in het geval van één koper) of van gezamenlijke zeggenschap (in het geval van gezamenlijke aankoop) over de volledige doelonderneming, dan wel of alleen de verkrijgingen in de tweede stap concentraties vormen, waarbij elk van de verwervende ondernemingen haar relevante deel van de doelonderneming verkrijgt.

⁽³²⁾ Zie zaak COMP/M.1841 (Celestica/IBM) van 25 februari 2000; zaak COMP/M.1849 (Solelectron/Ericsson) van 29 februari 2000; zaak COMP/M.2479 (Flextronics/Alcatel) van 29 juni 2001, en zaak COMP/M.2629 (Flextronics/Xerox) van 12 november 2001.

⁽³³⁾ Zie, in het kader van gemeenschappelijke ondernemingen, zaak IV/M.560 (EDS/Lufthansa) van 11 mei 1995, en zaak COMP/M.2478 (IBM Italia/Business Solutions/JV) van 29 juni 2001.

⁽³⁴⁾ Zie, voor gemeenschappelijke ondernemingen, zaak COMP/M.2903 (DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV) van 30 april 2003 waarin een periode van 12 jaar voldoende lang werd geacht, en zaak COMP/M.2632 (Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV) van 11 februari 2002) waarin de overeenkomst een duur van 8 jaar had. In zaak COMP/M.3858 (Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien) van 20 juli 2005 achtte de Commissie een minimumduur van 10-15 jaar voldoende, doch een periode van 3 jaar onvoldoende. De verkrijging van zeggenschap door de verwerving van aandelen of vermogensbestanddelen is normaal gesproken niet beperkt tot een bepaalde periode en wordt derhalve verondersteld een duurzame wijziging van zeggenschap teweeg te brengen. Alleen in de in punt 29 en volgende besproken scenario's zal een verkrijging van zeggenschap door aandelen of vermogensbestanddelen uitzonderlijk van voorbijgaande aard worden geacht en geacht worden niet te leiden tot een duurzame wijziging in de zeggenschap over de betrokken ondernemingen.

- (31) De Commissie is van oordeel dat de eerste transactie geen concentratie vormt en onderzoekt de verkrijgingen van zeggenschap door de uiteindelijke verkrijgers, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet de verdeling na de eerste transactie op een juridisch bindende wijze tussen de verschillende kopers zijn overeengekomen. Ten tweede mag er geen onzekerheid bestaan over het feit dat de tweede stap, de verdeling van de verworven vermogensbestanddelen, binnen een korte termijn na de eerste verkrijging zal plaatsvinden. De Commissie is van oordeel dat de verdeling van de vermogensbestanddelen normaal gesproken binnen een termijn van ten hoogste één jaar zou moeten plaatsvinden ⁽³⁵⁾.
- (32) Indien aan beide voorwaarden is voldaan, leidt de eerste verkrijging niet tot een duurzame structurele wijziging. Er is geen daadwerkelijke concentratie van economische macht tussen de verkrijger(s) en de doelvennootschap in haar geheel, aangezien de verkregen vermogensbestanddelen niet op duurzame wijze onverdeeld in stand worden gehouden, doch uitsluitend voor de periode die nodig is om de onmiddellijke verdeling van de verkregen vermogensbestanddelen tot stand te brengen. In die omstandigheden vormen slechts de verkrijgingen van de verschillende delen van de onderneming in de tweede stap concentraties, waarbij elk van deze verkrijgingen door verschillende kopers een afzonderlijke concentratie zal vormen. Dit is ongeacht het feit of bij de eerste verkrijging slechts één onderneming is betrokken ⁽³⁶⁾ dan wel de verschillende ondernemingen die ook bij de tweede stap zijn betrokken ⁽³⁷⁾. In elk geval laat de goedkeuringsbeschikking de overname van de volledige doelvennootschap slechts toe, indien de verdeling kort daarna kan plaatsvinden en de verschillende delen van de doelonderneming rechtstreeks worden verkocht aan de respectieve uiteindelijke kopers.
- (33) Is echter niet aan deze voorwaarden voldaan, met name wanneer het niet zeker is dat de tweede stap zal plaatsvinden binnen een korte termijn na de eerste verkrijging, dan zal de Commissie de eerste transactie als een afzonderlijke concentratie beschouwen, waarbij de volledige doelonderneming is betrokken. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de eerste transactie ook los van de tweede transactie kan worden gesloten ⁽³⁸⁾ of indien voor de verdeling van de doelonderneming een langere overgangsperiode nodig is ⁽³⁹⁾.
- (34) Het tweede scenario is een transactie die in een aanlooperperiode tot gezamenlijke zeggenschap leidt, die echter krachtens juridisch bindende overeenkomsten zal worden omgezet in uitsluitende zeggenschap van een van de aandeelhouders. Omdat de situatie van gezamenlijke zeggenschap geen duurzame wijziging van zeggenschap vormt, kan de volledige transactie worden beschouwd als een verkrijging van uitsluitende zeggenschap. In het verleden heeft de Commissie aanvaard dat een dergelijke aanlooperperiode tot drie jaar kon duren ⁽⁴⁰⁾. Een dergelijke periode lijkt te lang om uit te sluiten dat het scenario met gezamenlijke zeggenschap effect heeft op de structuur van de markt. De periode mag derhalve, algemeen gesproken, niet langer duren dan één jaar en de periode van gezamenlijke zeggenschap moet van voorbijgaande aard zijn ⁽⁴¹⁾. Alleen bij een dergelijke relatief korte periode is het onwaarschijnlijk dat de periode van gezamenlijke zeggenschap een duidelijk effect heeft op de structuur van de markt en kan derhalve worden beschouwd als een periode die niet leidt tot een duurzame wijziging van zeggenschap.
- (35) In een derde scenario wordt een onderneming „geparkeerd” bij een tussentijdse koper, vaak een bank, op basis van een overeenkomst betreffende de toekomstige verkoop van het bedrijf aan een uiteindelijke verkrijger. Meestal verwerft de tussentijdse koper aandelen „namens” de uiteindelijke verkrijger, die vaak het leeuwendeel van de economische risico's draagt en aan wie ook specifieke rechten kunnen worden toegekend. In die omstandigheden wordt de eerste transactie slechts gesloten om de tweede transactie te vergemakkelijken en heeft de eerste koper rechtstreekse banden met de uiteindelijke verkrijger. Anders

⁽³⁵⁾ Zie bijvoorbeeld zaak COMP/M.3779 (Pernod Ricard/Allied Domecq) van 24 juni 2005 en zaak COMP/M.3813 (Fortune Brands/Allied Domecq) van 10 juni 2005, waarin de verdeling van de vermogensbestanddelen moest plaatsvinden binnen een termijn van 6 maanden na de verkrijging.

⁽³⁶⁾ Voor een eerste verkrijging door slechts één onderneming, zie zaak COMP/M.3779 (Pernod Ricard/Allied Domecq) van 24 juni 2005 en zaak COMP/M.3813 (Fortune Brands/Allied Domecq/Pernod Ricard) van 10 juni 2005, en zaak COMP/M.2060 (Bosch/Rexroth) van 12 januari 2001.

⁽³⁷⁾ Voor een gezamenlijke verkrijging, zie zaak COMP/M.1630 (Air Liquide/BOC) van 18 januari 2000; zaak COMP/M.1922 (Siemens/Bosch/Atecs) van 11 augustus 2000, en zaak COMP/M.2059 (Siemens/Demactic/VDO Sachs) van 29 augustus 2000.

⁽³⁸⁾ Zie zaak COMP/M.2498 (UPM-Kymmene/Haindl) van 21 november 2001 en zaak COMP/M.2499 (Norske Skog/Parenco/Walsum) van 21 november 2001.

⁽³⁹⁾ Zaak COMP/M.3372 (Carlsberg/Holsten) van 16 maart 2004.

⁽⁴⁰⁾ Zaak IV/M.425 (British Telecom/Santander) van 28 maart 1994.

⁽⁴¹⁾ Zie zaak M.2389 (Shell/DEA) van 20 december 2001 waarin de uiteindelijke verkrijger van de uitsluitende zeggenschap tijdens de periode van gezamenlijke zeggenschap een sterke invloed had op de bedrijfsvoering, en zaak M.2854 (RAG/Degussa) van 18 november 2002 waarin de overgangsperiode bedoeld was om de interne herstructurering na de fusie te vergemakkelijken.

dan in de situatie van het eerste scenario dat in de punten 30 tot en met 33 is beschreven, is er geen andere uiteindelijke verkrijger betrokken, blijft de doelvennootschap ongewijzigd en komt de reeks transacties uitsluitend op initiatief van de enige uiteindelijke verkrijger op gang. Vanaf de datum van goedkeuring van deze mededeling zal de Commissie de verkrijging van zeggenschap door de uiteindelijke verkrijger onderzoeken, zoals die in de overeenkomsten tussen de partijen is afgesproken. De Commissie zal de transactie waarmee de tussentijdse koper in die omstandigheden zeggenschap verkrijgt, beschouwen als de eerste stap van één enkele concentratie die de duurzame verkrijging van zeggenschap door de uiteindelijke koper omvat.

1.5. **Nauw verweven transacties**

1.5.1. Verhouding tussen artikel 3 en artikel 5, lid 2, tweede alinea

- (36) Verschillende transacties kunnen hetzij op grond van de algemene regel van artikel 3, indien de transacties onderling verband houden, hetzij op grond van de specifieke bepaling van artikel 5, lid 2, tweede alinea, als één enkele concentratie in de zin van de concentratieverordening worden beschouwd.
- (37) Artikel 5, lid 2, tweede alinea, heeft betrekking op een andere situatie dan die welke in artikel 3 van de concentratieverordening aan bod komt. Artikel 3 definieert het bestaan van een concentratie in algemene en materiële bewoordingen, doch bepaalt niet rechtstreeks de kwestie van de bevoegdheid van de Commissie in verband met concentraties. Artikel 5 heeft tot doel de draagwijdte van de concentratieverordening te specificeren, met name door de omzet te definiëren waarmee rekening moet worden gehouden om te bepalen of een concentratie een communautaire dimensie heeft, en artikel 5, lid 2, tweede alinea, maakt het in dit verband voor de Commissie mogelijk twee of meer tot concentratie leidende transacties als één en dezelfde concentratie aan te merken met het oog op de berekening van de omzet van de betrokken ondernemingen. Alvorens de vraag van artikel 5, lid 2, tweede alinea, aan de orde is, moet logischerwijs eerst worden nagegaan of verschillende transacties uit hoofde van artikel 3 één enkele concentratie tot stand doen komen dan wel of die transacties verschillende concentraties tot stand doen komen ⁽⁴²⁾.

1.5.2. Van elkaar afhankende transacties en artikel 3

- (38) De in artikel 3, lid 1, opgenomen algemene en op het doel gerichte definitie van een concentratie, waarbij het resultaat bestaat in zeggenschap over één of meer ondernemingen, impliceert dat het van geen belang is of de zeggenschap is verkregen met één of verschillende juridische transacties, voor zover dit één enkele concentratie als eindresultaat oplevert. In het kader van artikel 3 vormen twee of meer transacties één enkele concentratie, indien zij een eenheid vormen. Er moet derhalve worden nagegaan of het resultaat erin bestaat dat één of meer ondernemingen rechtstreeks of middellijk economische zeggenschap verkrijgen over de activiteiten van één of meer andere ondernemingen. Voor de beoordeling moet de aan de transacties onderliggende economische werkelijkheid worden vastgesteld en derhalve het economische doel dat door de partijen wordt nagestreefd. Om na te gaan of de betrokken transacties een eenheid vormen, moet met andere woorden geval per geval worden bepaald of die transacties zodanig nauw verwerven zijn dat de ene transactie niet zou zijn gesloten zonder de andere ⁽⁴³⁾.
- (39) In overweging 20 van de concentratieverordening is dienaangaande toegelicht dat het wenselijk is transacties die nauw verweven zijn, in die zin dat zij van elkaar afhangen, als één enkele concentratie te behandelen. Het vereiste dat de transacties onderling samenhangen, dat door het Gerecht van eerste aanleg in het arrest Cementbouw ⁽⁴⁴⁾ is uitgelegd, stemt derhalve overeen met de in overweging 20 opgenomen toelichting dat de transacties van elkaar afhangen.
- (40) Deze algemene aanpak weerspiegelt enerzijds dat transacties die samenhangen op grond van de economische doelstellingen die de partijen willen bereiken, uit hoofde van de concentratieverordening ook in één procedure moeten worden geanalyseerd. In die omstandigheden wordt de wijziging in de structuur van de markt immers door deze transacties samen tweegebracht. Indien anderzijds verschillende transacties niet onderling samenhangen en indien de partijen een van de transacties zouden sluiten zonder dat de andere transacties worden gesloten, lijkt het wenselijk deze transacties afzonderlijk aan de concentratieverordening te toetsen.

⁽⁴²⁾ Zie arrest Cementbouw/Commissie, reeds aangehaald, punten 113 tot en met 119.

⁽⁴³⁾ Zie arrest Cementbouw/Commissie, reeds aangehaald, punten 104 tot en met 109.

⁽⁴⁴⁾ Zie arrest Cementbouw/Commissie, reeds aangehaald, punten 106 tot en met 109.

- (41) Verschillende van elkaar afhankende transacties kunnen echter slechts als één enkele concentratie worden aangemerkt, indien de zeggenschap uiteindelijk door dezelfde onderneming(en) wordt verkregen. Alleen in die omstandigheden kunnen twee of meer transacties als een eenheid worden aangemerkt en derhalve als één enkele concentratie worden beschouwd in de zin van artikel 3⁽⁴⁵⁾. Hierdoor worden liquidaties van gemeenschappelijke ondernemingen uitgesloten, waarbij verschillende delen van een onderneming over haar vroegere moedervennootschappen worden verdeeld. De Commissie zal deze transacties als afzonderlijke concentraties beschouwen⁽⁴⁶⁾. Dit geldt ook voor transacties waarbij twee (of meer) vennootschappen vermogensbestanddelen uitwisselen in transacties in verband met ontbindingen van gemeenschappelijke ondernemingen of swaps van vermogensbestanddelen. Ofschoon de partijen deze transacties normaal gesproken als onderling samenhangend zullen beschouwen, moeten de resultaten van elk van deze transacties uit hoofde van het doel van de concentratieverordening afzonderlijk worden beoordeeld. Verschillende ondernemingen verkrijgen zeggenschap over verschillende vermogensbestanddelen. Voor elk van de verwervende ondernemingen vindt een afzonderlijke combinatie van middelen plaats en het effect op de markt van elk van deze verkrijgingen van zeggenschap moet uit hoofde van de concentratieverordening afzonderlijk worden geanalyseerd.
- (42) De verkrijging van verschillende niveaus van zeggenschap (bijvoorbeeld gezamenlijke zeggenschap over één bedrijf en uitsluitende zeggenschap over een ander bedrijf) doet specifieke vragen rijzen. Een transactie waarbij over een deel van een onderneming gezamenlijke zeggenschap wordt verkregen en uitsluitende zeggenschap over een ander deel, wordt in beginsel beschouwd als twee afzonderlijke concentraties in de zin van de concentratieverordening⁽⁴⁷⁾. Deze transacties vormen slechts één enkele concentratie indien zij onderling samenhangen en indien de onderneming die uitsluitende zeggenschap verkrijgt ook gezamenlijke zeggenschap verkrijgt. In elk geval wordt een dergelijk scenario als één enkele concentratie beschouwd indien een ondernemingsentiteit wordt verkregen waartoe zowel de onderneming waarover uitsluitende zeggenschap wordt uitgeoefend behoort als de onderneming waarover gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend. Op basis van de in overweging 20 opgenomen toelichting wordt de situatie waarin dezelfde onderneming de uitsluitende en de gezamenlijke zeggenschap over andere ondernemingen verkrijgt op grond van onderling samenhangende overeenkomsten, niet anders behandeld. Indien deze transacties onderling samenhangen, vormen zij derhalve één enkele concentratie.

Vereiste van onderlinge afhankelijkheid

- (43) De vereiste onderlinge afhankelijkheid impliceert dat geen van de transacties zou worden gesloten zonder dat de andere transacties worden gesloten, en dat zij derhalve één enkele verrichting vormen⁽⁴⁸⁾. Deze onderlinge afhankelijkheid komt normaal gesproken vast te staan indien de transacties juridisch gezien verband houden, dat wil zeggen dat de overeenkomsten zelf verband houden door wederzijdse voorwaarden. Indien de transacties feitelijk van elkaar afhangen en dit naar behoren kan worden aangetoond, volstaat dit om de transacties als één enkele concentratie te behandelen. Dit vereist een economische beoordeling van de vraag of elk van de transacties noodzakelijkerwijs afhangt van de sluiting van de andere transacties⁽⁴⁹⁾. Verdere aanwijzingen van de onderlinge samenhang van verschillende transacties kunnen de verklaringen van de partijen zelf zijn of de gelijktijdige sluiting van de relevante overeenkomsten. Het zal moeilijk zijn om te concluderen dat verschillende transacties feitelijk van elkaar afhangen, indien deze transacties niet gelijktijdig hebben plaatsgevonden. Indien transacties die juridisch gezien van elkaar afhangen echter zeer duidelijk niet gelijktijdig plaatsvinden, kan hun werkelijke onderlinge samenhang in twijfel worden getrokken.
- (44) Het beginsel dat verschillende transacties onder deze voorwaarden als één enkele concentratie kunnen worden behandeld, geldt slechts indien het resultaat erin bestaat dat dezelfde perso(o)n(en) of onderneming(en) zeggenschap verkrijgen over één of meer ondernemingen. Dit is ten eerste het geval indien een bedrijf of onderneming via verschillende juridische transacties wordt verworven. Ten tweede kan ook de verkrijging van zeggenschap over verschillende ondernemingen — wat even zovele concentraties kan vormen — zodanig verbonden zijn dat er sprake is van één enkele concentratie. Het is uit hoofde van de concentratieverordening echter niet mogelijk om verschillende juridische transacties te verbinden die slechts ten dele betrekking hebben op de verkrijging van zeggenschap over

⁽⁴⁵⁾ Dit heeft ook betrekking op situaties waarin een onderneming een bedrijf aan een koper verkoopt en vervolgens de verkoper met inbegrip van het verkochte bedrijf verwerft, zie zaak COMP/M.4521 (LGI/Telenet) van 26 februari 2007.

⁽⁴⁶⁾ Zie soortgelijke zaken COMP/M.3293 (Shell/BEB) en COMP/M.3294 (ExxonMobil/BEB) van 20 november 2003, en zaak IV/M.197 (Solvay/Laporte) van 30 april 1992.

⁽⁴⁷⁾ Zie zaak IV/M.409 (ABB/Renault Automation) van 9 maart 1994.

⁽⁴⁸⁾ Zie arrest Cementbouw/Commissie, reeds aangehaald, punt 127 en volgende.

⁽⁴⁹⁾ Zie arrest Cementbouw/Commissie, reeds aangehaald, punt 131 en volgende. Zie zaak COMP/M.4521 (LGI/Telenet) van 26 februari 2007 waarin de onderlinge samenhang gebaseerd was op het feit dat de twee transacties gelijktijdig waren afgesproken en gesloten en dat volgens de economische doelstellingen van de partijen geen van beide transacties zonder de andere zou zijn gesloten.

ondernemingen, en voor het overige op de verkrijging van andere vermogensbestanddelen, zoals minderheidsdeelnemingen in andere vennootschappen die geen zeggenschap verschaffen. Het zou niet passen in het algemene kader en de algemene opzet van de concentratieverordening, indien verschillende van elkaar afhankende transacties als een geheel aan de concentratieverordening zouden worden getoetst, indien slechts sommige van die transacties een wijziging in de zeggenschap over een bepaalde doelvennootschap teweegbrengen.

Verkrijging van één enkel bedrijf

- (45) Er kan derhalve sprake zijn van één enkele concentratie indien de zeggenschap over één enkel bedrijf, dat wil zeggen één enkele economische eenheid, door dezelfde koper(s) wordt verkregen via verschillende juridische transacties die van elkaar afhangen. Dit is het geval ongeacht of het bedrijf in een vennootschapsstructuur wordt verkregen die uit één of verschillende vennootschappen bestaat, dan wel of verschillende vermogensbestanddelen worden verkregen die één enkel bedrijf vormen, dat wil zeggen één enkele economische eenheid die beheerd wordt voor een gemeenschappelijk commercieel doel waartoe alle vermogensbestanddelen bijdragen. Een dergelijk bedrijf kan meerderheids- en minderheidsdeelnemingen in vennootschappen omvatten, alsook materiële en immateriële vermogensbestanddelen. Indien verschillende van elkaar afhankende juridische transacties nodig zijn om een dergelijk bedrijf over te dragen, vormen deze transacties één enkele concentratie ⁽⁵⁰⁾.

Gelijktijdige en opeenvolgende verkrijgingen van zeggenschap

- (46) Om verschillende verkrijgingen van zeggenschap als één enkele concentratie te behandelen, zijn in de vroegere praktijk van de Commissie verschillende scenario's aan bod gekomen. Een van die scenario's is de gelijktijdige verkrijging van zeggenschap, dat wil zeggen onderneming A verkrijgt gelijktijdig zeggenschap over onderneming B en onderneming C van verschillende verkopers, op voorwaarde dat A niet moet kopen en geen van beide verkopers moet verkopen, tenzij beide transacties worden gesloten ⁽⁵¹⁾. Een ander scenario is de opeenvolgende verkrijging van zeggenschap, dat wil zeggen onderneming A verkrijgt zeggenschap over onderneming B, op voorwaarde dat B voorafgaandelijk of gelijktijdig zeggenschap verkrijgt over onderneming C (zie de zaak Kingfisher ⁽⁵²⁾).

Opeenvolgende verkrijging van uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap

- (47) De Commissie volgt dezelfde aanpak als in het Kingfisherscenario voor zaken waarin een onderneming in opeenvolgende transacties ermee instemt eerst uitsluitende zeggenschap over een doelonderneming te verkrijgen, met de bedoeling delen van het verkregen belang in de doelonderneming onmiddellijk te verkopen aan een andere onderneming, met als eindresultaat gezamenlijke zeggenschap van beide verkrijgers over de doelvennootschap. Indien beide verkrijgingen van elkaar afhangen, vormen de twee transacties één enkele concentratie en zal alleen het eindresultaat van de transacties, namelijk de verkrijging van gezamenlijke zeggenschap, door de Commissie worden behandeld ⁽⁵³⁾.

1.5.3. Opeenvolgende effectentransacties

- (48) In overweging 20 van de concentratieverordening is voorts toegelicht dat er ook sprake is van één concentratie in gevallen waarin binnen een redelijk korte tijdsperiode zeggenschap over één onderneming wordt verkregen door middel van een reeks effectentransacties met één of verschillende verkopers. In die scenario's is de concentratie niet beperkt tot de verkrijging van het „ene doorslaggevende” belang, doch heeft zij betrekking op alle verkrijgingen van effecten die binnen een redelijk korte tijdsperiode plaatsvinden.

⁽⁵⁰⁾ Zie zaak IV/M.470 (Gencor/Shell) van 29 augustus 1994; zaak COMP/M.3410 (Total/Gaz de France) van 8 oktober 2004; zaak IV/M.957 (L'Oréal/Procace/Cosmétique Iberica/Albesa) van 19 september 1997, en zaak IV/M.861 (Textron/Kautex) van 18 december 1996 waarin alle vermogensbestanddelen ook in dezelfde productmarkt werden gebruikt. Dezelfde overwegingen gelden voor een gemeenschappelijke onderneming die door verschillende vennootschappen wordt opgericht en die één enkel bedrijf vormt, zie zaak M.4048 (Sonae Industria/Tarkett) van 12 juni 2006 waarin de onderlinge samenhang van de transacties tot oprichting van een gemeenschappelijke onderneming voor respectievelijk de productie en de distributie nodig was om aan te tonen dat er één enkele concentratie tot stand kwam die een volwaardige gemeenschappelijke onderneming vormde.

⁽⁵¹⁾ Zaak COMP/M.1922 (EQT/H&R/Dragoco) van 16 september 2002. Dezelfde overwegingen gelden voor de vraag wanneer verschillende fusies één enkele concentratie vormen in de zin van artikel 3, lid 1, onder a). Zie zaak COMP/M.2824 (Ernst & Young/Andersen Germany) van 27 augustus 2002.

⁽⁵²⁾ Zaak IV/M.1188 (Kingfisher/Wegert/Promarkt) van 18 juni 1998, en zaak COMP/M.2650 (Haniel/Cementbouw/JV (CVK)) van 26 juni 2002.

⁽⁵³⁾ Zaak COMP/M.2420 (Mitsui/CVRD/Caemi) van 30 oktober 2001.

1.5.4. Artikel 5, lid 2, tweede alinea

- (49) Artikel 5, lid 2, tweede alinea, stelt een specifieke regel vast op basis waarvan de Commissie opeenvolgende transacties binnen een bepaalde periode als één enkele concentratie kan beschouwen met het oog op de berekening van de omzet van de betrokken ondernemingen. Deze bepaling heeft tot doel ervoor te zorgen dat dezelfde personen een transactie niet in een reeks verkopen van vermogensbestanddelen over een periode opdelen, met de bedoeling de krachtens de concentratieverordening aan de Commissie verleende bevoegdheid te omzeilen ⁽⁵⁴⁾.
- (50) Indien twee of meer transacties (die elk een verkrijging van zeggenschap teweegbrengen) binnen een periode van twee jaar tussen dezelfde personen of ondernemingen plaatsvinden, worden zij als één enkele concentratie aangemerkt ⁽⁵⁵⁾, ongeacht of deze transacties al dan niet betrekking hebben op delen van hetzelfde bedrijf of concern in dezelfde sector. Dit is niet van toepassing indien aan sommige van de betrokken transacties dezelfde personen of ondernemingen doch ook andere personen of ondernemingen deelnemen. De transacties hoeven niet tussen dezelfde vennootschappen plaats te vinden, het volstaat dat zij plaatsvinden tussen vennootschappen die tot dezelfde respectieve groepen behoren. De bepaling is ook van toepassing op twee of meer transacties tussen dezelfde personen of ondernemingen indien zij gelijktijdig worden gesloten. Wanneer zij leiden tot verkrijgingen van zeggenschap door dezelfde onderneming, vormen dergelijke gelijktijdige transacties tussen dezelfde partijen één enkele concentratie, zelfs indien zij niet van elkaar afhangen ⁽⁵⁶⁾. Artikel 5, lid 2, tweede alinea, lijkt echter niet van toepassing te zijn op verschillende transacties waarbij in ten minste één transactie de betrokken onderneming verschilt van de gemeenschappelijke verkoper(s) en koper(s). In situaties met twee transacties, waarbij de ene transactie tot uitsluitende zeggenschap leidt en de andere tot gezamenlijke zeggenschap, is artikel 5, lid 2, tweede alinea, derhalve niet van toepassing, tenzij de andere moedervennootschap(pen) die in de laatstgenoemde transactie gezamenlijke zeggenschap uitoefen(t)(en), de partij is die in de eerstgenoemde transactie het uitsluitende zeggenschapsbelang verkoopt.

1.6. *Interne herstructurering*

- (51) Een concentratie in de zin van de concentratieverordening komt slechts tot stand bij wijzigingen van zeggenschap. Een interne herstructurering binnen een groep ondernemingen kan niet als een concentratie worden aangemerkt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij verhogingen van deelnemingen die geen wijzigingen van zeggenschap teweegbrengen of bij herstructureringstransacties, zoals de fusie van een aan twee beurzen genoteerde vennootschap tot één rechtspersoon of een fusie van dochterondernemingen. Er kan slechts een concentratie tot stand komen indien de transactie leidt tot een wijziging van de kwaliteit van de zeggenschap over een onderneming en derhalve niet langer louter intern is.

1.7. *Concentraties waarbij staatsondernemingen betrokken zijn*

- (52) Een bijzondere situatie doet zich voor wanneer zowel de verkrijgende als de verworven onderneming een overheidsbedrijf is, dat eigendom is van dezelfde staat (of van hetzelfde publiekrechtelijke lichaam of dezelfde gemeente). In dat geval is het antwoord op de vraag of de transactie al dan niet als een interne herstructurering moet worden aangemerkt, afhankelijk van de vraag of beide ondernemingen voorheen deel uitmaakten van dezelfde economische eenheid. Indien de ondernemingen voorheen deel uitmaakten van verschillende economische eenheden met onafhankelijke beslissingsbevoegdheden, wordt de transactie als een concentratie aangemerkt en niet als een interne herstructurering ⁽⁵⁷⁾. Indien de verschillende economische eenheden echter ook na de transactie onafhankelijke beslissingsbevoegdheden behouden, wordt de transactie slechts als een interne herstructurering aangemerkt, zelfs indien de aandelen van de ondernemingen die verschillende economische eenheden vormen, in handen zouden zijn van één enkele eenheid, zoals een loutere houdstermaatschappij ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁴⁾ Zie arrest Cementbouw/Commissie, reeds aangehaald, punt 118.

⁽⁵⁵⁾ Zie zaak COMP/M.3173 (E.ON/Fortum Burghausen/Smaland/Endenderry) van 13 juni 2003. Dit geldt ook voor situaties waarin uitsluitende zeggenschap wordt verkregen en voordien slechts delen van de onderneming onder gezamenlijke zeggenschap van de verkrijgende onderneming stonden, zie zaak COMP/M.2679 (EdF/TXU/Europe/24 Seven) van 20 december 2001.

⁽⁵⁶⁾ Zaak IV/M.1283 (Volkswagen/RollsRoyce/Cosworth) van 24 augustus 1998.

⁽⁵⁷⁾ Zaak IV/M.097 (Péchiney/Usinor) van 24 juni 1991; zaak IV/M.216 (CEA Industrie/France Télécom/SGS-Thomson) van 22 februari 1993, en zaak IV/M.931 (Neste/IVO) van 2 juni 1998. Zie ook overweging 22 van de concentratieverordening.

⁽⁵⁸⁾ Specifieke vragen in verband met de berekening van de omzet van staatsondernemingen komen aan bod in de punten 192-194.

- (53) Ten slotte kunnen de prerogatieven van een staat die optreedt als overheid in plaats van als aandeelhouder, voor zover deze beperkt blijven tot de handhaving van het openbare belang, geen zeggenschap in de zin van de concentratieverordening teweegbrengen indien zij niet tot doel of tot gevolg hebben dat de staat beslissende invloed kan uitoefenen op de activiteit van de onderneming ⁽⁵⁹⁾.

2. Uitsluitende zeggenschap

- (54) Uitsluitende zeggenschap wordt verkregen indien één enkele onderneming alleen een beslissende invloed op een onderneming kan uitoefenen. Er kunnen twee algemene situaties worden onderscheiden waarin een onderneming uitsluitende zeggenschap heeft. Ten eerste heeft de onderneming met uitsluitende zeggenschap de bevoegdheid de strategische commerciële beslissingen van de andere onderneming te bepalen. Deze bevoegdheid wordt doorgaans verkregen door de verwerving van een meerderheid van de stemrechten in een vennootschap. Ten tweede doet er zich een situatie van uitsluitende zeggenschap voor indien slechts één aandeelhouder in staat is tegen strategische beslissingen van een onderneming een veto uit te spreken, doch hij niet als enige de bevoegdheid heeft dergelijke beslissingen op te leggen (de zogenaamde negatieve uitsluitende zeggenschap). In die omstandigheden oefent één minderheidsaandeelhouder dezelfde mate van invloed uit die doorgaans wordt uitgeoefend door een aandeelhouder die gezamenlijke zeggenschap over een vennootschap heeft, dat wil zeggen hij is bij machte de goedkeuring van strategische beslissingen te blokkeren. In tegenstelling tot de situatie in een vennootschap waarover gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend, zijn er geen andere aandeelhouders die dezelfde mate van invloed genieten en de aandeelhouder die over de negatieve uitsluitende zeggenschap beschikt, hoeft niet noodzakelijkerwijs met specifieke andere aandeelhouders samen te werken bij het bepalen van het strategische gedrag van de onderneming waarover zeggenschap wordt uitgeoefend. Aangezien deze aandeelhouder een patstelling kan teweegbrengen, verkrijgt hij beslissende invloed in de zin van artikel 3, lid 2, en derhalve zeggenschap in de zin van de concentratieverordening ⁽⁶⁰⁾.
- (55) Uitsluitende zeggenschap kan rechtens en/of feitelijk worden verkregen.

Uitsluitende zeggenschap rechtens

- (56) Uitsluitende zeggenschap wordt normaal gesproken rechtens verkregen indien een onderneming een meerderheid van de stemrechten in een vennootschap verwerft. Zijn er geen andere factoren, dan kan een verwerving die geen meerderheid van de stemrechten omvat, normaal gesproken geen zeggenschap verschaffen, zelfs indien het grootste deel van het aandelenkapitaal wordt verworven. Indien de statuten van de vennootschap voor strategische beslissingen een supermeerderheid vereisen, kan de verwerving van een gewone meerderheid van de stemrechten niet de bevoegdheid verschaffen de strategische beslissingen te bepalen, doch wel volstaan om de verkrijger een blokkeringsrecht en derhalve negatieve zeggenschap te verschaffen.
- (57) Zelfs bij een minderheidsdeelneming kan uitsluitende zeggenschap zich rechtens voordoen in situaties waarbij aan die deelneming specifieke rechten zijn verbonden. Deze rechten kunnen de vorm hebben van preferente aandelen waaraan bijzondere rechten zijn verbonden waardoor de minderheidsaandeelhouder het strategische commerciële gedrag van de doelvennootschap kan bepalen, zoals de bevoegdheid meer dan de helft van de leden van de raad van commissarissen of de raad van bestuur te benoemen. Uitsluitende zeggenschap kan ook worden uitgeoefend door een minderheidsaandeelhouder die het recht heeft de activiteiten van de vennootschap te beheren en haar bedrijfsbeleid te bepalen op basis van de organisatorische structuur (bijvoorbeeld als de beherende vennoot in een commanditaire vennootschap die vaak zelfs geen deelneming heeft).
- (58) Een typische situatie van negatieve zeggenschap doet zich voor wanneer een aandeelhouder een deelneming van 50 % in een onderneming bezit, terwijl de overige 50 % in handen is van verschillende andere aandeelhouders (in de veronderstelling dat dit niet feitelijk tot positieve uitsluitende zeggenschap leidt) of wanneer er voor strategische beslissingen een supermeerderheid vereist is die in feite slechts één aandeelhouder een vetorecht verschaft, ongeacht of het om een meerderheids- of minderheidsaandeelhouder gaat ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Zaak IV/M.493 (Tractebel/Distrigaz II) van 1 september 1994.

⁽⁶⁰⁾ Aangezien deze aandeelhouder de enige onderneming is die een beheersende invloed verwerft, is alleen hij krachtens de concentratieverordening verplicht aanmelding te doen.

⁽⁶¹⁾ Zie de opeenvolgende zaken COMP/M.3537 (BBVA/BNL) van 20 augustus 2004 en M.3768 (BBVA/BNL) van 27 april 2005; zaak M.3198 (VW-Audi/VW-Audi Vertriebszentren) van 29 juli 2003; zaak COMP/M.2777 (Cinven Limited/Angel Street Holdings) van 8 mei 2002, en zaak IV/M.258 (CCIE/GTE) van 25 september 1992. In zaak COMP/M.3876 (Diester Industrie/Bunge/JV) van 30 september 2005 ging het om een specifieke situatie waarin een gemeenschappelijke onderneming een deelneming in een vennootschap bezat die haar negatieve uitsluitende zeggenschap over die vennootschap verschaft.

Feitelijke uitsluitende zeggenschap

- (59) Een minderheidsaandeelhouder kan ook op grond van feitelijke omstandigheden geacht worden uitsluitende zeggenschap te bezitten. Dit is met name het geval wanneer het uiterst waarschijnlijk is dat de aandeelhouder op de aandeelhoudersvergaderingen een meerderheid zal kunnen halen, gelet op de omvang van zijn deelneming en de aanwezigheid van de aandeelhouders op de aandeelhoudersvergaderingen van de voorgaande jaren ⁽⁶²⁾. Op basis van het vroegere stemgedrag zal de Commissie een prospectieve analyse uitvoeren en rekening houden met voorzienbare wijzigingen in de aanwezigheid van de aandeelhouders, die zich in de toekomst na de transactie kunnen voordoen ⁽⁶³⁾. De Commissie zal de positie van de andere aandeelhouders verder analyseren en hun rol beoordelen. Criteria voor een dergelijke beoordeling zijn met name of de overblijvende aandelen ruim verspreid zijn, of andere belangrijke aandeelhouders structurele, economische of familiebanden hebben met de grote minderheidsaandeelhouder en of andere aandeelhouders in de doelvennootschap een strategisch of een louter financieel belang hebben. Deze criteria zullen geval per geval worden beoordeeld ⁽⁶⁴⁾. Indien een minderheidsaandeelhouder op basis van zijn deelneming, het historische stemgedrag op de aandeelhoudersvergadering en de positie van andere aandeelhouders waarschijnlijk over een stabiele meerderheid van de stemmen op de aandeelhoudersvergadering beschikt, wordt hij geacht uitsluitende zeggenschap te hebben ⁽⁶⁵⁾.
- (60) Een optie om aandelen te kopen of te converteren kan op zichzelf niet tot uitsluitende zeggenschap leiden, tenzij de optie op grond van juridisch bindende overeenkomsten in de nabije toekomst zal worden uitgeoefend ⁽⁶⁶⁾. In uitzonderlijke omstandigheden kan een optie samen met andere elementen echter leiden tot de conclusie dat er sprake is van feitelijke uitsluitende zeggenschap ⁽⁶⁷⁾.

Uitsluitende zeggenschap verkregen op andere wijzen dan op grond van stemrechten

- (61) De overwegingen die in deze mededeling in deel 1.2 betreffende de verkrijging van uitsluitende zeggenschap door aankoop van vermogensbestanddelen, bij overeenkomst of met alle andere middelen zijn opgenomen, gelden niet alleen voor de verkrijging van uitsluitende zeggenschap op grond van stemrechten, doch ook hiervoor.

3. Gezamenlijke zeggenschap

- (62) Er is sprake van gezamenlijke zeggenschap indien twee of meer ondernemingen of personen de mogelijkheid hebben beslissende invloed op een andere onderneming uit te oefenen. Beslissende invloed betekent in dit verband normaal gesproken dat de betrokkenen bij machte zijn maatregelen die het strategische commerciële gedrag van een onderneming bepalen, te blokkeren. In tegenstelling tot de uitsluitende zeggenschap, die een bepaalde aandeelhouder de bevoegdheid verschaft de strategische beslissingen in een onderneming te bepalen, wordt gezamenlijke zeggenschap gekenmerkt door de mogelijkheid van patstelling als gevolg van het feit dat twee of meer moedervennootschappen bij machte zijn voorgestelde strategische beslissingen te verwerpen. Hieruit volgt derhalve dat deze aandeelhouders het eens moeten worden bij het bepalen van het commerciële beleid van de gemeenschappelijke onderneming en dat zij moeten samenwerken ⁽⁶⁸⁾.
- (63) Net als bij uitsluitende zeggenschap kan ook de verkrijging van gezamenlijke zeggenschap rechtens of feitelijk worden aangetoond. Er is van gezamenlijke zeggenschap sprake indien de aandeelhouders (de moedervennootschappen) overeenstemming moeten bereiken over belangrijke beslissingen betreffende de onderneming waarover zij zeggenschap uitoefenen (de gemeenschappelijke onderneming).

⁽⁶²⁾ Zaak IV/M.343 (Generale Maatschappij van België/Generale Bank) van 3 augustus 1993; zaak COMP/M.3330 (RTL/M6) van 12 maart 2004, en zaak IV/M.159 (Mediobanca/Generali) van 19 december 1991.

⁽⁶³⁾ Zie zaak COMP/M.4336 (MAN/Scania) van 20 december 2006 in verband met de vraag of Volkswagen zeggenschap over MAN had verkregen.

⁽⁶⁴⁾ Zaak IV/M.754 (Anglo American/Lonrho) van 23 april 1997, en zaak IV/M.025 (Arjomari/Wiggins Teape) van 10 februari 1990.

⁽⁶⁵⁾ Zie ook zaak COMP/M.2574 (Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia) van 20 september 2001, en zaak IV/M.1519 (Renault/Nissan) van 12 mei 1999.

⁽⁶⁶⁾ Arrest van 19 mei 1994 in zaak T-2/93, Air France/Commissie, Jurispr. 1994, blz. II-323. Ofschoon een optie op zichzelf normaal gesproken niet tot een concentratie leidt, kan ermee rekening worden gehouden voor de materiële beoordeling in een verbonden concentratie, zie zaak COMP/M.3696 (E.ON/MOL) van 21 december 2005, punten 12 tot en met 14, 480 en 762 en volgende.

⁽⁶⁷⁾ Zaak IV/M.397 (Ford/Hertz) van 7 maart 1994.

⁽⁶⁸⁾ Zie arrest Cementbouw/Commissie, reeds aangehaald, punten 42, 52 en 67.

3.1. *Gelijkheid qua stemrechten of benoeming in besluitvormingsorganen*

- (64) De duidelijkste vorm van gezamenlijke zeggenschap bestaat wanneer de stemrechten in de gemeenschappelijke onderneming gelijkelijk verdeeld zijn over slechts twee moedervernootschappen. In dat geval is het niet noodzakelijk dat er een formele overeenkomst tussen beide bestaat. Indien er echter een formele overeenkomst bestaat, moet deze in overeenstemming zijn met het beginsel van gelijkheid tussen de moedervernootschappen, bijvoorbeeld doordat is vastgelegd dat beide moedervernootschappen recht hebben op een gelijk aantal vertegenwoordigers in de besluitvormingsorganen en dat geen van de leden daarvan een beslissende stem heeft ⁽⁶⁹⁾. Gelijkheid kan ook worden bewerkstelligd door beide moedervernootschappen het recht te geven een gelijk aantal leden in de besluitvormingsorganen van de gemeenschappelijke onderneming te benoemen.

3.2. *Vetorechten*

- (65) Zelfs indien beide moedervernootschappen qua stemrecht of vertegenwoordiging in de besluitvormingsorganen niet gelijk zijn of indien er meer dan twee moedervernootschappen zijn, kan er sprake zijn van gezamenlijke zeggenschap. Dit is het geval indien minderheidsaandeelhouders over aanvullende rechten beschikken die hun de mogelijkheid verschaffen een veto uit te spreken tegen beslissingen die van essentieel belang zijn voor het strategische commerciële gedrag van de gemeenschappelijke onderneming ⁽⁷⁰⁾. Deze vetorechten kunnen in de statuten van de gemeenschappelijke onderneming zijn opgenomen of kunnen bij overeenkomst tussen haar moedervernootschappen zijn verleend. De vetorechten zelf kunnen de vorm hebben van een bepaald quorum dat vereist is voor beslissingen die in de aandeelhoudersvergadering of in de raad van bestuur worden genomen, voor zover de moederondernemingen in deze raad van bestuur vertegenwoordigd zijn. Ook is het mogelijk dat strategische beslissingen moeten worden goedgekeurd door een orgaan, bijvoorbeeld de raad van commissarissen, waarin de minderheidsaandeelhouders vertegenwoordigd zijn en deel uitmaken van het quorum dat voor die beslissingen vereist is.
- (66) Deze vetorechten moeten verband houden met strategische beslissingen inzake het bedrijfsbeleid van de gemeenschappelijke onderneming. Zij moeten verder gaan dan de vetorechten die normaal gesproken aan minderheidsaandeelhouders worden verleend ter bescherming van hun financiële belangen als investeerders in de gemeenschappelijke onderneming. Deze normale bescherming van de rechten van minderheidsaandeelhouders houdt verband met beslissingen over zaken die de kern van de gemeenschappelijke onderneming raken, zoals wijzigingen van de statuten, verhoging of vermindering van het kapitaal en liquidatie. Een vetorecht waarmee bijvoorbeeld de verkoop of het faillissement van de gemeenschappelijke onderneming kan worden voorkomen, verschaft de betrokken minderheidsaandeelhouder geen gezamenlijke zeggenschap ⁽⁷¹⁾.
- (67) Bij vetorechten die gezamenlijke zeggenschap verschaffen, gaat het daarentegen doorgaans om beslissingen over zaken als de begroting, het ondernemingsplan, belangrijke investeringen of de benoeming van de directie. Voor het verkrijgen van gezamenlijke zeggenschap is het evenwel niet vereist dat de verkrijger bij machte is op de dagelijkse bedrijfsvoering een beslissende invloed uit te oefenen. Het cruciale element is dat de vetorechten voldoende zijn om de moedervernootschappen in staat te stellen een dergelijke invloed uit te oefenen met betrekking tot het strategische gedrag van de gemeenschappelijke onderneming. Voorts hoeft niet te worden aangetoond dat degene die gezamenlijke zeggenschap over de gemeenschappelijke onderneming verkrijgt, daadwerkelijk van zijn beslissende invloed gebruik zal maken. De mogelijkheid om die invloed uit te oefenen — en derhalve het loutere bestaan van de vetorechten — volstaat.
- (68) Om de gezamenlijke zeggenschap te krijgen, hoeft een minderheidsaandeelhouder niet over alle bovengenoemde vetorechten te beschikken. Het kan voldoende zijn dat er sprake is van slechts een paar of zelfs één van deze rechten. Of dit al dan niet het geval is, is afhankelijk van de precieze inhoud van het vetorecht zelf en ook van het belang van dit recht in het kader van de specifieke activiteiten van de gemeenschappelijke onderneming.

⁽⁶⁹⁾ Zaak COMP/M.3097 (Maersk Data/Eurogate IT/Global Transport Solutions JV) van 12 maart 2003, en zaak IV/M.272 (Matra/CAP Gemini Sogeti) van 17 maart 1993.

⁽⁷⁰⁾ Arrest Air France/Commissie, reeds aangehaald, en zaak IV/M.010 (Conagra/Idea) van 3 mei 1991.

⁽⁷¹⁾ Zaak IV/M.062 (Eridania/ISI) van 30 juli 1991.

Benoeming van de directie en vaststelling van de begroting

- (69) Van groot belang zijn de vetorechten tegen beslissingen inzake de benoeming en het ontslag van de directie en de goedkeuring van de begroting. De bevoegdheid de samenstelling van de directie, zoals de leden van de raad van bestuur, mede te bepalen, verschaft de rechthebbende gewoonlijk de bevoegdheid een beslissende invloed uit te oefenen op het commerciële beleid van een onderneming. Hetzelfde geldt voor beslissingen inzake de begroting, omdat de begroting het precieze kader voor de activiteiten van de gemeenschappelijke onderneming bepaalt en met name voor de investeringen die zij doet.

Ondernemingsplan

- (70) Het ondernemingsplan stelt normaal gezien de bijzonderheden vast van de doelstellingen van een vennootschap en de maatregelen die worden genomen om deze doelstellingen te verwezenlijken. Een vetorecht tegen dit soort ondernemingsplan kan volstaan om de gezamenlijke zeggenschap te verkrijgen, zelfs indien andere vetorechten ontbreken. Indien daarentegen het ondernemingsplan slechts algemene uitspraken bevat over de bedrijfsdoelstellingen van de gemeenschappelijke onderneming, zal het bestaan van een vetorecht slechts één element vormen in de algemene beoordeling van de gezamenlijke zeggenschap, doch zal het op zichzelf onvoldoende zijn om gezamenlijke zeggenschap te verschaffen.

Investeringen

- (71) Het belang van een vetorecht tegen investeringen is in de eerste plaats afhankelijk van het bedrag van de investeringen die door de moedervennootschappen moeten worden goedgekeurd, en in de tweede plaats van de mate waarin investeringen een essentieel kenmerk vormen van de markt waarop de gemeenschappelijke onderneming actief is. Met betrekking tot het eerste criterium geldt dat indien het bedrag van de investeringen waarvoor goedkeuring door de moedervennootschappen vereist is, extreem hoog is, dit vetorecht dichterbij de buurt komt van de normale bescherming van de belangen van een minderheidsaandeelhouder en geen recht vormt dat de bevoegdheid verschaft het commerciële beleid van de gemeenschappelijke onderneming mede te bepalen. Ten aanzien van het tweede criterium is het investeringsbeleid van een onderneming normaal gesproken een belangrijk element in de beoordeling van de vraag of er al dan niet van gezamenlijke zeggenschap sprake is. Op sommige markten spelen investeringen echter geen belangrijke rol in het marktgedrag van een onderneming.

Rechten die voor bepaalde markten specifiek zijn

- (72) Afgezien van de bovengenoemde typische vetorechten bestaan er andere mogelijke vetorechten met betrekking tot bepaalde beslissingen die belangrijk zijn in het kader van de specifieke markt waarop de gemeenschappelijke onderneming actief is. Een voorbeeld hiervan is de beslissing inzake de door de gemeenschappelijke onderneming te gebruiken technologie, indien technologie een cruciaal aspect is van de activiteiten van de gemeenschappelijke onderneming. Een ander voorbeeld houdt verband met markten die gekenmerkt worden door productdifferentiatie en een hoge mate van innovatie. Op dergelijke markten kan een vetorecht tegen beslissingen inzake nieuwe productlijnen die door de gemeenschappelijke onderneming moeten worden ontwikkeld, ook een belangrijk element zijn bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van gezamenlijke zeggenschap.

Algemene omstandigheden

- (73) Bestaan er verschillende vetorechten, dan mogen deze bij de beoordeling van het relatieve belang daarvan niet afzonderlijk in aanmerking worden genomen. Om te bepalen of er al dan niet van gezamenlijke zeggenschap sprake is, moeten deze rechten integraal in hun geheel worden beoordeeld. Een vetorecht dat geen betrekking heeft op het strategische commerciële beleid, de benoeming van de directie, de begroting of het ondernemingsplan, kan echter niet geacht worden de rechthebbende zeggenschap te verschaffen ⁽⁷²⁾.

3.3. Gezamenlijke uitoefening van stemrechten

- (74) Zelfs indien bepaalde vetorechten ontbreken, kunnen twee of meer ondernemingen die minderheidsdeelnemingen in een andere onderneming verwerven, de gezamenlijke zeggenschap verkrijgen. Dit kan het geval zijn indien de minderheidsdeelnemingen tezamen het mogelijk maken over de doelonderneming zeggenschap uit te oefenen. Dit betekent dat de minderheidsaandeelhouders samen de

⁽⁷²⁾ Zaak IV/M.295 (SITA-RPC/SCORI) van 19 maart 1993.

meerderheid van de stemrechten zullen hebben en dat zij samen zullen optreden bij de uitoefening van die stemrechten. Dit kan voortvloeien uit een juridisch bindende overeenkomst dienaangaande of kan feitelijk worden vastgesteld.

- (75) Het juridische instrument om te zorgen voor de gezamenlijke uitoefening van stemrechten kan de vorm hebben van een houdstermaatschappij (die onder gezamenlijke zeggenschap staat) waaraan de minderheidsaandeelhouders hun rechten overdragen, of van een overeenkomst uit hoofde waarvan zij zich ertoe verbinden op dezelfde wijze te handelen (overeenkomst tot samenvoeging van belangen).
- (76) Bij hoge uitzondering kan feitelijk worden vastgesteld dat er sprake is van collectief handelen, wanneer de minderheidsaandeelhouders zodanig grote gemeenschappelijke belangen hebben dat zij bij de uitoefening van hun rechten met betrekking tot de gemeenschappelijke onderneming niet in strijd met elkaars belangen zouden handelen. Hoe groter het aantal moedervennootschappen dat bij een dergelijke gemeenschappelijke onderneming betrokken is, des te minder waarschijnlijk wordt het echter dat deze situatie zich zal voordoen.
- (77) Een hoge mate van wederzijdse afhankelijkheid tussen de moedervennootschappen bij het verwezenlijken van de strategische doelstellingen van de gemeenschappelijke onderneming is een indicator van dergelijke gemeenschappelijke belangen. Dit is met name het geval wanneer elke moedervennootschap een bijdrage tot de gemeenschappelijke onderneming levert die voor de activiteiten daarvan van vitaal belang is (bijvoorbeeld bepaalde technologie, plaatselijke knowhow of leveringsovereenkomsten) ⁽⁷³⁾. In die omstandigheden kunnen de moedervennootschappen in staat zijn de strategische beslissingen van de gemeenschappelijke onderneming te blokkeren en kunnen zij dus de gemeenschappelijke onderneming enkel met elkaars akkoord over de strategische beslissingen met succes besturen, zelfs indien er geen sprake is van een uitdrukkelijke bepaling in verband met vetorechten. De moedervennootschappen zullen derhalve moeten samenwerken ⁽⁷⁴⁾. Verdere factoren zijn besluitvormingsprocedures die zodanig zijn opgesteld dat de moedervennootschappen gezamenlijke zeggenschap kunnen uitoefenen, zelfs indien er geen uitdrukkelijke overeenkomsten zijn die vetorechten toekennen of andere banden tussen de minderheidsaandeelhouders met betrekking tot de gemeenschappelijke onderneming ⁽⁷⁵⁾.
- (78) Een dergelijk scenario kan zich niet alleen voordoen in een situatie waarin twee of meer minderheidsaandeelhouders feitelijk gezamenlijke zeggenschap over een onderneming uitoefenen, doch ook in de situatie waarin een meerderheidsaandeelhouder in hoge mate afhankelijk is van een minderheidsaandeelhouder. Dit kan het geval zijn indien de gemeenschappelijke onderneming economisch en financieel afhankelijk is van de minderheidsaandeelhouder of indien alleen de minderheidsaandeelhouder de vereiste knowhow heeft en een grote rol zal spelen in de werking van de gemeenschappelijke onderneming terwijl de meerderheidsaandeelhouder louter een financiële investeerder is ⁽⁷⁶⁾. In die omstandigheden zal de meerderheidsaandeelhouder zijn positie niet kunnen versterken, maar de partner in de gemeenschappelijke onderneming kan in staat zijn strategische beslissingen te blokkeren, zodat beide moederondernemingen voortdurend zullen moeten samenwerken. Dit leidt tot een situatie van feitelijke gezamenlijke zeggenschap die voorrang heeft boven een zuivere juridische beoordeling volgens welke de meerderheidsaandeelhouder geacht zou kunnen worden uitsluitende zeggenschap te hebben.
- (79) Deze criteria zijn zowel op de vorming van een nieuwe gemeenschappelijke onderneming van toepassing als op verkrijgingen van minderheidsdeelnemingen die tezamen gezamenlijke zeggenschap verschaffen. Bij verkrijgingen van deelnemingen is het waarschijnlijker dat er gemeenschappelijke belangen zijn indien de deelnemingen door coördinatie van gedrag zijn verworven. Een verkrijging door coördinatie van gedrag is echter op zichzelf niet voldoende om aan te tonen dat er sprake is van feitelijke gezamenlijke zeggenschap. Over het algemeen vormt een gemeenschappelijk belang van financiële investeerders in een vennootschap (of schuldeisers van vennootschap) bestaande in rendement op investering, geen gemeenschappelijk belang dat leidt tot de uitoefening van feitelijke gezamenlijke zeggenschap.

⁽⁷³⁾ Zaak COMP/JV.55 (Hutchison/RCPM/ECT) van 3 juli 2001, en ook zaak IV/M.553 (RTL/Veronica/Endemol) van 20 september 1995.

⁽⁷⁴⁾ Zie arrest Cementbouw/Commissie, reeds aangehaald, punten 42, 52 en 67.

⁽⁷⁵⁾ Zaak COMP/JV.55 (Hutchison/RCPM/ECT) van 3 juli 2001, en ook zaak IV/M.553 (RTL/Veronica/Endemol) van 20 september 1995.

⁽⁷⁶⁾ Zaak IV/M.967 (KLM/Air UK) van 22 september 1997, en zaak COMP/M.4085 (Arcelor/Oyak/Erdemir) van 13 februari 2006.

- (80) Indien er geen sterke gemeenschappelijke belangen als hierboven bedoeld bestaan, sluit de mogelijkheid van wisselende coalities van minderheidsaandeelhouders normaal gesproken het vermoeden van gezamenlijke zeggenschap uit. Wanneer er in de besluitvormingsprocedure geen stabiele meerderheid is en de meerderheid bij elke gelegenheid uit verscheidene mogelijke combinaties van minderheidsaandeelhouders kan bestaan, mag er niet van worden uitgegaan dat de minderheidsaandeelhouders (of een bepaalde groep daarvan) de gezamenlijke zeggenschap over de onderneming uitoefenen⁽⁷⁷⁾. In dit verband is het niet voldoende dat er tussen twee of meer partijen met een gelijk aandeel in het kapitaal van een onderneming overeenkomsten bestaan, waarin voor de partijen gelijke rechten en bevoegdheden zijn vastgesteld, indien deze rechten en bevoegdheden geen strategische vetorechten vormen. Bijvoorbeeld in het geval van een onderneming waarin drie aandeelhouders elk een derde van het aandelenkapitaal in handen hebben en elke aandeelhouder een derde van de leden van de raad van bestuur benoemt, hebben de aandeelhouders geen gezamenlijke zeggenschap, omdat beslissingen van de raad van bestuur bij gewone meerderheid worden genomen.

3.4. *Andere overwegingen in verband met gezamenlijke zeggenschap*

Ongelijke rol van de moedervervennootschappen

- (81) Gezamenlijke zeggenschap is niet onverenigbaar met het feit dat een van de moedervervennootschappen specifieke kennis en/of ervaring heeft op het gebied van de activiteiten van de gemeenschappelijke onderneming. In dergelijke gevallen speelt de andere moedervervennootschap wellicht een bescheiden of in het geheel geen rol in het dagelijkse bestuur van de gemeenschappelijke onderneming, aangezien aan haar aanwezigheid daarin overwegingen van financiële aard, langetermijnstrategie, merkimago of algemeen beleid ten grondslag liggen. Desalniettemin moet zij altijd de werkelijke mogelijkheid behouden de beslissingen van de andere moedervervennootschap te betwisten op basis van de gelijkheid qua stemrechten of benoeming in besluitvormingsorganen, of op basis van vetorechten in verband met strategische kwesties. Zonder dit zou er sprake zijn van uitsluitende zeggenschap.

Doorslaggevende stem

- (82) Opdat er van gezamenlijke zeggenschap sprake zou zijn, mag geen van de moedervervennootschappen een doorslaggevende stem hebben, omdat dit zou leiden tot uitsluitende zeggenschap van de vennootschap die de doorslaggevende stem bezit. Er kan echter sprake zijn van gezamenlijke zeggenschap indien die doorslaggevende stem in de praktijk van beperkt belang en beperkte werking is. Dit kan het geval zijn wanneer de doorslaggevende stem pas na verschillende fasen van arbitrage en pogingen tot verzoening of slechts op een uiterste beperkt gebied kan worden uitgeoefend, wanneer de uitoefening van de doorslaggevende stem een putoptie in werking stelt die een ernstige financiële last impliceert of wanneer de wederzijdse onderlinge afhankelijkheid van de moedervervennootschappen de uitoefening van de doorslaggevende stem onwaarschijnlijk maakt⁽⁷⁸⁾.

III. WIJZIGINGEN IN DE KWALITEIT VAN DE ZEGGENSCHAP

- (83) De concentratieverordening is van toepassing op transacties die leiden tot de verkrijging van uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap, waaronder transacties die leiden tot wijzigingen in de kwaliteit van de zeggenschap. Ten eerste vindt een dergelijke wijziging in de kwaliteit van de zeggenschap plaats, met een concentratie als resultaat, indien er een verschuiving is van uitsluitende naar gezamenlijke zeggenschap of omgekeerd. Ten tweede vindt er bij scenario's van gezamenlijke zeggenschap vóór en na de transactie een wijziging in de kwaliteit van de zeggenschap plaats, indien er sprake is van een verhoging van het aantal aandeelhouders met zeggenschap of een wijziging van hun identiteit. Er is echter geen wijziging in de kwaliteit van de zeggenschap indien negatieve uitsluitende zeggenschap in positieve uitsluitende zeggenschap wordt omgezet. Een dergelijke wijziging heeft geen effect op de stimulansen van de aandeelhouder met negatieve zeggenschap noch op de aard van de zeggenschapsstructuur, aangezien de aandeelhouder met zeggenschap niet noodzakelijkerwijs met specifieke aandeelhouders moest samenwerken toen hij negatieve zeggenschap had. In elk geval vormen loutere wijzigingen in de omvang van de deelnemingen van dezelfde aandeelhouders met zeggenschap, zonder wijzigingen in de bevoegdheden die zij in een vennootschap bezitten en in de samenstelling van de zeggenschapsstructuur van de vennootschap, geen wijziging in de kwaliteit van de zeggenschap en derhalve vormen zij geen concentratie die moet worden aangemeld.

⁽⁷⁷⁾ Zaak IV/JV.12 (Ericsson/Nokia/Psion/Motorola) van 22 december 1998.

⁽⁷⁸⁾ Zie ook zaak COMP/M.2574 (Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia) van 20 september 2001, en zaak IV/M.553 (RTL/Veronica/Endemol) van 20 september 1995, zaak IV/M.425 (British Telecom/Santander) van 28 maart 1994.

- (84) Deze wijzigingen in de kwaliteit van de zeggenschap zullen in twee categorieën worden besproken: ten eerste de intrede van één of meer nieuwe aandeelhouders met zeggenschap, ongeacht of zij al dan niet in de plaats treden van bestaande aandeelhouders met zeggenschap, en ten tweede een vermindering van het aantal aandeelhouders met zeggenschap.

1. Intrede van aandeelhouders met zeggenschap

- (85) De intrede van nieuwe aandeelhouders met zeggenschap die leidt tot een scenario van gezamenlijke zeggenschap, kan het resultaat zijn van ofwel een verschuiving van uitsluitende zeggenschap naar gezamenlijke zeggenschap, ofwel de intrede van een extra aandeelhouder of een vervanging van een bestaande aandeelhouder in een onderneming waarover reeds gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend.
- (86) Een verschuiving van uitsluitende zeggenschap naar gezamenlijke zeggenschap wordt beschouwd als een transactie die moet worden aangemeld, aangezien zij de kwaliteit van de zeggenschap over de gemeenschappelijke onderneming wijzigt. Ten eerste is er een nieuwe verkrijging van zeggenschap voor de aandeelhouder die intreedt in de onderneming waarover zeggenschap wordt uitgeoefend. Ten tweede wordt de onderneming waarover zeggenschap wordt uitgeoefend, alleen door de nieuwe verkrijging van zeggenschap tot een gemeenschappelijke onderneming omgevormd, waardoor ook de situatie van de overblijvende onderneming met zeggenschap definitief wordt gewijzigd uit hoofde van de concentratieverordening. In de toekomst moet zij rekening houden met de belangen van één of meer andere aandeelhouder(s) met zeggenschap en moet zij voortdurend samenwerken met de nieuwe aandeelhouder(s). Voordien kon zij het strategische gedrag van de onderneming waarover zeggenschap werd uitgeoefend, alleen bepalen (in het geval van uitsluitende zeggenschap) of moest zij geen rekening houden met de belangen van bepaalde andere aandeelhouders, en evenmin moest zij voortdurend met die aandeelhouders samenwerken.
- (87) De intrede van een nieuwe aandeelhouders in een onderneming waarover gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend — hetzij naast de aandeelhouders die reeds zeggenschap hebben hetzij in vervanging van een van hen — vormt ook een concentratie die moet worden aangemeld, ofschoon zowel vóór als na de transactie over de onderneming gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend ⁽⁷⁹⁾. Ten eerste is er ook in dit scenario een aandeelhouder die voor het eerst zeggenschap over de gemeenschappelijke onderneming verkrijgt. Ten tweede wordt de kwaliteit van de zeggenschap over de gemeenschappelijke onderneming bepaald door de identiteit van alle aandeelhouders met zeggenschap. Omdat elke aandeelhouder alleen ten aanzien van strategische beslissingen een blokkeringsrecht heeft, ligt het in de aard van de gezamenlijke zeggenschap dat de aandeelhouders met gezamenlijke zeggenschap rekening moeten houden met elkaars belangen en moeten samenwerken om het strategische gedrag van de gemeenschappelijke onderneming te bepalen ⁽⁸⁰⁾. De aard van de gezamenlijke zeggenschap is meer dan de louter mathematische optelsom van de blokkeringsrechten die door verschillende aandeelhouders worden uitgeoefend, doch wordt bepaald door de samenstelling van de aandeelhouders met gezamenlijke zeggenschap. Een van de meest duidelijke scenario's die leidt tot een definitieve wijziging in de aard van de zeggenschapsstructuur van een onderneming waarover gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend, is de situatie waarbij in een gemeenschappelijke onderneming die onder gezamenlijke zeggenschap staat van een concurrent van de gemeenschappelijke onderneming en een financiële investeerder, die financiële investeerder door een andere concurrent wordt vervangen. In die omstandigheden kunnen de zeggenschapsstructuur en de stimulansen van de gemeenschappelijke onderneming volledig wijzigen, niet alleen als gevolg van de nieuwe aandeelhouder met zeggenschap, doch ook door wijzigingen in het gedrag van de overblijvende aandeelhouder. De vervanging van een aandeelhouder met zeggenschap of de intrede van een nieuwe aandeelhouder in een onderneming waarover gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend, vormt derhalve een wijziging in de kwaliteit van de zeggenschap ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Zie bijvoorbeeld zaak COMP/M.3440 (ENI/EDP/GdP) van 9 december 2004.

⁽⁸⁰⁾ Zie arrest Cementbouw/Commissie, reeds aangehaald, punt 67.

⁽⁸¹⁾ In het algemeen zal de Commissie de middellijke vervanging van een aandeelhouder met zeggenschap in een scenario van gezamenlijke zeggenschap, die plaatsvindt door middel van een verkrijging van zeggenschap over een van haar moederondernemingen, niet als een afzonderlijke concentratie beoordelen. De Commissie zal alle wijzigingen in de concurrentiesituatie van de gemeenschappelijke onderneming beoordelen in het kader van de globale verkrijging van zeggenschap over haar moederonderneming. In die omstandigheden zullen de andere aandeelhouders met zeggenschap in de gemeenschappelijke onderneming derhalve geen ondernemingen zijn die betrokken zijn bij de concentratie die verband houdt met haar moederonderneming.

- (88) De intrede van nieuwe aandeelhouders vormt echter pas een aan te melden concentratie indien één of verschillende aandeelhouders dankzij de transactie uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap verkrijgen. De intrede van nieuwe aandeelhouders kan leiden tot een situatie waarin gezamenlijke zeggenschap rehtens noch feitelijk kan worden aangetoond, omdat de komst van de nieuwe aandeelhouder meebrengt dat wijzigende coalities tussen minderheidsaandeelhouders mogelijk zijn ⁽⁸²⁾.

2. Vermindering van het aantal aandeelhouders

- (89) Een vermindering van het aantal aandeelhouders met zeggenschap vormt een wijziging in de kwaliteit van de zeggenschap en moet derhalve als een concentratie worden beschouwd indien het uittreden van één of meer aandeelhouders met zeggenschap een verschuiving van gezamenlijke naar uitsluitende zeggenschap meebrengt. Beslissende invloed die alleen wordt uitgeoefend verschilt in essentie van beslissende invloed die gezamenlijk wordt uitgeoefend, aangezien in het laatste geval de aandeelhouders met gezamenlijke zeggenschap rekening moeten houden met de mogelijk verschillende belangen van de andere betrokken partij of partijen ⁽⁸³⁾.
- (90) Indien de transactie betrekking heeft op een vermindering van het aantal aandeelhouders met gezamenlijke zeggenschap zonder dat dit leidt tot een verschuiving van gezamenlijke naar uitsluitende zeggenschap, zal de transactie normaal gesproken niet leiden tot een aan te melden concentratie.

IV. GEMEENSCHAPPELIJKE ONDERNEMINGEN — HET BEGRIP VOLWAARDIGHEID

- (91) Artikel 3, lid 1, onder b), bepaalt dat een concentratie wordt geacht tot stand te komen indien door één of meer ondernemingen zeggenschap wordt verkregen over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan. De nieuwe verkrijging van een andere onderneming door verschillende ondernemingen met gezamenlijke zeggenschap vormt derhalve een concentratie in de zin van de concentratieverordening. Net als bij de verkrijging van uitsluitende zeggenschap over een onderneming zal een dergelijke verkrijging van gezamenlijke zeggenschap leiden tot een structurele wijziging van de markt, zelfs indien volgens de plannen van de verkrijgende ondernemingen de verkregen onderneming na de transactie niet langer volwaardig kan worden geacht (bijvoorbeeld omdat zij in de toekomst uitsluitend aan de moederondernemingen zal verkopen). Een transactie waarbij verschillende ondernemingen zijn betrokken die van derden gezamenlijke zeggenschap verkrijgen over een andere onderneming of delen daarvan, en die voldoet aan de in punt 23 uiteengezette criteria, zal dus een concentratie vormen op grond van artikel 3, lid 1, zonder dat het criterium volwaardigheid moet worden beoordeeld ⁽⁸⁴⁾.
- (92) Artikel 3, lid 4, bepaalt voorts dat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult (de zogenaamde volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen) een concentratie vormt in de zin van de concentratieverordening. Het criterium volwaardigheid bakent derhalve de toepassing af van de concentratieverordening voor de oprichting van gemeenschappelijke ondernemingen door de partijen, ongeacht of een dergelijke gemeenschappelijke onderneming vanuit het niets wordt opgericht dan wel of de partijen aan de gemeenschappelijke onderneming vermogensbestanddelen toekennen die voordien hun individueel eigendom waren. In die omstandigheden moet de gemeenschappelijke onderneming voldoen aan het criterium volwaardigheid om een concentratie te vormen.
- (93) Het feit dat een gemeenschappelijke onderneming een volwaardige onderneming kan zijn en derhalve in operationeel opzicht economisch zelfstandig is, betekent niet dat zij zelfstandig is wat de goedkeuring van haar strategische beslissingen betreft. Anders zou een onderneming waarover gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend, nooit als een volwaardige gemeenschappelijke onderneming kunnen worden aangemerkt en bijgevolg zou nooit aan de voorwaarde van artikel 3, lid 4, worden voldaan ⁽⁸⁵⁾. Voor het criterium volwaardigheid volstaat het derhalve indien de gemeenschappelijke onderneming in operationeel opzicht zelfstandig is.

⁽⁸²⁾ Zaak IV/JV.12 (Ericsson/Nokia/Psion/Motorola) van 22 december 1998.

⁽⁸³⁾ Zie zaak IV/M.023 (ICI/Tioxide) van 28 november 1990, en zie ook punt 5, onder d), van de mededeling van de Commissie betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde concentratietransacties krachtens Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad.

⁽⁸⁴⁾ Deze overwegingen gelden niet op dezelfde wijze voor artikel 2, lid 4. Terwijl de uitlegging van artikel 3, leden 1 en 4, betrekking heeft op de toepassing van de concentratieverordening op gemeenschappelijke ondernemingen, heeft artikel 2, lid 4, betrekking op de materiële analyse van gemeenschappelijke ondernemingen. De „oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die een concentratie vormt in de zin van artikel 3”, waarvan sprake in artikel 2, lid 4, omvat de verkrijging van gezamenlijke zeggenschap overeenkomstig artikel 3, leden 1 en 4.

⁽⁸⁵⁾ Zie arrest Cementbouw/Commissie, reeds aangehaald, punt 62.

1. Voldoende middelen om onafhankelijk op een markt werkzaam te zijn

- (94) Volwaardigheid betekent in wezen dat een gemeenschappelijke onderneming werkzaam moet zijn op een markt en daar alle functies vervult die andere op die markt werkzame ondernemingen normaal gesproken vervullen. De gemeenschappelijke onderneming moet daartoe beschikken over een bestuur dat zich aan haar dagelijkse bedrijfsvoering wijdt en over toegang tot voldoende middelen, waaronder financiën, personeel en (materiële en immateriële) vermogensbestanddelen, zodat zij binnen de grenzen van de overeenkomst inzake de gemeenschappelijke onderneming op duurzame wijze haar bedrijfswerkzaamheid kan uitoefenen⁽⁸⁶⁾. Het personeel hoeft niet noodzakelijkerwijs in dienst van de gemeenschappelijke onderneming zelf te zijn. Indien het in de bedrijfstak waarin de gemeenschappelijke onderneming werkzaam is, vaste praktijk is, kan het volstaan dat derden krachtens een operationele overeenkomst de bedoeling hebben personeel te leveren of dat personeel door een agentschap voor uitzendarbeid ter beschikking wordt gesteld. Ook kan het volstaan dat de moedervernootschappen personeel detacheert, voor zover dit slechts in de aanlooperperiode gebeurt of voor zover de gemeenschappelijke onderneming met de moedervernootschappen op dezelfde wijze onderhandelt als met derden. In dat laatste geval moeten de onderhandelingen tussen de gemeenschappelijke onderneming en de moedervernootschappen onder normale commerciële voorwaarden en met gepaste afstand plaatsvinden en moet het de gemeenschappelijke onderneming ook vrijstaan haar eigen werknemers aan te werven of via derden personeel aan te trekken.

2. Werkzaamheden buiten een bepaalde functie voor de moedervernootschappen

- (95) Een gemeenschappelijke onderneming is niet volwaardig indien zij binnen de bedrijfswerkzaamheden van de moedervernootschappen slechts één bepaalde functie overneemt zonder eigen toegang of aanwezigheid op de markt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij gemeenschappelijke ondernemingen die zich uitsluitend met O&O of productie bezighouden. Dergelijke gemeenschappelijke ondernemingen vervullen een hulpfunctie ten behoeve van de bedrijfswerkzaamheden van de moedervernootschappen. Dit is ook het geval wanneer een gemeenschappelijke onderneming zich nagenoeg uitsluitend met de distributie of afzet van de producten van haar moedervernootschappen bezighoudt en dus overwegend als verkoopkantoor fungeert. Dat een gemeenschappelijke onderneming gebruik maakt van het distributienet of de verkoopinrichting van één of meer van haar moedervernootschappen, is normaal gesproken echter geen reden om haar niet als een volwaardige gemeenschappelijke onderneming te beschouwen, zolang de moedervernootschappen uitsluitend als agent van de gemeenschappelijke onderneming handelen⁽⁸⁷⁾.
- (96) Deze vraag rijst vaak bij gemeenschappelijke ondernemingen waarin onroerende goederen doorgaans om fiscale en andere financiële redenen worden ondergebracht. Zolang het doel van de gemeenschappelijke onderneming beperkt is tot de verwerving en/of instandhouding van bepaalde onroerende goederen ten behoeve van de moedervernootschappen en gebaseerd is op financiële middelen van die moedervernootschappen, wordt zij doorgaans niet als volwaardig aangemerkt, aangezien zij geen zelfstandige, duurzame bedrijfswerkzaamheid op de markt uitoefent en meestal ook niet over de nodige middelen beschikt om onafhankelijk werkzaam te zijn. Dit geval moet worden onderscheiden van gemeenschappelijke ondernemingen die actief een onroerendgoedportefeuille beheren en voor eigen rekening op de markt werkzaam zijn, wat een typische indicator van volwaardigheid is⁽⁸⁸⁾.

3. Afzet aan en bevoorrading bij de moedervernootschappen

- (97) Een sterke aanwezigheid van de moedervernootschappen op zich hoger of lager in de bedrijfskolom bevindende markten is een factor die bij de beoordeling van het volwaardige karakter van een gemeenschappelijke onderneming in aanmerking moet worden genomen, wanneer deze situatie tot gevolg heeft dat de verkoop of de aankoop tussen de moedervernootschappen en de gemeenschappelijke

⁽⁸⁶⁾ Zaak IV/M.527 (Thomson CSF/Deutsche Aerospace) van 2 december 1994 (intellectuele-eigendomsrechten); zaak IV/M.560 (EDS/Lufthansa) van 11 mei 1995 (outsourcing); zaak IV/M.585 (Voest Alpine Industrieanlagenbau GmbH/Davy International Ltd) van 7 september 1995 (recht van de gemeenschappelijke onderneming om van de moedervernootschappen extra knowhow en personeel te verlangen); zaak IV/M.686 (Nokia/Autoliv) van 5 februari 1996 (gemeenschappelijke onderneming die dienstencontracten met een moedervernootschap mocht opzeggen en van de bedrijfsterreinen van een moedervernootschap mocht wegtrekken), en zaak IV/M.791 (British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd) van 7 oktober 1996 (overdracht van de geplande vermogensbestanddelen van de gemeenschappelijke onderneming aan een leasingmaatschappij en leasing door de gemeenschappelijke onderneming).

⁽⁸⁷⁾ Zaak IV/M.102 (TNT/Canada Post e.a.) van 2 december 1991.

⁽⁸⁸⁾ Zie zaak IV/M.929 (DIA/Veba Immobilien/Deutschbau) van 23 juni 1997, en zaak COMP/M.3325 (Morgan Stanley/Glick/Canary Wharf) van 23 januari 2004.

onderneming aanzienlijk in omvang is. Dat de gemeenschappelijke onderneming enkel tijdens een aanlooperperiode voor haar afzet of bevoorradig vrijwel geheel op de moedervennootschappen steunt, doet normaal gesproken niets af aan haar karakter van volwaardige gemeenschappelijke onderneming. Een dergelijke aanlooperperiode kan voor de gemeenschappelijke onderneming nodig zijn om op de markt voet aan de grond te krijgen. Maar die periode zal in de regel niet langer duren dan drie jaar, afhankelijk van de specifieke omstandigheden op de betrokken markt ⁽⁸⁹⁾.

Afzet aan de moedervennootschappen

- (98) Wanneer het de bedoeling is dat de gemeenschappelijke onderneming op duurzame basis aan de moederondernemingen blijft verkopen, is de vraag in essentie of de gemeenschappelijke onderneming ondanks deze afzet erop is ingesteld een actieve rol op de markt te spelen en in operationeel opzicht als economisch zelfstandig kan worden aangemerkt. Een belangrijke factor in dit verband is de verhouding tussen de omvang van de afzet aan de moedervennootschappen en de totale productie van de gemeenschappelijke onderneming. Vanwege de specifieke kenmerken van elk afzonderlijk geval is het onmogelijk om een specifieke verhouding vast te stellen waardoor volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen zich van andere gemeenschappelijke ondernemingen onderscheiden. Het feit dat de omzet van de gemeenschappelijke onderneming voor meer dan 50 % uit afzet aan derden bestaat, is vaak een indicator van volwaardigheid. Onder deze indicatieve drempel moet geval per geval tot analyse worden overgegaan, waarbij de verhouding tussen de gemeenschappelijke onderneming en haar moedervennootschappen werkelijk commercieel moet zijn, wil de gemeenschappelijke onderneming in operationeel opzicht zelfstandig zijn. Te dien einde moet worden aangetoond dat de gemeenschappelijke onderneming haar goederen of diensten zal leveren aan de afnemer die deze het meest valoriseert en er het meest voor zal betalen en dat de gemeenschappelijke onderneming onder normale commerciële voorwaarden en met gepaste afstand met haar moedervennootschappen onderhandelt ⁽⁹⁰⁾. In die omstandigheden, dat wil zeggen indien de gemeenschappelijke onderneming haar moedervennootschappen in commercieel opzicht op dezelfde manier behandelt als zij derden behandelt, kan het volstaan dat ten minste 20 % van de verwachte omzet van de gemeenschappelijke onderneming aan derden zal worden afgezet. Hoe groter het aandeel van de waarschijnlijke afzet aan de moedervennootschappen, hoe duidelijker echter moet worden aangetoond dat de betrekkingen commercieel van aard zijn.
- (99) Om de verhouding tussen de afzet aan de moedervennootschappen en de afzet aan derden vast te stellen, zal de Commissie vroegere rekeningen en gedetailleerde ondernemingsplannen in aanmerking nemen. Zij zal haar oordeel echter ook op de algemene structuur van de markt baseren, vooral wanneer er niet snel een aanmerkelijke afzet aan derden kan worden verwacht. Dit kan ook een relevante factor zijn voor de beoordeling van de vraag of de gemeenschappelijke onderneming met gepaste afstand met haar moedervennootschappen zal onderhandelen.
- (100) Deze vragen rijzen vaak in verband met outsourcingovereenkomsten, waarbij een onderneming met een dienstverrichter een gemeenschappelijke onderneming opricht ⁽⁹¹⁾, die functies zal overnemen die vroeger door de onderneming intern werden verricht. In die scenario's kan de gemeenschappelijke onderneming doorgaans niet als volwaardig worden aangemerkt: zij verricht haar diensten uitsluitend voor de klant-onderneming en voor die diensten is zij afhankelijk van input van de dienstverrichter. Deze beoordeling wordt niet gewijzigd door het feit dat het ondernemingsplan van de gemeenschappelijke onderneming doorgaans niet uitsluit dat zij haar diensten voor derden kan verrichten, aangezien in de typische outsourcingstructuur alle inkomsten van derden waarschijnlijk ondergeschikt blijven aan de hoofdwerkzaamheden van de gemeenschappelijke onderneming voor de klant-onderneming. Deze algemene regel sluit echter niet uit dat er gevallen van outsourcing zijn waarin de partners van de gemeenschappelijke onderneming bijvoorbeeld vanwege de schaalvoordelen een gemeenschappelijke onderneming oprichten teneinde op een bepaalde markt vaste voet te krijgen. Hierdoor kan de gemeenschappelijke onderneming als volwaardig worden aangemerkt, indien een omvangrijke afzet aan derden gepland is, de verhouding tussen de gemeenschappelijke onderneming en haar moedervennootschap werkelijk commercieel van aard is en zij onder normale commerciële voorwaarden met haar moedervennootschappen onderhandelt.

⁽⁸⁹⁾ Zaak IV/M.560 (EDS/Lufthanse) van 11 mei 1995, en zaak IV/M.868 (Nokia/Autoliv) van 5 februari 1996. In tegengestelde zin: zaak IV/M.904 (RSB/Tenex/Fuel Logistics) van 2 april 1997, en zaak IV/M.979 (Preussag/Voest-Alpine) van 1 oktober 1997. Een bijzonder geval doet zich voor wanneer de afzet van een gemeenschappelijke onderneming aan haar moedervennootschap voortvloeit uit een wettelijk monopolie lager in de bedrijfskolom, zie zaak IV/M.468 (Siemens/Italtel) van 17 februari 1995, of wanneer de afzet aan een moedervennootschap bestaat uit toekomstige producten die voor de gemeenschappelijke onderneming van weinig belang zijn, zie zaak IV/M.550 (Union Carbide/Enichem) van 13 maart 1995.

⁽⁹⁰⁾ Zaak IV/M.556 (Zeneca/Vanderhave) van 9 april 1996, en zaak IV/M.751 (Bayer/Hüls) van 3 juli 1996.

⁽⁹¹⁾ De vraag onder welke omstandigheden een outsourcingovereenkomst als een concentratie moet worden beschouwd, komt aan bod in de punten 24 en volgende van deze mededeling.

Bevoorrading bij de moedervernootschappen

- (101) Indien de gemeenschappelijke onderneming zich bij haar moedervernootschappen bevoorraadt, rijst de vraag of zij volwaardig van aard is, in het bijzonder wanneer op het niveau van de gemeenschappelijke onderneming zelf weinig waarde aan de betrokken producten of diensten wordt toegevoegd. In die situatie kan de gemeenschappelijke onderneming meer weg hebben van een gemeenschappelijk verkoopkantoor.

Handelsmarkten

- (102) Is een gemeenschappelijke onderneming daarentegen op een handelsmarkt werkzaam en vervult zij de normale functies van een handelsonderneming op die markt, dan gaat het normaal gesproken niet om een verkoopkantoor met een hulpfunctie, doch om een volwaardige gemeenschappelijke onderneming. Een handelsmarkt wordt gekenmerkt door het bestaan van vennootschappen die in de verkoop en distributie van producten gespecialiseerd zijn zonder dat zij verticaal geïntegreerd zijn, naast vennootschappen die wel geïntegreerd zijn, en door de mogelijkheid de betrokken producten bij verschillende bronnen aan te kopen. Bovendien is het op heel wat handelsmarkten een vereiste dat de marktdeelnemers investeren in specifieke voorzieningen zoals verkooppunten, voorraden, opslagplaatsen, depots, eigen vervoermiddelen en verkoop- en dienstenpersoneel. Opdat een gemeenschappelijke onderneming op een handelsmarkt als volwaardig kan worden aangemerkt, moet zij over de noodzakelijke voorzieningen beschikken en moet het waarschijnlijk zijn dat zij een aanzienlijk deel van de producten die zij nodig heeft niet alleen bij haar moedervernootschappen doch ook bij hun concurrenten aankoopt ⁽⁹²⁾.

4. Werking op duurzame basis

- (103) Voorts moet het de bedoeling zijn dat de gemeenschappelijke onderneming op duurzame basis werkzaam zal zijn. Dit blijkt gewoonlijk uit het feit dat de moedervernootschappen de gemeenschappelijke onderneming de hierboven beschreven middelen verschaffen. In overeenkomsten tot oprichting van een gemeenschappelijke onderneming worden vaak ook bepalingen opgenomen met het oog op zekere eventualiteiten, zoals het falen van de gemeenschappelijke onderneming of fundamentele onenigheid tussen de moedervernootschappen ⁽⁹³⁾. Zo kan worden bepaald dat in dergelijke gevallen de gemeenschappelijke onderneming zelf wordt ontbonden of dat één of meer moedervernootschappen zich uit de gemeenschappelijke onderneming kunnen terugtrekken. Dit soort bedingen vormt geen beletsel om de gemeenschappelijke onderneming als werkzaam op duurzame basis aan te merken. Hetzelfde mag doorgaans worden aangenomen wanneer in de overeenkomst is bepaald dat de gemeenschappelijke onderneming voor een bepaalde tijd wordt opgericht, voor zover die periode lang genoeg is om een blijvende verandering in de structuur van de betrokken ondernemingen ⁽⁹⁴⁾ teweeg te brengen of de overeenkomst erin voorziet dat de gemeenschappelijke onderneming na die periode kan worden voortgezet.
- (104) Een gemeenschappelijke onderneming zal daarentegen niet worden geacht op duurzame basis werkzaam te zijn, indien zij voor een korte, aflopende periode wordt opgericht. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een gemeenschappelijke onderneming voor een bepaald project wordt opgericht, zoals het bouwen van een krachtcentrale, doch na de voltooiing van de bouw niet bij de exploitatie betrokken zal zijn.
- (105) Het ontbreekt een gemeenschappelijke onderneming ook aan voldoende werkzaamheden op duurzame basis in de fase waarin nog gewacht wordt op door derden te nemen beslissingen die van essentieel belang zijn voor het opstarten van de bedrijfswerkzaamheden van de gemeenschappelijke onderneming. Bij deze scenario's gaat het om beslissingen die meer zijn dan loutere formaliteiten en waarvan het doorgaans onzeker is of zij zullen worden genomen. Voorbeelden zijn de toekenning van een contract (bijvoorbeeld in procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten), licenties (bijvoorbeeld in de telecomsector) of toegangsrechten tot eigendom (bijvoorbeeld exploratierechten voor olie en gas). In afwachting van de beslissing over dergelijke factoren is het onduidelijk of de gemeenschappelijke onderneming eigenlijk wel werkzaam zal worden. In die fase kan de gemeenschappelijke onderneming

⁽⁹²⁾ Zaak IV/M.788 (AgrEVO/Marubeni) van 3 september 1996.

⁽⁹³⁾ Zaak IV/M.891 (Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith) van 23 april 1997.

⁽⁹⁴⁾ Zie zaak COMP/M.2903 (DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV) van 30 april 2003, waarin een periode van 12 jaar voldoende lang werd geacht, en zaak COMP/M.2632 (Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV) van 11 februari 2002 waarin de overeenkomst een duur van 8 jaar had. In zaak COMP/M.3858 (Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien) van 20 juli 2005 achtte de Commissie een minimumduur van 10-15 jaar voldoende, doch een periode van 3 jaar onvoldoende.

duis niet worden geacht op duurzame basis economische functies te vervullen en kan zij bijgevolg niet als volwaardig worden aangemerkt. Zodra een beslissing ten gunste van de betrokken gemeenschappelijke onderneming is genomen, is echter aan dit criterium voldaan en komt een concentratie tot stand ⁽⁹⁵⁾.

5. Wijzigingen in de werkzaamheden van de gemeenschappelijke onderneming

- (106) In de loop van het bestaan van een gemeenschappelijke onderneming kunnen haar moeder-vennootschappen beslissen de reikwijdte van haar werkzaamheden uit te breiden. Dit wordt als een nieuwe concentratie beschouwd, die mogelijk moet worden aangemeld indien deze uitbreiding de verkrijging omvat van een andere onderneming van de moedervennootschappen of delen daarvan, die op zichzelf als een concentratie zou worden beschouwd (zie de uiteenzetting in punt 24 van deze mededeling) ⁽⁹⁶⁾.
- (107) Er kan ook een concentratie tot stand komen indien de moedervennootschappen aanzienlijke aanvullende vermogensbestanddelen, overeenkomsten, knowhow of andere rechten aan de gemeenschappelijke onderneming overdragen en deze vermogensbestanddelen en rechten de basis of de kern vormen van een uitbreiding van de werkzaamheden van de gemeenschappelijke onderneming tot andere producten of geografische markten die geen deel uitmaken van de oorspronkelijke gemeenschappelijke onderneming en indien de gemeenschappelijke onderneming deze werkzaamheden op duurzame basis verricht. Aangezien uit de overdracht van vermogensbestanddelen of rechten blijkt dat de moedervennootschappen de werkelijke actoren zijn achter de uitbreiding van de reikwijdte van de gemeenschappelijke onderneming, kan de uitbreiding van de werkzaamheden van de gemeenschappelijke onderneming op dezelfde manier worden beschouwd als de oprichting van een nieuwe gemeenschappelijke onderneming in de zin van artikel 3, lid 4 ⁽⁹⁷⁾.
- (108) Indien de reikwijdte van een gemeenschappelijke onderneming wordt uitgebreid zonder dat aanvullende vermogensbestanddelen, overeenkomsten, knowhow of rechten worden overgedragen, komt er geen concentratie tot stand.
- (109) Een concentratie komt tot stand indien er zich in de werkzaamheden van een bestaande, niet-volwaardige gemeenschappelijke onderneming een wijziging voordoet waardoor een volwaardige gemeenschappelijke onderneming in de zin van artikel 3, lid 4, wordt opgericht. Volgende voorbeelden kunnen worden gegeven: een wijziging van de organisatorische structuur van een gemeenschappelijke onderneming zodat aan het criterium volwaardigheid wordt voldaan ⁽⁹⁸⁾, een gemeenschappelijke onderneming die alleen aan de moedervennootschappen leverde en die vervolgens een belangrijke werkzaamheid op de markt begint of scenario's als die welke in punt 105 zijn beschreven, waarin een gemeenschappelijke onderneming haar werkzaamheden op de markt pas kan aanvangen nadat zij essentiële input heeft gekregen (zoals een licentie voor een gemeenschappelijke onderneming in de telecommunicatiesector). Voor een dergelijke wijziging in de werkzaamheden van de gemeenschappelijke onderneming is doorgaans een beslissing van haar aandeelhouders of haar directie vereist. Zodra de beslissing is genomen die meebrengt dat de gemeenschappelijke onderneming aan het criterium volwaardigheid voldoet, komt een concentratie tot stand.

V. UITZONDERINGEN

- (110) In artikel 3, lid 5, zijn uitzonderingsgevallen beschreven waarin de verwerving van een zeggenschapsbelang geen concentratie vormt in de zin van de concentratieverordening.
- (111) Ten eerste wordt de verwerving van effecten door ondernemingen tot de normale werkzaamheden waarvan de verhandeling van effecten voor eigen rekening of voor rekening van derden behoort, niet geacht een concentratie tot stand te brengen indien de effecten in het raam van dergelijke werkzaamheden worden verworven en slechts tijdelijk worden gehouden (artikel 3, lid 5, onder a)). Om deze uitzondering van toepassing te laten zijn, moet aan de volgende voorwaarden voldaan zijn:
- de verwervende onderneming moet een kredietinstelling, een andere financiële instelling of een verzekeringsmaatschappij zijn, waarvan de normale werkzaamheden overeenkomen met de hierboven gegeven beschrijving;

⁽⁹⁵⁾ Afhankelijk van de andere criteria die in dit hoofdstuk van deze mededeling worden besproken.

⁽⁹⁶⁾ Zie zaak COMP/M.3039 (Soprol/Céréal/Lesieur) van 30 januari 2003.

⁽⁹⁷⁾ In een dergelijk geval is de aanleiding tot aanmelding de overeenkomst of het juridische document waarin de overdracht van vermogensbestanddelen, overeenkomsten, knowhow of andere rechten is vastgelegd.

⁽⁹⁸⁾ Zaak COMP/M.2276 (The Coca-Cola Company/Nestlé/JV) van 27 september 2001.

- de effecten moeten worden verworven met het oog op het weer verkopen ervan;
 - de verwervende onderneming mag de stemrechten niet uitoefenen om het strategische commerciële gedrag van de doelvennootschap te bepalen en mag deze stemrechten uitsluitend uitoefenen om de gehele of gedeeltelijke verkoop van de onderneming, haar activa of de effecten voor te bereiden;
 - de verwervende onderneming moet haar zeggenschapsbelang binnen één jaar na de verwerving verkopen, dat wil zeggen dat zij haar belang in het aandelenkapitaal binnen deze periode van één jaar moet verminderen tot een niveau dat haar niet langer zeggenschap verschaft. Deze termijn kan echter door de Commissie worden verlengd, indien de verwervende onderneming kan aantonen dat verkoop binnen de gestelde termijn van één jaar redelijkerwijs niet mogelijk was.
- (112) Ten tweede komt er geen wijziging van zeggenschap en derhalve geen concentratie in de zin van de concentratieverordening tot stand wanneer de zeggenschap door een lasthebber van de overheid is verkregen krachtens de wetgeving van een lidstaat inzake liquidatie, faillissement, insolventie, staking van betalingen, akkoord of soortgelijke procedures (artikel 3, lid 5, onder b)).
- (113) Ten derde komt er geen concentratie tot stand wanneer een participatiemaatschappij in de zin van artikel 5, lid 3, van Richtlijn 78/660/EEG van de Raad⁽⁹⁹⁾ zeggenschap verkrijgt. Het begrip participatiemaatschappij is dus beperkt tot vennootschappen die uitsluitend ten doel hebben het verkrijgen van deelnemingen in andere ondernemingen, zonder zich rechtstreeks of middellijk in te laten met de bedrijfsvoering van de betrokken ondernemingen, zulks onverminderd de rechten van de participatiemaatschappij in haar hoedanigheid van aandeelhoudster. Dergelijke investeringsmaatschappijen moeten voorts zodanig gestructureerd zijn dat naleving van de beperkingen welke aan de activiteiten van deze maatschappijen zijn gesteld, door overheid of rechter kan worden gecontroleerd. De concentratieverordening voorziet in een aanvullende voorwaarde voor de toepassing van deze uitzondering: dergelijke maatschappijen mogen de stemrechten in de andere ondernemingen slechts uitoefenen om de volledige waarde van deze investeringen veilig te stellen en niet om rechtstreeks of onrechtstreeks het concurrentiegedrag te bepalen van de onderneming waarover zeggenschap wordt uitgeoefend.
- (114) De uitzonderingen uit hoofde van artikel 3, lid 5, van de concentratieverordening zijn slechts op een heel beperkt terrein van toepassing. Om te beginnen zijn deze uitzonderingen slechts van toepassing indien de transactie anders op zichzelf een concentratie zou vormen, doch niet indien de transactie deel uitmaakt van één ruimere concentratie, in omstandigheden waarin de uiteindelijke verkrijger van zeggenschap niet onder de voorwaarden van artikel 3, lid 5, zou vallen (zie bijvoorbeeld hierboven punt 35). Ten tweede zijn de uitzonderingen uit hoofde van artikel 3, lid 5, onder a), en artikel 3, lid 5, onder c), slechts van toepassing op verkrijgingen van zeggenschap door middel van de aankoop van effecten, en niet op verkrijgingen van vermogensbestanddelen.
- (115) De uitzonderingen gelden niet voor typische investeringsfondsstructuren. Volgens hun doelstellingen beperken deze fondsen zich doorgaans niet in de uitoefening van de stemrechten, doch keuren zij beslissingen goed inzake de benoeming van de leden van de raad van bestuur en de toezichthoudende organen van de ondernemingen of gaan zij zelfs over tot herstructurering van deze ondernemingen. Dit is niet verenigbaar met het vereiste van artikel 3, lid 5, onder a), en artikel 3, lid 5, onder c), dat de verkrijgende vennootschappen de stemrechten niet uitoefenen om het concurrentiegedrag van de andere onderneming te bepalen⁽¹⁰⁰⁾.
- (116) De vraag kan rijzen of een transactie om een onderneming vóór of van insolventieprocedures te redden, een concentratie vormt in de zin van de concentratieverordening. Kenmerkend voor een dergelijke reddingstransactie is de omzetting van bestaande schulden in een nieuwe vennootschap, via welke een bankensyndicaat de gezamenlijke zeggenschap over de betrokken onderneming kan verwerven. Indien

⁽⁹⁹⁾ Vierde Richtlijn 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, onder g), van het verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, PB L 222 van 14.8.1978, blz. 11. Richtlijn laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2003/51/EG van 18 juni 2003 (PB L 178 van 17.7.2003, blz. 16). Artikel 5, lid 3, van die richtlijn definieert participatiemaatschappijen als maatschappijen die uitsluitend ten doel hebben het verkrijgen van deelnemingen in andere ondernemingen en het beheer en de exploitatie van deze deelnemingen, zonder zich rechtstreeks of middellijk in te laten met de bedrijfsvoering van de betrokken ondernemingen, zulks onverminderd de rechten van de participatiemaatschappij in haar hoedanigheid van aandeelhoudster. De naleving van de beperkingen welke aan de activiteiten van deze maatschappijen zijn gesteld, moet door overheid of rechter kunnen worden gecontroleerd.

⁽¹⁰⁰⁾ Zaak IV/M.669 (Charterhouse/Porterbrook) van 11 december 1995.

een dergelijke transactie beantwoordt aan de hierboven uiteengezette criteria voor gezamenlijke zeggenschap zal zij normaal gesproken als een concentratie worden beschouwd ⁽¹⁰¹⁾. Ofschoon de belangrijkste bedoeling van de banken de financiële herstructurering van de betrokken onderneming is met het oog op haar wederverkoop, komt een dergelijke reddingstransactie normaal gesproken niet in aanmerking voor de uitzondering van artikel 3, lid 5, onder a). Op dezelfde manier als hierboven uiteengezet voor investeringsfondsen worden de banken er door het herstructureringsplan toe genoopt het strategische commerciële gedrag van de geredde onderneming te bepalen. Voorts is het in normale omstandigheden niet realistisch te veronderstellen dat een geredde onderneming binnen de toegelaten termijn van één jaar tot een commercieel levensvatbare eenheid kan worden omgevormd en kan worden wederverkocht. Bovendien kan de termijn die noodzakelijk is om dit doel te bereiken, dermate onzeker zijn dat het moeilijk is een verlenging van de termijn voor verkoop toe te staan.

VI. AFZIEN VAN CONCENTRATIES

- (117) Een concentratie houdt op te bestaan en de concentratieverordening is niet langer van toepassing indien de betrokken ondernemingen van de concentratie afzien.
- (118) In dit verband is in de herschikte concentratieverordening 139/2004 een nieuwe bepaling ingevoerd in verband met de afsluiting van procedures betreffende de controle op concentraties zonder definitieve beschikking nadat de Commissie uit hoofde van artikel 6, lid 1, onder c), eerste zin, een procedure heeft ingeleid. Die zin luidt als volgt: „Onverminderd artikel 9, wordt een dergelijke procedure overeenkomstig artikel 8, leden 1 tot en met 4, met een beschikking afgesloten, tenzij de betrokken ondernemingen ten genoegen van de Commissie hebben aangetoond dat zij van de concentratie afzien.”. Voorafgaand aan de inleiding van de procedure geldt dit vereiste niet.
- (119) In beginsel stemmen de vereisten voor het bewijs van het afzien qua rechtsvorm, intensiteit en dergelijke, overeen met de oorspronkelijke handeling op basis waarvan de concentratie moest worden aangemeld. Indien de partijen in de loop van de procedure vanuit die oorspronkelijke handeling hun contractuele banden versterken, bijvoorbeeld door een bindende overeenkomst te sluiten nadat de transactie was aangemeld op basis van een voornemen te goeder trouw, moet het bewijs van het afzien van de concentratie overeenstemmen met de aard van de laatste handeling.
- (120) Overeenkomstig dit beginsel moet in geval van tenuitvoerlegging van de concentratie voorafgaand aan de beschikking van de Commissie, het herstel van de status quo ante worden aangetoond. De loutere intrekking van de aanmelding wordt niet voldoende bewijs geacht dat van de concentratie is afgezien in de zin van artikel 6, lid 1, onder c). Evenmin kunnen kleine wijzigingen van een concentratie die niet van invloed zijn op de wijziging van zeggenschap of de kwaliteit van die wijziging, als een afzien van de oorspronkelijke concentratie worden beschouwd ⁽¹⁰²⁾.
- Bindende overeenkomst: bewijs van de juridische bindende opzegging van de overeenkomst in de vorm die door de oorspronkelijke overeenkomst wordt opgelegd (doorgaans een document dat door alle partijen is ondertekend) is vereist. Intentieverklaringen in verband met de opzegging van de overeenkomst of in verband met het niet ten uitvoer leggen van de aangemelde concentratie, en eenzijdige verklaringen van (een van) de partijen worden niet voldoende geacht ⁽¹⁰³⁾.
 - Voornemens te goeder trouw tot het sluiten van een overeenkomst: bij een intentieverklaring of een memorandum van overeenstemming waaruit het voornemen te goeder trouw blijkt, moeten documenten worden overgelegd waaruit blijkt dat de grondslag voor het voornemen te goeder trouw is verdwenen. Wordt het voornemen te goeder trouw in een andere vorm uitgedrukt, dan moet het afzien dat voornemen te goeder trouw omkeren en qua vorm en intensiteit met de oorspronkelijke uitdrukking van het voornemen te goeder trouw overeenstemmen.
 - Openbare aankondiging van een openbaar overnamebod of van het voornemen een openbaar overnamebod uit te brengen: een openbare aankondiging waarbij de biedprocedure wordt beëindigd of waarbij wordt afgezien van het voornemen een openbaar bod uit te brengen, is vereist. De vorm en het bereik van die aankondiging moet vergelijkbaar zijn met die van de oorspronkelijke aankondiging.

⁽¹⁰¹⁾ Zaak IV/M.116 (Kelt/American Express) van 28 augustus 1991.

⁽¹⁰²⁾ Dit punt doet geen afbreuk aan de beoordeling van de vraag of de wijziging vereist dat er aanvullende informatie aan de Commissie wordt verstrekt uit hoofde van artikel 5, lid 3, van Verordening (EG) nr. 802/2004.

⁽¹⁰³⁾ Zie zaak COMP/M.4381 (JCI/VB/FLAMM) van 10 mei 1997, punt 15, waarin slechts één partij een overeenkomst niet langer wenste uit te voeren, terwijl de andere partij de overeenkomst nog steeds bindend en uitvoerbaar achtte.

- Ten uitvoer gelegde concentraties: indien de concentratie ten uitvoer is gelegd voorafgaand aan een beschikking van de Commissie, moeten de partijen aantonen dat de voorafgaand aan de tenuitvoerlegging van de concentratie bestaande situatie hersteld is.

(121) De partijen moeten tijdig de nodige stukken verstrekken teneinde aan deze vereisten te voldoen.

VII. WIJZIGINGEN VAN TRANSACTIES NA EEN GOEDKEURINGSBESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

- (122) In sommige gevallen kunnen de partijen na goedkeuring van de concentratie door de Commissie wensen dat de concentratie niet in de geplande vorm ten uitvoer wordt gelegd. De vraag rijst of de gewijzigde vorm van de transactie nog steeds gedekt is door de goedkeuringsbeschikking van de Commissie.
- (123) In grote lijnen is het zo dat indien de structuur van de transactie vóór de tenuitvoerlegging van de goedgekeurde concentratie wordt gewijzigd van een verkrijging van zeggenschap, die onder toepassing valt van artikel 3, lid 1, onder b), in een fusie overeenkomstig artikel 3, lid 1, onder a), of omgekeerd, de wijziging van de structuur van de transactie als een andere concentratie in de zin van de concentratieverordening wordt beschouwd en een nieuwe aanmelding vereist is ⁽¹⁰⁴⁾. Minder belangrijke wijzigingen van de transactie, bijvoorbeeld kleine wijzigingen van de omvang van de deelnemingen die niet van invloed zijn op de wijziging van zeggenschap of de kwaliteit van die wijziging, wijzigingen van de aangeboden prijs bij een openbaar overnamebod of wijzigingen in de vennootschapsstructuur waarmee de transactie ten uitvoer wordt gelegd, die geen effect hebben op de relevante situatie op het gebied van zeggenschap in de zin van de concentratieverordening, worden echter geacht door de goedkeuringsbeschikking van de Commissie te zijn gedekt.

C. COMMUNAUTAIRE DIMENSIE

I. DREMPELS

- (124) Twee criteria bepalen welke transacties binnen het toepassingsgebied van de concentratieverordening vallen. Het eerste criterium is dat de transactie een concentratie moet zijn in de zin van artikel 3. Het tweede criterium omvat de in artikel 1 opgenomen drempelwaarden voor de omzet, die dienen om te bepalen welke transacties van invloed zijn op de Gemeenschap en geacht kunnen worden een „communautaire dimensie” te hebben. De omzet wordt gebruikt om de in een concentratie samengevoegde economische middelen bij wijze van benadering weer te geven en wordt geografisch toegerekend teneinde de geografische verdeling van deze middelen weer te geven.
- (125) In artikel 1 zijn twee reeksen drempels opgenomen om te bepalen of de transactie een communautaire dimensie heeft. Artikel 1, lid 2, stelt drie verschillende criteria vast: de drempel voor de totale omzet over de gehele wereld dient om de totale omvang van de betrokken ondernemingen te bepalen, de drempel voor de omzet binnen de Gemeenschap dient om te bepalen of de concentratie een minimumniveau van activiteiten in de Gemeenschap betreft, en de tweederderegels is bestemd om zuiver nationale transacties van de bevoegdheid van de Gemeenschap uit te sluiten.
- (126) De tweede reeks drempels, die in artikel 1, lid 3, is opgenomen, is bedoeld om die concentraties aan te pakken die niet voldoen aan het in artikel 1, lid 2, vastgestelde criterium communautaire dimensie, doch die in ten minste drie lidstaten een aanzienlijk effect zouden hebben en op grond van de nationale mededingingsregels van die lidstaten tot verschillende aanmeldingen aanleiding zouden geven. Te dien einde voorziet artikel 1, lid 3, in lagere omzetsdrempels, zowel over de gehele wereld als binnen de Gemeenschap, en in een minimumniveau van activiteiten van de betrokken ondernemingen, gezamenlijk en afzonderlijk, in ten minste drie lidstaten. Net als artikel 1, lid 2, bevat ook artikel 1, lid 3, een tweederderegels die voornamelijk binnenlandse concentraties uitsluit ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Zie zaak COMP/M.2706 (Carnival Corporation/P&O Princess) van 11 april 2002, en zaak COMP/M.3071 (Carnival Corporation/P&O Princess) van 10 februari 2003. In die omstandigheden wijzigt de identiteit van de aanmeldende partijen, aangezien bij een fusie beide partijen tot aanmelding moeten overgaan, terwijl in het andere geval alleen de partij die zeggenschap verkrijgt hiertoe verplicht is. Indien de partijen een verkrijging van zeggenschap over een doelvennootschap ten uitvoer leggen en pas *daarna* besluiten met de nieuw verworven dochteronderneming te fuseren, wordt dit echter als een herstructurering beschouwd die geen wijziging van zeggenschap teweegbrengt en derhalve niet onder toepassing valt van artikel 3 van de concentratieverordening.

⁽¹⁰⁵⁾ Een concentratie wordt voorts geacht een communautaire dimensie te hebben, indien zij op grond van artikel 4, lid 5, van de concentratieverordening naar de Commissie is verwezen. Deze zaken komen aan bod in de mededeling van de Commissie betreffende de verwijzing van concentratiezaken (PB C 56 van 5.3.2005, blz. 2).

- (127) De drempels als zodanig zijn bedoeld om de bevoegdheid te bepalen en niet om de marktpositie van de partijen bij de concentratie noch het effect van de transactie te beoordelen. Daarbij gaat het om de omzet die wordt behaald met alle activiteiten van de partijen en derhalve met de daarvoor gebruikte middelen, en niet alleen om de activiteiten die rechtstreeks bij de concentratie betrokken zijn. De drempels zijn zuiver kwantitatief, aangezien zij alleen gebaseerd zijn op een berekening van de omzet in plaats van op marktaandeel of andere criteria. De bedoeling is te voorzien in een eenvoudig en objectief mechanisme dat gemakkelijk kan worden gebruikt door de bij een fusie betrokken vennootschappen om te bepalen of hun transactie een communautaire dimensie heeft en derhalve moet worden aangemeld.
- (128) Terwijl artikel 1 numerieke drempels vaststelt om de bevoegdheid te bepalen, heeft artikel 5 tot doel uiteen te zetten hoe omzet moet worden berekend opdat de resultaten een getrouw beeld zouden geven van de economische realiteit.

II. HET BEGRIIP BETROKKEN ONDERNEMING

1. Algemeen

- (129) Met het oog op het bepalen van de bevoegdheid zijn de betrokken ondernemingen de ondernemingen die aan een concentratie deelnemen, dat wil zeggen een fusie of een verkrijging van zeggenschap in de zin van artikel 3, lid 1. De afzonderlijke en de gezamenlijke omzet van die ondernemingen zal van doorslaggevend belang zijn om te bepalen of de drempels zijn bereikt.
- (130) Zodra is vastgesteld welke ondernemingen bij een bepaalde transactie zijn betrokken, moet ter bepaling van de bevoegdheid hun omzet worden berekend overeenkomstig de voorschriften van artikel 5. Artikel 5, lid 4, stelt gedetailleerde criteria vast om te bepalen van welke ondernemingen de omzet aan de betrokken onderneming moet worden toegerekend vanwege bepaalde rechtstreekse of onrechtstreekse banden met de betrokken onderneming. De wetgever had de bedoeling concrete regels vast te stellen die tezamen kunnen worden gebruikt om het begrip groep te bepalen met het oog op de omzetsdrempels in de concentratieverordening. In de volgende delen zal de term „groep” uitsluitend worden gebruikt om te verwijzen naar de verzameling ondernemingen wier betrekkingen met een betrokken onderneming voldoen aan de voorwaarden die zijn opgenomen in één of meer van de leden van artikel 5, lid 4, van de concentratieverordening.
- (131) Bij verwijzing naar de verschillende ondernemingen die bij een procedure betrokken kunnen zijn, is het van belang dat het begrip betrokken onderneming in de zin van de artikelen 1 en 5 niet wordt verward met de terminologie die in de concentratieverordening en in Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig Verordening (EEG) nr. 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (hierna „de uitvoeringsverordening” genoemd)⁽¹⁰⁶⁾ wordt gebruikt om te verwijzen naar de verschillende ondernemingen die bij een procedure betrokken kunnen zijn. Die terminologie verwijst naar de aanmeldende partijen, andere betrokkenen, derden en personen aan wie geldboeten of dwangsommen kunnen worden opgelegd, en zij zijn omschreven in hoofdstuk IV van de uitvoeringsverordening, tezamen met hun respectieve rechten en verplichtingen.

2. Fusies

- (132) In een fusie zijn de betrokken ondernemingen alle fuserende entiteiten.

3. Verrijking van zeggenschap

- (133) In de overblijvende gevallen is het begrip verkrijging van zeggenschap bepalend voor de vaststelling van de betrokken ondernemingen. Aan de verwervende zijde kunnen er één of meer ondernemingen zijn die alleen of gezamenlijk zeggenschap verkrijgen. Aan de verworven zijde kunnen er één of meer ondernemingen zijn of delen daarvan. Bij wijze van algemene regel zal elk van die ondernemingen een betrokken onderneming zijn in de zin van de concentratieverordening.

Verrijking van uitsluitende zeggenschap

- (134) Verrijking van uitsluitende zeggenschap over de gehele onderneming is het meest duidelijke geval van verkrijging van zeggenschap. De betrokken ondernemingen zijn de verwervende onderneming en de doelonderneming.

⁽¹⁰⁶⁾ PB L 133 van 30.4.2004, blz. 1.

- (135) Indien de doelonderneming door een groep wordt verworven via één van haar dochterondernemingen, zijn de betrokken ondernemingen de doelonderneming en de verwervende dochteronderneming voor zover zij geen louter instrument voor de verwerving is. Ofschoon met het oog op de berekening van de omzet de betrokken onderneming normaal gesproken de dochteronderneming is, wordt echter de omzet van alle ondernemingen waarmee de betrokken onderneming de in artikel 5, lid 4, beschreven banden heeft, in de berekeningen van de drempel opgenomen. In dit verband wordt de groep als één economische eenheid beschouwd en de verschillende vennootschappen die tot dezelfde groep behoren kunnen niet als verschillende betrokken ondernemingen worden beschouwd voor het bepalen van de bevoegdheid in het kader van de concentratieverordening. De aanmelding zelf kan zowel door de betrokken dochteronderneming als door haar moedervernootschap worden gedaan.

Verkrijging van delen van een onderneming en gespreide transacties — Artikel 5, lid 2

- (136) Volgens artikel 5, lid 2, eerste alinea, van de concentratieverordening moet, indien de transactie via de verwerving van delen van één of meer ondernemingen plaatsvindt, ten aanzien van de vervreemder alleen rekening worden gehouden met die delen welke het voorwerp van de transactie vormen. Het mogelijke effect van de transactie op de markt zal alleen afhangen van de economische en financiële middelen die het voorwerp van de transactie vormen in combinatie met die van de verkrijger, en niet van het overblijvende bedrijf van de vervreemder. In dat geval zijn de betrokken ondernemingen de verkrijger(s) en het verworven deel of de verworven delen van de doelonderneming, doch de overblijvende bedrijven van de vervreemder zullen niet in aanmerking worden genomen.
- (137) In artikel 5, lid 2, tweede alinea, is een bijzondere bepaling opgenomen in verband met gespreide transacties of follow-upakkoorden. De vorige concentraties (binnen twee jaar) waarbij dezelfde partijen zijn betrokken, moeten (opnieuw) worden aangemeld met de meest recente transactie, op voorwaarde dat die een concentratie vormt, indien de drempels zijn bereikt, hetzij voor één of meer transacties afzonderlijk, hetzij samen. In dat geval zijn de betrokken ondernemingen de verkrijger(s) en de verschillende verworven delen of het verworven deel van de doelvennootschap, in hun geheel genomen.

Verschuiving van gezamenlijke zeggenschap naar uitsluitende zeggenschap

- (138) In de verkrijging van zeggenschap tot stand komt door een verschuiving van gezamenlijke zeggenschap naar uitsluitende zeggenschap verwerft normaal gesproken één aandeelhouder het belang dat voordien in handen was van de andere aandeelhouder(s). In die situatie zijn de betrokken ondernemingen de verwervende aandeelhouder en de gemeenschappelijke onderneming. Net zo min als alle andere vervreemders is de uittreedende aandeelhouder een betrokken onderneming ⁽¹⁰⁷⁾.

Verkrijging van gezamenlijke zeggenschap

- (139) In het geval van verkrijging van gezamenlijke zeggenschap over een nieuw opgerichte onderneming zijn de betrokken ondernemingen alle ondernemingen die zeggenschap uitoefenen over de nieuw opgerichte gemeenschappelijke onderneming (die, omdat zij nog niet bestaat, nog niet als een betrokken onderneming kan worden beschouwd en daarenboven nog geen eigen omzet heeft). Dezelfde regel is van toepassing wanneer een onderneming een reeds bestaande dochteronderneming of een bedrijf (waarover het voordien uitsluitende zeggenschap uitoefende) in een nieuw opgerichte gemeenschappelijke onderneming inbrengt. In die omstandigheden worden alle ondernemingen die gezamenlijke zeggenschap uitoefenen, als een betrokken onderneming beschouwd, terwijl de vennootschap die of het bedrijf dat in de gemeenschappelijke onderneming wordt ingebracht, geen betrokken onderneming is en haar of zijn omzet deel uitmaakt van de omzet van de oorspronkelijke moedervernootschap.
- (140) De situatie is anders indien ondernemingen voor het eerst gezamenlijke zeggenschap verwerven over een reeds bestaande onderneming of een reeds bestaand bedrijf. De betrokken ondernemingen zijn enerzijds alle ondernemingen die gezamenlijke zeggenschap verwerven, en anderzijds de reeds bestaande verworven onderneming of het reeds bestaande verworven bedrijf.
- (141) De verwerving van een vennootschap met de bedoeling de vermogensbestanddelen onmiddellijk te verdelen (zie hierboven punt 32), wordt meestal niet als een verkrijging van gezamenlijke zeggenschap over de volledige doelvennootschap beschouwd, doch als de verkrijging van uitsluitende zeggenschap door elk van de uiteindelijke verkrijgers van de respectieve delen van de doelvennootschap. Overeenkomstig de overwegingen in verband met de verkrijging van uitsluitende zeggenschap zijn de betrokken ondernemingen de verwervende ondernemingen en de verworven delen in elk van de transacties.

⁽¹⁰⁷⁾ Zaak IV/M.023 (ICI/Tioxide) van 28 november 1990.

Wijzigingen in het aandeelhouderschap in gevallen van gezamenlijke zeggenschap over een bestaande gemeenschappelijke onderneming

- (142) Er kan een aan te melden concentratie tot stand komen (zie hierboven), indien er zich in een structuur van gezamenlijke zeggenschap een wijziging in de kwaliteit van zeggenschap voordoet ingevolge de intrede van nieuwe aandeelhouders met zeggenschap, ongeacht of zij al dan niet in de plaats treden van bestaande aandeelhouders met zeggenschap.
- (143) In het geval waarin één of meer aandeelhouders zeggenschap verkrijgen, hetzij door intrede, hetzij door in de plaats te treden van één of meer aandeelhouders, in een situatie van gezamenlijke zeggenschap vóór en na de transactie, zijn de betrokken ondernemingen de aandeelhouders (zowel de bestaande als de nieuwe) die gezamenlijke zeggenschap uitoefenen en de gemeenschappelijke onderneming zelf ⁽¹⁰⁸⁾. Net als bij de verkrijging van uitsluitende zeggenschap over een bestaande vennootschap kan enerzijds de gemeenschappelijke onderneming zelf als een betrokken onderneming worden beschouwd, aangezien zij een reeds bestaande onderneming is. Anderzijds is de intrede van een nieuwe aandeelhouder zoals gezegd niet alleen als zodanig een nieuwe verkrijging van zeggenschap, doch zij brengt ook een wijziging in de kwaliteit van zeggenschap teweeg voor de overblijvende aandeelhouders met zeggenschap, aangezien de kwaliteit van zeggenschap over de gemeenschappelijke onderneming bepaald is door de identiteit en de samenstelling van de aandeelhouders met zeggenschap en derhalve ook door hun onderlinge betrekkingen. Voorts beschouwt de concentratieverordening een gemeenschappelijke onderneming als een combinatie van de economische middelen van de moedervennootschappen, samen met de gemeenschappelijke onderneming indien zij reeds omzet op de markt behaalt. Om deze redenen zijn de nieuw ingetreden aandeelhouders met zeggenschap betrokken ondernemingen, samen met de overblijvende aandeelhouders met zeggenschap. Vanwege de wijziging in de kwaliteit van zeggenschap worden zij allen geacht zeggenschap te verkrijgen.
- (144) Aangezien artikel 4, lid 2, eerste zin, van de concentratieverordening bepaalt dat alle verkrijgingen van gezamenlijke zeggenschap gezamenlijk moeten worden aangemeld door de partijen die gezamenlijke zeggenschap verkrijgen, moeten in beginsel bestaande en nieuwe aandeelhouders gezamenlijk concentraties aanmelden die tot stand komen door dergelijke wijzigingen in scenario's van gezamenlijke zeggenschap.

Verkrijging van zeggenschap door een gemeenschappelijke onderneming

- (145) In transacties waarbij een gemeenschappelijke onderneming zeggenschap over een andere vennootschap verkrijgt, rijst de vraag of de gemeenschappelijke onderneming al dan niet als de betrokken onderneming moet worden beschouwd (in haar omzet zou dan de omzet van haar moedervennootschappen worden opgenomen), dan wel of elk van haar moedervennootschappen afzonderlijk als een betrokken onderneming moet worden beschouwd. Deze vraag kan van doorslaggevend belang zijn bij het bepalen van de bevoegdheid ⁽¹⁰⁹⁾. Ofschoon in beginsel de gemeenschappelijke onderneming als de rechtstreekse deelnemer in de verkrijging van zeggenschap de betrokken onderneming is, kunnen er zich omstandigheden voordoen waarin vennootschappen een lege vennootschap oprichten en de moedervennootschappen afzonderlijk als betrokken ondernemingen zullen worden beschouwd. In dit soort situatie zal de Commissie de economische realiteit van de transactie in aanmerking nemen, teneinde vast te stellen welke de betrokken ondernemingen zijn.
- (146) Indien de zeggenschap wordt verkregen door een volwaardige gemeenschappelijke onderneming, met de hierboven beschreven kenmerken, die reeds op dezelfde markt werkzaam is, zal de Commissie normaal gesproken de gemeenschappelijke onderneming zelf en de doelonderneming als de betrokken ondernemingen beschouwen (en niet de moedervennootschappen van de gemeenschappelijke onderneming).

⁽¹⁰⁸⁾ Zie zaak IV/M.376 (Synthomer/Yule Catto) van 22 oktober 1993.

⁽¹⁰⁹⁾ Uitgaande van het volgende scenario: de doelvennootschap heeft een totale omzet in de Gemeenschap van minder dan 250 miljoen EUR en de verwervende partijen zijn twee (of meer) ondernemingen die elk een omzet in de Gemeenschap hebben van meer dan 250 miljoen EUR. Indien het doel wordt verworven door een lege vennootschap die is opgericht door de verwervende ondernemingen, zou er slechts één onderneming zijn (de lege vennootschap) met een omzet in de Gemeenschap van meer dan 250 miljoen EUR en zou dus niet voldaan zijn aan een van de cumulatieve drempelvoorwaarden die bepalend zijn voor de bevoegdheid van de Gemeenschap, namelijk het bestaan van ten minste twee ondernemingen met een omzet in de Gemeenschap van meer dan 250 miljoen EUR. Indien daarentegen de verwervende ondernemingen niet via een dergelijke lege vennootschap handelen, doch zelf de doelonderneming verwerven, zou de omzeldrempel zijn bereikt en zou de concentratieverordening op deze transactie van toepassing zijn. Soortgelijke overwegingen gelden ten aanzien van de in artikel 1, lid 3, bedoelde drempels inzake nationale omzet.

- (147) Kan de gemeenschappelijke onderneming daarentegen alleen als een louter instrument voor een verkrijging door de moedervennootschappen worden beschouwd, dan zal de Commissie elke moedervennootschap zelf (eerder dan de gemeenschappelijke onderneming) samen met de doelvennootschap tot de betrokken ondernemingen rekenen. Dit is met name het geval wanneer de gemeenschappelijke onderneming speciaal met het oog op de verwerving van de doelvennootschap is opgericht of nog niet werkzaam is, wanneer een bestaande gemeenschappelijke onderneming niet volwaardig is in de hierboven uiteengezette zin of wanneer de gemeenschappelijke onderneming een vereniging van ondernemingen is. Hetzelfde geldt wanneer er aanwijzingen zijn dat de moedervennootschappen in feite de echte actoren achter de transactie zijn. Het feit dat de moedervennootschappen zelf een belangrijke rol in het initiatief tot, de organisatie en de financiering van de transactie spelen, kan een factor zijn welke in die richting wijst. In die gevallen worden de moedervennootschappen als betrokken ondernemingen beschouwd.

Opsplitsing van gemeenschappelijke ondernemingen en uitwisseling van vermogensbestanddelen

- (148) Indien twee (of meer) ondernemingen een gemeenschappelijke onderneming opsplitsen en de vermogensbestanddelen (die bedrijven vormen) onderling verdelen, wordt dit normaal gesproken als meer dan één verkrijging van zeggenschap beschouwd (zie hierboven punt 41). Bijvoorbeeld onderneming A en onderneming B richten een gemeenschappelijke onderneming op die zij daarna verdelen, met name met een nieuwe configuratie van de vermogensbestanddelen. De opsplitsing van de gemeenschappelijke onderneming brengt een verschuiving teweeg van gezamenlijke zeggenschap over alle vermogensbestanddelen van de gemeenschappelijke onderneming naar uitsluitende zeggenschap over de verdeelde vermogensbestanddelen door elk van de verwervende ondernemingen ⁽¹¹⁰⁾.
- (149) Overeenkomstig de overweging in verband met de verkrijging van uitsluitende zeggenschap, zijn bij elke transactie tot opsplitsing de betrokken ondernemingen enerzijds de verwervende partij en anderzijds de vermogensbestanddelen welke die onderneming zal verwerven.
- (150) De situatie waarin twee (of meer) vennootschappen vermogensbestanddelen uitwisselen die aan elke zijde een bedrijf vormen, lijkt op het opsplitsingsscenario. In dat geval wordt elke verkrijging van zeggenschap beschouwd als een onafhankelijke verkrijging van uitsluitende zeggenschap. Bij elke transactie zijn de betrokken ondernemingen de verwervende vennootschappen en de verworven onderneming of vermogensbestanddelen.

Verkrijging van zeggenschap door natuurlijke personen

- (151) Zeggenschap kan ook door natuurlijke personen worden verkregen, in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening, indien die personen zelf andere economische activiteiten verrichten (en derhalve op die grond als economische ondernemingen worden aangemerkt) of indien zij zeggenschap uitoefenen over één of meer andere economische ondernemingen. In die situatie zijn de betrokken ondernemingen de doelonderneming en de individuele verkrijger (waarbij de omzet van de onderneming(en) waarover die natuurlijke persoon zeggenschap uitoefent, in de berekening van de omzet van de natuurlijke persoon wordt opgenomen, voor zover aan de voorwaarden van artikel 5, lid 4, is voldaan) ⁽¹¹¹⁾.
- (152) Een verkrijging van zeggenschap over een onderneming door haar directeurs is ook een verkrijging door natuurlijke personen en punt 151 is ook hier relevant. De directeurs kunnen hun belangen echter ook samenbrengen in een vehikelonderneming, om met één enkele stem te spreken alsook om de besluitvorming te vergemakkelijken. Een dergelijke vehikelonderneming kan een betrokken onderneming zijn, doch dit hoeft niet. De in de punten 145 tot en met 147 gegeven algemene richtsnoeren inzake verkrijgingen van zeggenschap door een gemeenschappelijke onderneming zijn ook hier van toepassing.

⁽¹¹⁰⁾ Zie soortgelijke zaken COMP/M.3293 (Shell/BEB) en COMP/M.3294 (ExxonMobil/BEB) van 20 november 2003, en zaak IV/M.197 (Solvay/Laporte) van 30 april 1992.

⁽¹¹¹⁾ Zie zaak IV/M.082 (Asko/Jacobs/Adia) van 16 mei 1991 waarin een natuurlijke persoon met andere economische activiteiten gezamenlijke zeggenschap over een onderneming verkreeg en als een betrokken onderneming werd beschouwd.

Verkrijging van zeggenschap door een staatsonderneming

- (153) Zoals hierboven gezegd kan een fusie of een verkrijging van zeggenschap tussen twee ondernemingen die eigendom zijn van dezelfde staat (of van hetzelfde publiekrechtelijke lichaam) een concentratie vormen, indien de ondernemingen vroeger deel uitmaakten van verschillende economische eenheden met onafhankelijke beslissingbevoegdheden. Indien dit het geval is, zullen beide ondernemingen als betrokken ondernemingen worden beschouwd, ofschoon beide eigendom zijn van dezelfde staat ⁽¹¹²⁾.

III. RELEVANTE DATUM VOOR HET BEPALEN VAN DE BEVOEGDHEID

- (154) De wettelijke regeling voor het bepalen van de bevoegdheid van de Commissie is gewijzigd in de herschikte concentratieverordening. In de vroegere concentratieverordening was de relevante datum de aanleiding van de aanmelding overeenkomstig artikel 4, lid 1, van die verordening (de sluiting van een definitieve overeenkomst, de openbaarmaking van het openbare aanbod of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming) of uiterlijk een termijn waarbinnen de partijen moesten aanmelden (dat wil zeggen binnen een week na de aanleiding tot een aanmelding) ⁽¹¹³⁾.
- (155) In de herschikte concentratieverordening hoeven de partijen niet langer binnen een bepaalde termijn aan te melden (voor zover de partijen de geplande concentratie niet voor aanmelding ten uitvoer leggen). Meer nog, volgens artikel 4, lid 1, tweede alinea, kunnen de betrokken ondernemingen de transactie reeds aanmelden op basis van een voornemen te goeder trouw tot het sluiten van een overeenkomst of, in het geval van een openbaar overnamebod, indien zij publiekelijk een voornemen tot het doen van een dergelijk bod hebben aangekondigd. Uiterlijk bij de aanmelding moet de Commissie of de nationale mededingingsautoriteit haar bevoegdheid kunnen bepalen. Artikel 4, lid 1, eerste alinea, van de concentratieverordening bepaalt in het algemeen dat concentraties na de sluiting van de overeenkomst, de aankondiging van het openbare overnamebod of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming moeten worden aangemeld. De data van deze gebeurtenissen zijn in de herschikte concentratieverordening derhalve nog steeds van doorslaggevend belang voor het vaststellen van de relevante datum voor het bepalen van de bevoegdheid, indien er geen aanmelding wordt gedaan alvorens die gebeurtenissen plaatsvinden op basis van een voornemen te goeder trouw of een aangekondigd voornemen ⁽¹¹⁴⁾.
- (156) De relevante datum voor het bepalen van de bevoegdheid van de Gemeenschap voor een concentratie is derhalve de datum van de sluiting van de juridisch bindende overeenkomst, de aankondiging van een openbaar overnamebod of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming, dan wel de datum van de eerste aanmelding ⁽¹¹⁵⁾. Hierbij kan het gaan om een aanmelding aan de Commissie of een aanmelding aan een autoriteit van de lidstaat. Een en ander is met name van belang voor de vraag of verkrijgingen of afstotingen die zich voordoen na de periode die door de relevante jaarrekeningen is gedekt, doch vóór de relevante datum, meebrengen dat die jaarrekeningen moeten worden aangepast overeenkomstig de beginselen die hieronder in de punten 172 en 173 zijn uiteengezet.

IV. OMZET

1. Het begrip omzet

- (157) Het in artikel 5 van de concentratieverordening omschreven begrip omzet betreft „de bedragen met betrekking tot de verkoop van goederen en het leveren van diensten”. Doorgaans komen deze bedragen in de jaarrekeningen van de vennootschap voor onder de rubriek „verkopen”. Voor goederen kan de omzet probleemloos worden bepaald. Het gaat met name om elke commerciële handeling die een eigendomsoverdracht impliceert.

⁽¹¹²⁾ Zie overweging 22 van de concentratieverordening, die rechtstreeks verband houdt met de berekening van de omzet van een betrokken onderneming die een staatsonderneming is, in het kader van artikel 5, lid 4.

⁽¹¹³⁾ Zie zaak COMP/M.1741 (MCI Worldcom/Sprint) van 28 juni 2000.

⁽¹¹⁴⁾ De andere mogelijkheid dat de omzet zou worden berekend op de laatste datum waarop de betrokken partijen een aanmelding moeten doen (zeven dagen na de relevante gebeurtenis uit hoofde van de vroegere concentratieverordening) bestaat niet langer in de herschikte concentratieverordening, aangezien er geen termijn voor aanmelding is bepaald.

⁽¹¹⁵⁾ Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Kokott van 26 april 2007 in zaak C-202/06 P, Cementbouw/Commissie, punt 46 (nog niet gepubliceerd). Alleen de herschikte concentratieverordening heeft voorzien in de mogelijkheid om met de datum van de eerste aanmelding rekening te houden indien deze de datum van de sluiting van de juridisch bindende overeenkomst, de aankondiging van een openbaar overnamebod of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming voorafgaat (zie voetnoot 35 van de conclusie).

- (158) Voor diensten verschilt de berekeningsmethode van de omzet in het algemeen niet van die welke voor goederen wordt gebruikt: de Commissie neemt het totaalbedrag van de verkopen in aanmerking. De berekening van de bedragen die voortkomen uit het verrichten van diensten kan echter meer complex zijn, aangezien de methode afhangt van de precieze dienst die wordt verricht en de onderliggende juridische en economische regelingen in de betrokken bedrijfstak. Wanneer een onderneming de volledige dienst rechtstreeks voor de klant verricht, bestaat de omzet van de betrokken onderneming in het totaalbedrag van de verkopen voor het verrichten van diensten in het laatste boekjaar.
- (159) Op andere terreinen kan dit algemene beginsel moeten worden aangepast aan de specifieke voorwaarden van de verrichte dienst. In bepaalde dienstensectoren (zoals pakketreizen en reclame) kan de dienst via tussenpersonen worden verkocht⁽¹¹⁶⁾. Zelfs indien de tussenpersoon het volledige bedrag aan de eindverbruiker factureert, bestaat de omzet van de onderneming die als tussenpersoon optreedt uitsluitend in het bedrag van haar commissie. Bij pakketreizen wordt het volledige bedrag dat door de eindverbruiker wordt betaald, vervolgens toegerekend aan de touroperator die het reisagentschap als distributienetwerk gebruikt. Bij reclame worden enkel de ontvangen bedragen (zonder de commissie) als de omzet van het televisiekanaal of het tijdschrift beschouwd, aangezien de media-agentschappen die als tussenpersoon optreden, niet het distributiekanaal voor de verkopers van advertentieruimte vormen doch gekozen worden door de klanten, dat wil zeggen door de ondernemingen die reclame willen maken.
- (160) De aangehaalde voorbeelden tonen aan dat er zich vanwege de diversiteit van diensten veel verschillende situaties kunnen voordoen en de onderliggende juridische en economische betrekkingen moeten zorgvuldig worden geanalyseerd. Ook op het gebied van krediet, financiën en verzekering kunnen zich bij de berekening van de omzet specifieke situaties voordoen. Deze kwesties komen afzonderlijk aan bod in deel VII van deze mededeling.

2. Normale bedrijfsuitoefening

- (161) In artikel 5, lid 1, is bepaald dat de voor de berekening van de omzet in aanmerking te nemen bedragen betrekking moeten hebben op de „normale bedrijfsuitoefening” van de betrokken ondernemingen. Dit is de omzet die wordt behaald uit de verkoop van producten of het verrichten van diensten in het normale verloop van het bedrijf. Dit sluit doorgaans de bedragen uit die in de jaarrekeningen van de vennootschap zijn opgenomen onder de rubrieken „financiële opbrengsten” of „buitengewone opbrengsten”. Dergelijke buitengewone opbrengsten kunnen voortkomen uit de verkoop van bedrijven of van vaste activa. In de jaarrekeningen van de vennootschap zijn de uit gewone activiteiten voortvloeiende inkomsten echter niet noodzakelijkerwijs afgebakend op de manier die in het kader van de concentratieverordening voor de berekening van de omzet vereist is. In sommige gevallen moet de kwalificatie van bedragen in de jaarrekeningen worden aangepast aan de vereisten van de concentratieverordening⁽¹¹⁷⁾.
- (162) De inkomsten moeten niet noodzakelijkerwijs voortkomen van de afnemer van de producten of diensten. Steun die door publiekrechtelijke lichamen aan ondernemingen wordt toegekend, moet in de berekening van de omzet worden opgenomen, indien de onderneming zelf de ontvanger van de steun is en die steun rechtstreeks verband houdt met de verkoop van producten en het verrichten van diensten door de onderneming. De steun is derhalve een opbrengst van de onderneming uit de verkoop van producten of het verrichten van diensten naast de prijs die door de afnemer wordt betaald⁽¹¹⁸⁾.
- (163) Specifieke kwesties rijzen bij de berekening van de omzet van een bedrijfseenheid die in het verleden enkel interne inkomsten had. Dit kan met name het geval zijn bij transacties waarbij diensten worden uitbesteed door overdracht van een bedrijfseenheid (outsourcing). Indien een dergelijke transactie een concentratie vormt op grond van de overwegingen in de punten 25 en volgende van deze mededeling, is het vaste praktijk van de Commissie dat de omzet normaal gesproken wordt berekend op basis van de

⁽¹¹⁶⁾ Een onderneming treedt normaal gesproken niet op als tussenpersoon indien zij producten verkoopt via een commerciële handeling die een eigendomsoverdracht impliceert (arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 14 juli 2006 in zaak T-417/05, Endesa/Commissie, Jurispr. 2006, blz. II-2533, punt 213).

⁽¹¹⁷⁾ In zaak IV/M.126 (Accor/Wagons-Lits) van 28 april 1992 besloot de Commissie bepaalde opbrengsten van de verhuur van auto's te beschouwen als inkomsten uit de gewone activiteiten, ook al waren deze opbrengsten in de winst-en-verliesrekening van Wagons Lits onder de rubriek „andere opbrengsten” opgenomen.

⁽¹¹⁸⁾ Zie zaak IV/M.156 (Cereol/Continental Italiana) van 27 november 1991. In die zaak nam de Commissie de communautaire steun niet in de berekening van de omzet op, omdat die steun niet diende ter ondersteuning van de verkoop van producten die door een van de bij de fusie betrokken ondernemingen werden vervaardigd, doch wel ter ondersteuning van de producenten van de grondstoffen (granen) die gebruikt werden door de onderneming, die gespecialiseerd was in het vergruizen van graan.

vroegere interne omzet of op basis van beursgenoteerde prijzen indien dergelijke prijzen voorhanden zijn (bijvoorbeeld in de petroleumindustrie). Indien de vroegere interne omzet niet overeen lijkt te stemmen met de marktwaarde van de betrokken activiteiten (en dus met de verwachte toekomstige omzet op de markt), kunnen de verwachte inkomsten die op basis van een overeenkomst met de vroegere moederverenootschap zullen worden ontvangen, bij wijze van benadering worden gebruikt.

3. Netto-omzet

- (164) De in aanmerking te nemen omzet is een netto-omzet, dat wil zeggen de omzet na aftrek van een aantal uitdrukkelijk in de verordening genoemde posten. Bedoeling is de omzet zodanig te zuiveren dat het werkelijke economische gewicht van de onderneming wordt weergegeven.

3.1. Aftrek van kortingen en belastingen

- (165) In artikel 5, lid 1, is bepaald dat kortingen alsmede de belasting over de toegevoegde waarde en andere rechtstreeks met de omzet samenhangende belastingen moeten worden afgetrokken. Onder kortingen moeten worden verstaan alle rabatten en verminderingen die door de ondernemingen aan hun afnemers worden toegekend en die rechtstreeks van invloed zijn op de bedragen met betrekking tot de verkoop.
- (166) Met betrekking tot de aftrek van belastingen worden in de concentratieverordening de btw en „andere rechtstreeks met de omzet samenhangende belastingen” genoemd. Het begrip rechtstreeks met de omzet samenhangende belastingen doelt duidelijk op indirecte belastingen die met de omzet samenhangen, zoals bijvoorbeeld de belasting op alcoholhoudende dranken of sigaretten.

3.2. Behandeling van de „interne” omzet

- (167) Volgens artikel 5, lid 1, eerste alinea, wordt „bij de totale omzet van de betrokken onderneming (...) geen rekening gehouden met transacties tussen de in lid 4 van dit artikel bedoelde ondernemingen”, dat wil zeggen de groep waartoe de betrokken onderneming behoort. Beoogd wordt de opbrengsten van de commerciële betrekkingen binnen een groep uit te sluiten, zodat alleen rekening wordt gehouden met het werkelijke economische gewicht van elke entiteit in de vorm van omzet op de markt. De volgens de concentratieverordening in aanmerking genomen „bedragen” geven daarom enkel de transacties weer die tussen de groep ondernemingen enerzijds en derden anderzijds zijn gesloten.
- (168) Het beginsel dat dubbeltelling moet worden voorkomen, wordt door artikel 5, lid 5, onder a), van de concentratieverordening specifiek toegepast op de situatie waarin twee of meer bij een concentratie betrokken ondernemingen gezamenlijk in een andere vennootschap over de in artikel 5, lid 4, onder b), genoemde rechten of bevoegdheden beschikken. Volgens artikel 5, lid 5, onder a), hoeft geen rekening te worden gehouden met de omzet die het resultaat is van de verkoop van producten of het verlenen van diensten tussen de gemeenschappelijke onderneming en elk van de betrokken ondernemingen of enige andere met een van die ondernemingen verbonden onderneming in de zin van artikel 5, lid 4. Voor zover bij gemeenschappelijke ondernemingen tussen betrokken ondernemingen en derden op grond van artikel 5, lid 4, onder b), met de omzet rekening wordt gehouden (zie hieronder punt 181), wordt op grond van artikel 5, lid 1, geen rekening gehouden met de omzet uit de verkoop tussen de gemeenschappelijke onderneming en de betrokken onderneming (alook de ondernemingen die met de betrokken onderneming banden hebben die voldoen aan de in artikel 5, lid 4, vastgestelde criteria).

4. Berekening van de omzet en financiële rekeningen

4.1. De algemene regel

- (169) De Commissie streeft ernaar haar berekeningen te baseren op de meest precieze en betrouwbare gegevens die beschikbaar zijn. In de regel zal de Commissie zich baseren op rekeningen die betrekking hebben op het boekjaar dat het dichtst bij de datum van de transactie ligt en die gecontroleerd zijn overeenkomstig de normen die gelden voor de betrokken onderneming en verplicht zijn voor het relevante boekjaar ⁽¹¹⁹⁾. Gecontroleerde gegevens kunnen enkel worden aangepast indien dit vereist is uit hoofde van de bepalingen van de concentratieverordening, waaronder in de gevallen die hieronder in punt 172 meer in detail zijn besproken.

⁽¹¹⁹⁾ Zie zaak COMP/M.3986 (Gas Natural/Endesa) van 15 november 2005, bevestigd door het arrest Endesa/Commissie, reeds aangehaald, punten 128 en 131.

- (170) De Commissie baseert zich liever niet op de rekeningen van de directie of andere vormen van voorlopige rekeningen, behoudens in uitzonderlijke omstandigheden ⁽¹²⁰⁾. Indien een concentratie in de eerste maanden van het jaar tot stand komt en er voor het meest recente boekjaar nog geen gecontroleerde jaarrekeningen beschikbaar zijn, worden de gegevens van het voorafgaande jaar in aanmerking genomen. Wanneer er een groot verschil bestaat tussen de twee reeksen jaarrekeningen ingevolge aanzienlijke en duurzame wijzigingen in de betrokken onderneming en inzonderheid wanneer de definitieve conceptcijfers voor het meest recente jaar door de raad van bestuur zijn goedgekeurd, kan de Commissie besluiten de conceptcijfers in aanmerking te nemen.
- (171) In gevallen waarin grote verschillen tussen de boekhoudnormen van de Gemeenschap en die van een niet-lidstaat worden vastgesteld, kan de Commissie van de algemene regel afwijken indien zij het met het oog op de berekening van de omzet nodig acht deze jaarrekeningen opnieuw vast te stellen volgens de normen van de Gemeenschap.

4.2. *Aanpassingen na de datum van de laatste gecontroleerde jaarrekeningen*

- (172) Los van het bovenstaande moeten de jaarrekeningen altijd worden aangepast teneinde rekening te houden met duurzame wijzigingen in de economische realiteit van de betrokken ondernemingen, zoals verwervingen of afstotingen die niet of niet volledig in de gecontroleerde jaarrekeningen zijn weergegeven. Met dergelijke wijzigingen moet rekening worden gehouden teneinde vast te stellen welke werkelijke middelen geconcentreerd worden en de economische situatie van de betrokken ondernemingen beter weer te geven. Die aanpassingen zijn slechts selectief van aard en doen geen afbreuk aan het beginsel dat er een eenvoudig en objectief mechanisme moet zijn om de bevoegdheid van de Commissie te bepalen, aangezien zij geen volledige herziening van de gecontroleerde jaarrekeningen vereisen ⁽¹²¹⁾. Ten eerste geldt dit voor verwervingen, afstotingen of sluitingen van delen van het bedrijf na de datum van de gecontroleerde jaarrekeningen. Dit is relevant indien een vennootschap een transactie sluit in verband met de afstoting en sluiting van een deel van haar bedrijf op een tijdstip vóór de relevante datum voor het bepalen van de bevoegdheid (zie hierboven punt 154) of indien een dergelijke afstoting of sluiting van een bedrijf een voorwaarde voor de transactie is ⁽¹²²⁾. In dat geval moet de aan dat deel van het bedrijf toe te rekenen omzet worden afgetrokken van de omzet van de aanmeldende partij, zoals die omzet blijkt uit haar laatste gecontroleerde jaarrekeningen. Indien een overeenkomst inzake de verkoop van een deel van het bedrijf ondertekend is, doch de verkoop nog niet voltrokken is (met andere woorden de juridische tenuitvoerlegging en de overdracht van de titels voor de verworven aandelen of vermogensbestanddelen hebben nog niet plaatsgevonden), wordt met een dergelijke wijziging geen rekening gehouden ⁽¹²³⁾, tenzij de verkoop een voorafgaande voorwaarde voor de aangemelde transactie is. Omgekeerd moet de omzet van die bedrijven waarvan de aankoop voltrokken is na de voorbereiding van de meest recente gecontroleerde jaarrekeningen, doch vóór de relevante datum voor het bepalen van de bevoegdheid, met het oog op de aanmelding bij de omzet van een vennootschap worden gevoegd.
- (173) Ten tweede kan een aanpassing ook nodig zijn voor verwervingen, afstotingen of sluitingen van een deel van het bedrijf die hebben plaatsgevonden tijdens het boekjaar waarvoor de gecontroleerde jaarrekeningen zijn opgesteld. Indien verwervingen, afstotingen of sluitingen van een deel van het bedrijf in de loop van die periode plaatsvinden, worden de wijzigingen in de economische middelen slechts ten dele in de gecontroleerde jaarrekeningen van de betrokken onderneming weergegeven. Aangezien de omzet van de verworven bedrijven pas vanaf het tijdstip van verwerving in de jaarrekeningen mag worden opgenomen, kan de volledige jaaromzet van het verworven bedrijf niet worden weergegeven. Omgekeerd mag de omzet van de afgestoten of gesloten bedrijven nog tot de datum waarop zij daadwerkelijk worden afgestoten of gesloten, in de gecontroleerde jaarrekeningen worden opgenomen. In die gevallen moeten aanpassingen worden gedaan om de omzet die de afgestoten of gesloten bedrijven tot de datum van deconsolidatie hebben behaald, uit de gecontroleerde jaarrekeningen te halen en de omzet die de verworven bedrijven in het jaar tot de datum van consolidatie hebben behaald, aan de jaarrekeningen toe te voegen. Het resultaat is dat de omzet van de afgestoten of gesloten bedrijven volledig moet worden uitgesloten en de volledige jaaromzet van de verworven bedrijven moet worden opgenomen.

⁽¹²⁰⁾ Zie zaak COMP/M.3986 (Gas Natural/Endesa) van 15 november 2005, bevestigd door het arrest Endesa/Commissie, reeds aangehaald, punten 176 en 179.

⁽¹²¹⁾ Zie arrest Endesa/Commissie, reeds aangehaald, punt 209.

⁽¹²²⁾ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 24 maart 1994 in zaak T-3/93, Air France/Commissie, Jurispr. 1994, blz. II-121, punten 100 en volgende, in verband met zaak IV/M.278 (British Airways/Dan Air) van 17 februari 1993, en zaak IV/M.588 (Ingersoll-Rand/Clark Equipment) van 15 mei 1995.

⁽¹²³⁾ Zaak IV/M.632 (Rhône-Poulenc Rorer/Fisons) van 21 september 1995, en zaak COMP/M.1741 (MCI Worldcom/Sprint) van 28 juni 2000.

- (174) Andere factoren die tijdelijk invloed op de omzet kunnen hebben, zoals een daling van de bestellingen van het product of een vertraging in het productieproces in de periode die aan de transactie voorafgaat, zullen voor de berekening van de omzet niet in aanmerking worden genomen. De definitieve jaarrekeningen zullen niet worden aangepast om dergelijke factoren erin te verwerken.

5. Toerekening van omzet uit hoofde van artikel 5, lid 4

5.1. Vaststelling van de ondernemingen wier omzet in aanmerking wordt genomen

- (175) Indien een bij een concentratie betrokken onderneming tot een groep behoort, wordt niet alleen rekening gehouden met de omzet van de betrokken onderneming, doch de concentratieverordening vereist dat ook rekening wordt gehouden met de omzet van die ondernemingen waarmee de betrokken onderneming banden heeft die bestaan in de in artikel 5, lid 4, genoemde rechten of bevoegdheden, teneinde na te gaan of de in artikel 1 van de concentratieverordening vastgestelde drempels zijn bereikt. Het doel is opnieuw de totale omvang weer te geven van de economische middelen die door de transactie worden gecombineerd, ongeacht of de economische activiteiten rechtstreeks door de betrokken onderneming worden verricht dan wel onrechtstreeks door ondernemingen waarmee de betrokken onderneming banden heeft in de zin van artikel 5, lid 4.
- (176) De concentratieverordening bakent het begrip groep niet met een abstracte definitie af, doch somt in artikel 5, lid 4, onder b), bepaalde rechten of bevoegdheden op. Indien een betrokken onderneming rechtstreeks of middellijk dergelijke banden met andere vennootschappen heeft, worden deze met het oog op de berekening van de omzet in het kader van de concentratieverordening geacht van haar groep deel uit te maken.
- (177) In artikel 5, lid 4, van de concentratieverordening is het volgende bepaald:

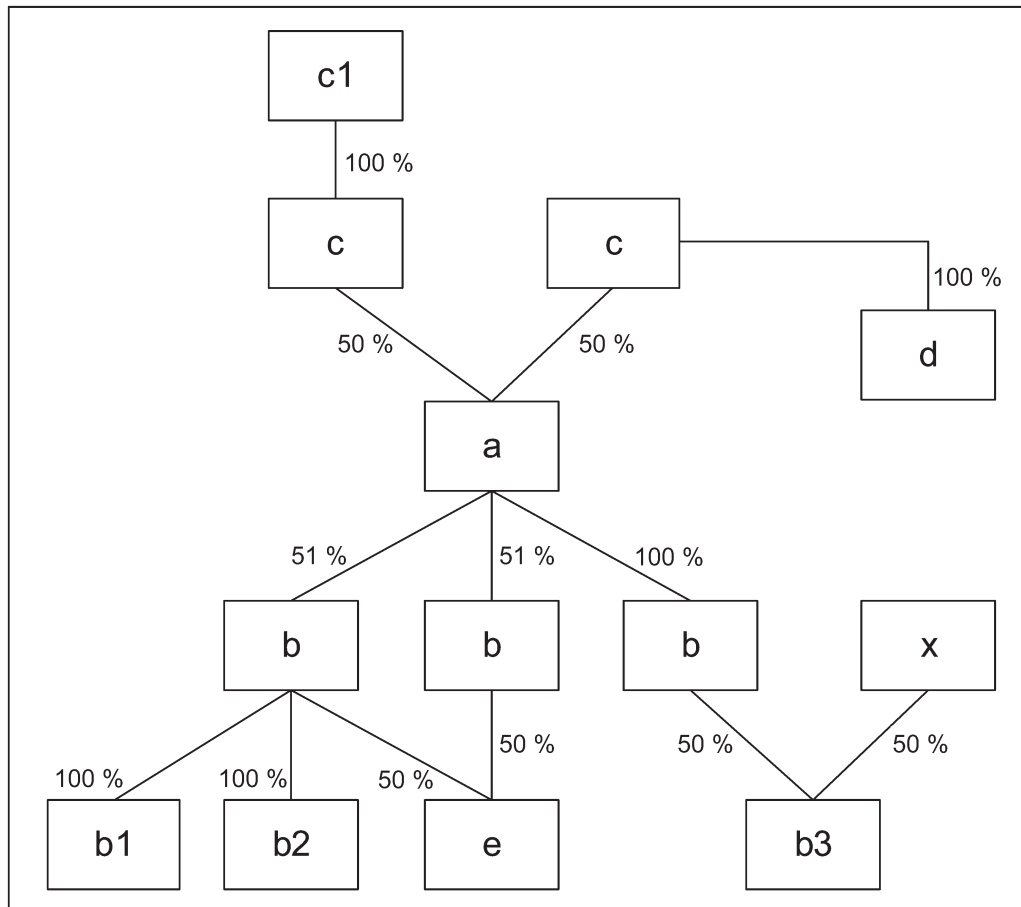
„Onverminderd lid 2 (verwerving van delen), moeten voor de berekening van de omzet van een betrokken onderneming in de zin van deze verordening de omzetten van de volgende ondernemingen worden opgeteld:

- a) de betrokken onderneming;
- b) de ondernemingen waarin de betrokken onderneming, rechtstreeks of middellijk:
 - i) hetzij meer dan de helft van het kapitaal of de bedrijfsactiva bezit,
 - ii) hetzij de bevoegdheid heeft meer dan de helft van de stemrechten uit te oefenen,
 - iii) hetzij de bevoegdheid heeft om meer dan de helft van de leden van de raad van toezicht of van bestuur of de krachtens de wet tot vertegenwoordiging bevoegde organen te benoemen,
 - iv) hetzij het recht heeft de zaken van de onderneming te leiden;
- c) ondernemingen die in de betrokken onderneming over de onder b), genoemde rechten of bevoegdheden beschikken;
- d) ondernemingen waarin een onderneming zoals bedoeld onder c), over de onder b) genoemde rechten of bevoegdheden beschikt;
- e) ondernemingen waarin twee of meer ondernemingen zoals bedoeld onder a) tot en met d), gezamenlijk over de onder b), genoemde rechten of bevoegdheden beschikken.”.

Een onderneming die in een andere onderneming over de in artikel 5, lid 4, onder b), genoemde rechten en bevoegdheden beschikt, zal in dit deel van deze mededeling over de berekening van de omzet „de moeder vennootschap” worden genoemd, en laatstgenoemde „de dochteronderneming”. Artikel 5, lid 4, bepaalt kortom dat de omzet van de bij de concentratie betrokken onderneming (onder a)) die van haar dochterondernemingen (onder b)), haar moeder vennootschappen (onder c)), de andere dochterondernemingen van haar moeder vennootschappen (onder d)) en alle andere dochterondernemingen waarover de in onder a) tot en met d) bedoelde ondernemingen gezamenlijke zeggenschap uitoefenen, moet omvatten.

(178) Dit kan met volgend voorbeeld worden geïllustreerd.

De betrokken onderneming en haar groep:



- a: de betrokken onderneming ⁽¹²⁴⁾
- b: haar dochterondernemingen, vennootschappen waarover samen met derden gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend (b3) en hun eigen dochterondernemingen (b1 en b2)
- c: haar moedervervenootschappen en hun eigen moedervervenootschappen (c1)
- d: andere dochterondernemingen van de moedervervenootschappen van de betrokken onderneming
- e: vennootschappen waarover twee (of meer) vennootschappen van de groep gezamenlijke zeggenschap uitoefenen
- x: derden

Opmerking: de letters a tot en met e komen overeen met de relevante punten van artikel 5, lid 4. De percentages in het voorbeeld hebben betrekking op het percentage van stemrechten dat in handen is van de respectieve moedervervenootschap.

(179) De in artikel 5, lid 4, onder b), i) tot en met iii), genoemde rechten of bevoegdheden kunnen vrij duidelijk worden vastgesteld, aangezien zij verwijzen naar kwantitatieve drempels. Deze drempels zijn bereikt, indien de betrokken onderneming meer dan de helft van het kapitaal of de bedrijfsactiva van andere ondernemingen bezit, meer dan de helft van de stemrechten heeft of juridisch gezien de bevoegdheid heeft om meer dan de helft van de leden van de raad van bestuur van andere ondernemingen te benoemen. De drempels worden echter ook bereikt indien de betrokken onderneming feitelijk de bevoegdheid heeft om meer dan de helft van de stemrechten op de aandeelhoudersvergadering uit te oefenen of het recht heeft om meer dan de helft van de leden van de raad van bestuur van andere ondernemingen te benoemen ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁴⁾ Voor het voorbeeld wordt aangenomen dat de gemeenschappelijke onderneming zelf de betrokken onderneming is volgens de criteria die in punt 146 zijn uiteengezet (verwerving van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming die op dezelfde markt werkzaam is).

⁽¹²⁵⁾ Zaak IV/M.187 (Ifint/Exor) van 2 maart 1992, en zaak IV/M.062 (Eridania/ISI) van 30 juli 1991.

- (180) De bepaling in artikel 5, lid 4, onder b), iv), verwijst naar het recht de zaken van de onderneming te leiden. Een dergelijk recht de zaken te leiden bestaat krachtens het vennootschapsrecht met name op basis van organisatorische overeenkomsten, zoals een „Beherrschungsvertrag” naar Duits recht, op basis van bedrijfshuurovereenkomsten of op basis van de organisatorische structuur voor de beherende vennoot in een commanditaire vennootschap⁽¹²⁶⁾. Het recht de zaken te leiden kan echter ook voortvloeien uit het houden van stemrechten (alleen of in combinatie met contractuele afspraken, zoals een aandeelhoudersovereenkomst) die het mogelijk maken het strategische gedrag van een onderneming op een duurzame juridische grondslag te bepalen.
- (181) Het recht de zaken te leiden heeft ook betrekking op situaties waarin de betrokken onderneming samen met derden het recht heeft de zaken van een onderneming te leiden⁽¹²⁷⁾. De daaraan ten grondslag liggende overweging is dat de ondernemingen die gezamenlijke zeggenschap uitoefenen, gezamenlijk het recht hebben de zaken te leiden van de onderneming waarover zeggenschap wordt uitgeoefend, zelfs indien elk van hen afzonderlijk die rechten slechts in negatieve zin heeft, dat wil zeggen in de vorm van vetorechten. In het voorbeeld wordt de onderneming b3 waarover door de betrokken onderneming a en een derde x gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend, in aanmerking genomen, omdat a en x op basis van hun gelijke deelneming in b3 allebei vetorechten in b3 hebben⁽¹²⁸⁾. In het kader van artikel 5, lid 4, onder b), iv), houdt de Commissie alleen rekening met die gemeenschappelijke ondernemingen waarin de betrokken onderneming en derden juridisch gezien duidelijke rechten hebben de zaken van de onderneming te leiden. Gemeenschappelijke ondernemingen worden derhalve alleen maar in aanmerking genomen in situaties waarin de betrokken onderneming en derden op basis van een overeenkomst, bijvoorbeeld een aandeelhoudersovereenkomst, gezamenlijk het recht hebben de zaken van de onderneming te leiden, of waarin de betrokken onderneming en een derde gelijke stemrechten hebben waardoor zij het recht hebben evenveel leden in de besluitvormingsorganen van de gemeenschappelijke onderneming te benoemen.
- (182) Ook wanneer twee of meer vennootschappen gezamenlijke zeggenschap uitoefenen over de betrokken onderneming in die zin dat de instemming van elk van hen nodig is om de zaken van de onderneming te leiden, moet de omzet van al deze ondernemingen in aanmerking worden genomen. In het voorbeeld zouden de twee moedervennootschappen c van de betrokken onderneming a in aanmerking moeten worden genomen, evenals hun eigen moedervennootschappen (c1 in het voorbeeld). Deze uitlegging vloeit voort uit de verwijzing in artikel 5, lid 4, onder c) — dat op dit geval van toepassing is — naar artikel 5, lid 4, onder b), dat van toepassing is op vennootschappen waarover gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend zoals uiteengezet in het vorige punt.
- (183) Wanneer een op grond van artikel 5, lid 4, vastgestelde vennootschap de in artikel 5, lid 4, genoemde banden ook met andere ondernemingen heeft, moeten deze ondernemingen ook in de berekening worden opgenomen. In het voorbeeld heeft een dochteronderneming van de betrokken onderneming a (b genoemd) op haar beurt eigen dochterondernemingen b1 en b2 en een van de moedervennootschappen (c genoemd) heeft haar eigen dochteronderneming d.
- (184) Artikel 5, lid 4, bepaalt specifieke criteria voor het vaststellen van ondernemingen wier omzet aan de betrokken onderneming kan worden toegekend. Deze criteria, waaronder „het recht de zaken van de onderneming te leiden”, vallen niet samen met het begrip „zeggenschap” in artikel 3, lid 2. Er zijn aanzienlijke verschillen tussen de artikelen 3 en 5, aangezien deze bepalingen een verschillende rol spelen. De verschillen zijn het duidelijkst op het gebied van feitelijke zeggenschap. Terwijl krachtens artikel 3, lid 2, zelfs een situatie van economische afhankelijkheid kan leiden tot feitelijke zeggenschap (zie hierboven voor de bijzonderheden), wordt een dochteronderneming waarover uitsluitende zeggenschap wordt uitgeoefend, slechts op feitelijke grondslag krachtens artikel 5, lid 4, onder b), in aanmerking genomen, indien duidelijk kan worden aangetoond dat de betrokken onderneming de bevoegdheid heeft om meer dan de helft van de stemrechten uit te oefenen of meer dan de helft van de leden van de raad van bestuur te benoemen. Artikel 5, lid 4, onder b), iv), is van toepassing op scenario's van gezamenlijke zeggenschap, indien de ondernemingen met zeggenschap gezamenlijk het recht hebben de zaken van de onderneming te leiden op basis van individuele vetorechten. Artikel 5, lid 4, is echter niet van toepassing op situaties waarin de gezamenlijke zeggenschap feitelijk tot stand komt op grond van sterke gemeenschappelijke belangen tussen verschillende minderheidsaandeelhouders van de gemeenschappelijke onderneming op basis van de aanwezigheid van de aandeelhouders. Het verschil vindt zijn neerslag in het feit dat artikel 5, lid 4, onder b), iv), verwijst naar het recht de zaken van de onderneming te leiden, en niet naar de bevoegdheid (wat wel het geval is in onder b), ii) en iii)), wat wordt verklaard door het feit dat er behoefte bestaat aan precisie en zekerheid in de criteria voor de berekening van de omzet zodat de bevoegdheid gemakkelijk kan worden vastgesteld. In het kader van artikel 3, lid 3,

⁽¹²⁶⁾ Zaak IV/M.126 (Accor/Wagons-Lits) van 28 april 1992.

⁽¹²⁷⁾ Zaak COMP/M.1741 (MCI Worldcom/Sprint) van 28 juni 2000; zaak IV/M.187 (Ifint/Exor), en zaak IV/M.1046 (Ameritech/Tele Danmark).

⁽¹²⁸⁾ Echter slechts de helft van de omzet van b3 wordt in rekening gebracht, zie hieronder punt 187.

wordt de vraag of een concentratie tot stand kan komen echter veel grondiger onderzocht. Daarnaast zijn situaties van negatieve uitsluitende zeggenschap slechts bij uitzondering gedekt (indien in het specifieke geval aan de voorwaarden van artikel 5, lid 4, onder b), i) tot en met iii), is voldaan): „het recht de zaken van de onderneming te leiden” heeft in het kader van artikel 5, lid 4, onder b), iv), geen betrekking op scenario's van negatieve zeggenschap. Ten slotte heeft artikel 5, lid 4, onder b), i), bijvoorbeeld betrekking op situaties waarin het mogelijk is dat er op grond van artikel 3, lid 2, geen sprake is van „zeggenschap”.

5.2. *Toerekening van omzet aan de vastgestelde ondernemingen*

- (185) Algemeen gesproken zal zolang aan het criterium van artikel 5, lid 4, onder b), is voldaan, de volledige omzet van de betrokken dochteronderneming in aanmerking worden genomen, ongeacht hoe groot de deelneming van de betrokken onderneming in de dochteronderneming in werkelijkheid is. In het voorbeeld zal de volledige omzet van de drie dochterondernemingen b van de betrokken onderneming a in aanmerking worden genomen.
- (186) De concentratieverordening bevat echter specifieke regels voor gemeenschappelijke ondernemingen. Artikel 5, lid 5, onder b), bepaalt dat voor gemeenschappelijke ondernemingen tussen twee of meer betrokken ondernemingen de omzet van de gemeenschappelijke onderneming (voor zover de omzet voortvloeit uit activiteiten met derden zoals hierboven uiteengezet in punt 168) in gelijke delen aan de betrokken ondernemingen moet worden toegerekend, ongeacht hoe groot hun aandeel in het kapitaal of de stemrechten is.
- (187) Het in artikel 5, lid 5, onder b), vastgelegde beginsel wordt bij analogie gevolgd voor de toerekening van omzet bij gemeenschappelijke ondernemingen tussen betrokken ondernemingen en derden, indien hun omzet in aanmerking wordt genomen overeenkomstig artikel 5, lid 4, onder b), zoals hierboven uiteengezet in punt 181. De praktijk van de Commissie bestaat erin aan de betrokken onderneming de omzet van de gemeenschappelijke onderneming toe te rekenen per capita volgens het aantal ondernemingen dat gezamenlijke zeggenschap uitoefent. In het voorbeeld komt de helft van de omzet van onderneming b3 in aanmerking.
- (188) De regels van artikel 5, lid 4, moeten ook worden aangepast in situaties waarbij een verschuiving van gezamenlijke zeggenschap naar uitsluitende zeggenschap plaatsvindt, teneinde te voorkomen dat de omzet van de gemeenschappelijke onderneming dubbel wordt geteld. Zelfs indien de verwervende vennootschap in de gemeenschappelijke onderneming rechten of bevoegdheden heeft die voldoen aan de vereisten van artikel 5, lid 4, moet de omzet van de verwervende aandeelhouder worden berekend zonder de omzet van de gemeenschappelijke onderneming, en de omzet van de gemeenschappelijke onderneming moet worden genomen zonder de omzet van de verwervende aandeelhouder.

5.3. *Toerekening van omzet bij investeringsfondsen*

- (189) Zoals hierboven gezegd in punt 15, verwerft de investeringsmaatschappij normaal gesproken onrechtstreekse zeggenschap over de vennootschappen die door een investeringsfonds in portefeuille worden gehouden. Op dezelfde manier kan de investeringsmaatschappij geacht worden middellijk de in artikel 5, lid 4, onder b), genoemde rechten en bevoegdheden te hebben, in het bijzonder middellijk de bevoegdheid om de stemrechten uit te oefenen in de vennootschappen die door het investeringsfonds in portefeuille worden gehouden.
- (190) Dezelfde overwegingen als die welke hierboven in het kader van artikel 3 zijn uiteengezet (punt 15), kunnen ook van toepassing zijn indien een investeringsmaatschappij verschillende investeringsfondsen opricht met mogelijk verschillende investeerders. Op basis van de organisatorische structuur, met name banden tussen de investeringsmaatschappij en de beherende venno(o)t(en) van de verschillende fondsen die als commanditaire vennootschappen zijn georganiseerd, of op basis van contractuele afspraken, in het bijzonder adviesovereenkomsten tussen de beherende vennoot of het investeringsfonds en de investeringsmaatschappij, heeft de investeringsmaatschappij doorgaans middellijk de bevoegdheid om de stemrechten uit te oefenen in de vennootschappen die door het investeringsfonds in portefeuille worden gehouden of heeft zij middellijk een van de andere in artikel 5, lid 4, onder b), genoemde rechten of bevoegdheden. In die omstandigheden kan de investeringsmaatschappij een gemeenschappelijke zeggenschapsstructuur uitoefenen over de verschillende fondsen die zij heeft opgericht en de gemeenschappelijke werking van de verschillende fondsen van de investeringsmaatschappij komt vaak tot uiting in een gemeenschappelijk merk voor de fondsen.

- (191) Een dergelijke organisatie van de verschillende fondsen door de investeringsmaatschappij kan bijgevolg tot resultaat hebben dat de omzet van alle vennootschappen die door de verschillende fondsen in portefeuille worden gehouden, in rekening wordt gebracht bij de beoordeling van de vraag of de omzetrempels van artikel 1 zijn bereikt, indien de investeringsmaatschappij via één van de fondsen middellijke zeggenschap verkrijgt over een vennootschap die in portefeuille wordt gehouden.

5.4. Toerekening van omzet voor staatsondernemingen

- (192) Voor de berekening van de omzet van staatsondernemingen moet artikel 5, lid 4, samen worden gelezen met overweging 22 van de concentratieverordening. In deze overweging wordt gesteld dat, teneinde discriminatie tussen de overheids- en de particuliere sector te voorkomen, rekening moet worden gehouden met „ondernemingen die een economisch geheel vormen met een zelfstandige beslissingsbevoegdheid, ongeacht de vraag wie het kapitaal ervan bezit of welke regels inzake administratief toezicht daarop van toepassing zijn” ⁽¹²⁹⁾.
- (193) Deze overweging verduidelijkt dat lidstaten (of andere publiekrechtelijke lichamen) niet beschouwd worden als „ondernemingen” in de zin van artikel 5, lid 4, louter omdat zij in andere ondernemingen belangen hebben die voldoen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 4. Voor de berekening van de omzet van staatsondernemingen moet derhalve enkel rekening worden gehouden met die ondernemingen die tot dezelfde economische eenheid met een zelfstandige beslissingsbevoegdheid behoren.
- (194) Indien een staatsonderneming niet gecoördineerd wordt met andere houdstermaatschappijen waarover de staat zeggenschap uitoefent, moet zij derhalve voor de toepassing van artikel 5 als onafhankelijk worden beschouwd en hoeft de omzet van andere vennootschappen die in handen van die staat zijn, niet in rekening te worden gebracht. Indien echter verschillende staatsondernemingen deel uitmaken van hetzelfde onafhankelijke centrum van commerciële besluitvorming, wordt de omzet van die bedrijven voor de toepassing van artikel 5 beschouwd als deel van de groep van de betrokken onderneming.

V. GEOGRAFISCHE TOEREKENING VAN OMZET

- (195) Met de in artikel 1, leden 2 en 3, van de concentratieverordening bepaalde drempelwaarden voor de omzet over de gehele wereld en binnen de Gemeenschap wordt beoogd de zaken te selecteren die een voldoende omzet binnen de Gemeenschap hebben om van communautair belang te zijn en die voornamelijk van grensoverschrijdende aard zijn. Deze drempels vereisen dat omzet geografisch wordt toegerekend aan de Gemeenschap en aan de afzonderlijke lidstaten. Omdat de gegevens in de gecontroleerde jaarrekeningen doorgaans niet geografisch zijn opgesplitst zoals vereist door de concentratieverordening, zal de Commissie zich baseren op de beste beschikbare gegevens die door de ondernemingen worden verstrekt. In artikel 5, lid 1, tweede alinea, is bepaald dat de plaats van de omzet bepaald wordt door de plaats waar de afnemer is gevestigd op het tijdstip van de transactie:

„De in de Gemeenschap of in een lidstaat behaalde omzet omvat de in de Gemeenschap respectievelijk in die lidstaat aan ondernemingen of consumenten verkochte producten en verleende diensten.”

Algemene regel

- (196) De concentratieverordening maakt geen onderscheid tussen „verkochte producten” en „verleende diensten” voor de geografische toerekening van omzet. In beide gevallen is de algemene regel dat omzet moet worden toegekend aan de plaats waar de afnemer is gevestigd. Het onderliggende beginsel is dat omzet moet worden toegerekend aan de plaats waar mededinging met alternatieve leveranciers plaatsvindt. Die plaats is normaal gesproken ook de plaats waar de kenmerkende handeling uit hoofde van de betrokken overeenkomst moet worden verricht, dat wil zeggen waar de dienst daadwerkelijk wordt verricht en het product daadwerkelijk wordt geleverd. Bij internettransacties kan het voor de ondernemingen moeilijk zijn om de plaats te bepalen waar de afnemer gevestigd is op het tijdstip waarop de overeenkomst via internet wordt gesloten. Indien het product of de dienst zelf niet via internet wordt geleverd of verricht, kunnen deze moeilijkheden worden voorkomen door zich te concentreren op de plaats waar de kenmerkende handeling uit hoofde van de overeenkomst wordt verricht. De verkoop van goederen en het verrichten van diensten komen hieronder afzonderlijk aan bod, aangezien zij met het oog op de toerekening van de omzet verschillende kenmerken hebben.

⁽¹²⁹⁾ Zie ook zaak IV/M.216 (CEA Industrie/France Télécom/FinMeccanica/SGS-Thomson) van 22 februari 1993.

Verkoop van goederen

- (197) Bij de verkoop van goederen kunnen zich bijzondere situaties voordoen indien de plaats waar de afnemer bij het sluiten van de aankoopovereenkomst was gevestigd, niet het facturatieadres en/of de plaats van levering is. In die situaties zijn de plaats waar de aankoopovereenkomst werd gesloten en de plaats van levering van groter belang dan het facturatieadres. Aangezien de levering doorgaans de kenmerkende handeling van de verkoop van goederen is, kan zelfs voorrang worden gegeven aan de plaats van levering boven de plaats waar de afnemer bij het sluiten van de aankoopovereenkomst was gevestigd. Dit zal afhangen van de vraag of de plaats van levering moet worden beschouwd als de plaats waar de mededinging voor de verkoop van goederen plaatsvindt dan wel of de mededinging eerder plaatsvindt op de plaats waar de afnemer is gevestigd. In het geval van een verkoop van mobiele goederen, zoals een motorvoertuig, aan een eindverbruiker, is de plaats waar de auto aan de afnemer wordt geleverd van doorslaggevend belang, zelfs indien de overeenkomst voordien per telefoon of via internet was gesloten.
- (198) Een specifieke situatie doet zich voor indien een multinationale onderneming een op de Gemeenschap afgestemde aankoopstrategie heeft en al het nodige voor een goed in één plaats betreft. Omdat een centrale aankooporganisatie verschillende vormen kan aannemen, is het noodzakelijk om haar concrete vorm onder de loep te nemen, aangezien die bepalend kan zijn voor de wijze van toerekening van de omzet. Indien goederen worden aangekocht door en geleverd aan de centrale aankooporganisatie en vervolgens intern worden verdeeld over verschillende sites in diverse lidstaten, wordt de omzet alleen toegerekend aan de lidstaat waar de centrale aankooporganisatie is gevestigd. In dat geval is er sprake van mededinging op de plaats waar de centrale aankooporganisatie is gevestigd en dit is ook de plaats waar de kenmerkende handeling uit hoofde van de verkoopovereenkomst wordt verricht. De situatie ziet er anders uit indien er rechtstreekse contacten bestaan tussen de verkoper en de verschillende dochterondernemingen. Dit omvat het geval waarin de centrale aankooporganisatie een loutere kaderovereenkomst sluit, doch de afzonderlijke bestellingen worden geplaatst door en de producten rechtstreeks worden geleverd aan de dochterondernemingen in verschillende lidstaten, alsook het geval waarin de afzonderlijke bestellingen via de centrale aankooporganisatie worden geplaatst doch de producten rechtstreeks aan de dochterondernemingen worden geleverd. In beide gevallen wordt omzet toegerekend aan de verschillende lidstaten waarin de dochterondernemingen zijn gevestigd, ongeacht of de centrale aankooporganisatie dan wel de dochterondernemingen de facturen ontvangen en de betaling verrichten. De reden is dat er in beide gevallen voor de levering van producten aan de verschillende dochterondernemingen mededinging met alternatieve leveranciers plaatsvindt, ook al is de overeenkomst centraal gesloten. In het eerste geval is het bovendien zo dat in feite de dochterondernemingen zelf beslissen over de te leveren hoeveelheden en over een element dat van essentieel belang is voor de mededinging.

Verrichten van diensten

- (199) Voor diensten bepaalt de concentratieverordening dat de plaats waar zij voor de afnemer worden verricht, relevant is. Diensten met grensoverschrijdende elementen kunnen in drie algemene categorieën worden ondergebracht. De eerste categorie omvat gevallen waarin de dienstverrichter reist, de tweede die waarin de afnemer reist. De derde categorie omvat die gevallen waarin een dienst wordt verricht en noch de dienstverrichter, noch de afnemer hoeft te reizen. In de eerste twee categorieën moet de behaalde omzet worden toegerekend aan de plaats van bestemming van de reiziger, dat wil zeggen de plaats waar de dienst daadwerkelijk voor de afnemer wordt verricht. In de derde categorie wordt de omzet doorgaans toegerekend aan de plaats waar de afnemer is gevestigd. Voor de centrale aankoop van diensten gelden bij analogie de hierboven uiteengezette beginselen inzake de centrale aankoop van goederen.
- (200) Een voorbeeld van de eerste categorie is een situatie waarin een niet-Europese vennootschap bijzondere diensten op het gebied van vliegtuigonderhoud verricht voor een luchtvaartmaatschappij in een lidstaat. In dat geval reist de dienstverrichter naar de Gemeenschap waar de dienst daadwerkelijk wordt verricht en waar ook de mededinging voor deze dienst plaatsvindt. Indien een Europese toerist rechtstreeks in de Verenigde Staten een auto huurt of een hotel boekt, wordt dit in de tweede categorie ondergebracht, aangezien de dienst buiten de Gemeenschap wordt verricht en de mededinging plaatsvindt tussen de hotels en autoverhuurbedrijven op de gekozen plaats. Bij pakketreizen ziet de situatie er echter anders uit. Voor dit soort vakantie vangt de dienst aan met de verkoop van het pakket via een reisagentschap op de plaats waar de afnemer is gevestigd en de mededinging voor de verkoop van vakanties via reisagentschappen is net als bij kleinhandel plaatselijk, ofschoon delen van de dienst in een aantal verafgelegen plaatsen kunnen worden verricht. Het geval wordt derhalve in de derde categorie ondergebracht en de behaalde omzet moet worden toegerekend aan de plaats waar de afnemer is gevestigd. De derde categorie omvat ook gevallen als de levering van software of de distributie van films die buiten de Gemeenschap zijn gemaakt, doch aan een afnemer in een lidstaat worden geleverd zodat de dienst in feite binnen de Gemeenschap voor de afnemer wordt verricht.

- (201) Gevallen van goederenvervoer zijn anders, aangezien de afnemer voor wie deze diensten worden verricht, niet reist, doch de vervoerdienst voor de afnemer wordt verricht op de plaats waar hij is gevestigd. Die gevallen worden in de derde categorie ondergebracht en de plaats waar de afnemer is gevestigd, is het relevante criterium voor de toerekening van de omzet.
- (202) Bij telecommunicatiediensten doet de kwalificatie van gespreksafgiftediensten vragen rijzen. Ofschoon gespreksafgifte in de derde categorie lijkt te kunnen worden ondergebracht, zijn er redenen om deze dienst anders te behandelen. Gespreksafgiftediensten worden bijvoorbeeld verricht in situaties waarin een van een Europese exploitant uitgaand gesprek in de Verenigde Staten wordt afgegeven. Ofschoon noch de Europese, noch de Amerikaanse exploitant reist, reist het signaal en wordt de dienst in de Verenigde Staten voor de Europese exploitant door het Amerikaanse netwerk verricht. Dit is ook de plaats waar mededinging plaatsvindt (voor zover daar sprake van is). De omzet moet derhalve als omzet buiten de Gemeenschap worden beschouwd ⁽¹³⁰⁾.

Specifieke bedrijfstakken

- (203) In bepaalde bedrijfstakken doen zich bij de geografische toerekening van de omzet echter zeer bijzondere problemen voor. Deze komen hieronder in deel VI aanbod.

VI. OMREKENING VAN DE OMZET IN EURO

- (204) Bij de omrekening van de omzetcijfers in euro moet de nodige aandacht uitgaan naar de te gebruiken wisselkoers. De jaaromzet van een vennootschap moet worden omgerekend tegen de gemiddelde koers voor de betrokken twaalf maanden. Dit gemiddelde kan worden gevonden op de website van DG Mededinging ⁽¹³¹⁾. De gecontroleerde cijfers van de jaaromzet moeten als zodanig worden omgerekend en mogen niet in afzonderlijk om te rekenen trimestriële of maandelijkse cijfers worden opgesplitst.
- (205) Wanneer de onderneming in een reeks valuta's verkoopt, is de procedure niet anders. De totale omzet in de geconsolideerde gecontroleerde jaarrekeningen en in de verslaggevingsvaluta van de vennootschap wordt in euro omgerekend tegen de gemiddelde koers voor de twaalf maanden. Verkopen in plaatselijke valuta moeten niet rechtstreeks in euro worden omgerekend, daar deze cijfers niet aan de geconsolideerde gecontroleerde jaarrekeningen van de onderneming zijn ontleend.

VII. BEPALINGEN INZAKE KREDIETINSTELLINGEN EN ANDERE FINANCIËLE INSTELLINGEN EN VERZEKERINGSMAATSCHAPPIJEN

1. Toepassingsgebied

- (206) Vanwege de specifieke aard van de bedrijfstak bevat artikel 5, lid 3, specifieke voorschriften voor de berekening van de omzet van kredietinstellingen en andere financiële instellingen alsook van verzekeringsmaatschappijen.
- (207) Om de termen „kredietinstellingen en andere financiële instellingen” in de zin van de concentratieverordening te definiëren, is het vaste praktijk van de Commissie de definities te volgen die zijn gegeven in de toepasselijke Europese regelgeving in de banksector. De richtlijn betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen ⁽¹³²⁾ geeft volgende definities:
- „kredietinstellingen”: ondernemingen waarvan de werkzaamheden bestaan in het van het publiek in ontvangst nemen van deposito's of van andere terugbetaalbare gelden en het verlenen van kredieten voor eigen rekening;
 - „financiële instelling”: een onderneming die geen kredietinstelling is en waarvan de hoofdwerkzaamheid bestaat in het verwerven van deelnemingen of in het uitoefenen van een of meer van de onder de punten 2 tot en met 12 van de lijst in bijlage I opgenomen werkzaamheden.

⁽¹³⁰⁾ Dit is niet van invloed op de omzet die de Europese telefonie-exploitant ten aanzien van zijn eigen afnemer met dit gesprek behaalt.

⁽¹³¹⁾ Zie http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/exchange_rates.html#footnote_1. De website verwijst naar het maandbulletin van de Europese Centrale Bank.

⁽¹³²⁾ De definities kunnen worden gevonden in de leden 1 en 5 van artikel 1 van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 maart 2000 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PB L 126 van 26.5.2000, blz. 1).

(208) Financiële instellingen in de zin van artikel 5, lid 3, van de concentratieverordening zijn dienovereenkomstig enerzijds houdstermaatschappijen en anderzijds ondernemingen die op gezette tijden als hoofdactiviteit een of meer van de onder de punten 2 tot en met 12 van de bijlage bij de bankrichtlijn opgenomen werkzaamheden uitoefenen. Deze werkzaamheden zijn:

- het verstrekken van leningen (onder meer consumentenkrediet, hypothecair krediet, factoring);
- leasing;
- betalingsverrichtingen;
- uitgifte en beheer van betaalmiddelen (bijvoorbeeld kredietkaarten, reischeques en kredietbrieven);
- het verlenen van garanties en het stellen van borgtochten;
- handelingen voor eigen rekening of voor rekening van klanten met betrekking tot geldmarkt-instrumenten (cheques, wissels, depositocertificaten enzovoort), valuta's, financiële futures en opties, swaps en soortgelijke financieringsinstrumenten, effecten;
- deelneming aan effectenenemissies en dienstverrichting in verband daarmee;
- bemiddeling op interbankmarkten;
- vermogensbeheer en -advies, en
- bewaarneming en beheer van effecten.

2. Berekening van de omzet

(209) De methoden voor de berekening van de omzet voor kredietinstellingen en andere financiële instellingen en voor verzekeringsmaatschappijen zijn beschreven in artikel 5, lid 3, van de concentratieverordening. In het volgende deel komen enkele aanvullende kwesties in verband met de berekening van de omzet voor bovengenoemde soorten ondernemingen aan bod.

2.1. *Berekening van de omzet van kredietinstellingen en financiële instellingen (andere dan financiële houdstermaatschappijen)*

2.1.1. Algemeen

(210) Gewoonlijk doen er zich geen bijzondere moeilijkheden voor bij het toepassen van het criterium van de bankopbrengsten voor het bepalen van de wereldomzet van kredietinstellingen en andere financiële instellingen.

Bij de geografische toerekening van omzet aan de Gemeenschap en de afzonderlijke lidstaten is de specifieke bepaling van artikel 5, lid 3, onder a), tweede alinea, van toepassing. Daarin is bepaald dat de omzet moet worden toegerekend aan het bijkantoor dat of de afdeling die gevestigd is in de Gemeenschap of in de lidstaat die deze opbrengsten ontvangt.

2.1.2. Omzet van leasingmaatschappijen

(211) Er moet een fundamenteel onderscheid worden gemaakt tussen financiële leasing en operationele leasing. Financiële leasing gebeurt hoofdzakelijk voor langere perioden dan operationele leasing en de eigendom wordt in het algemeen tegen een gering bedrag overgedragen aan de huurder aan het eind van de huurtermijn krachtens een koopoptie die in de leasingovereenkomst is opgenomen. Bij een operationele leasing daarentegen wordt de eigendom aan het eind van de huurtermijn niet aan de huurder overgedragen en zijn de kosten voor onderhoud, herstel en verzekering van de gehuurde uitrusting in de te betalen huurbedragen begrepen. Financiële leasing fungeert derhalve als een door de verhuurder verstrekte lening om de huurder in staat te stellen een bepaald vermogensbestanddeel te kopen.

- (212) Zoals hierboven reeds gezegd is een vennootschap met als hoofdactiviteit financiële leasing een financiële instelling in de zin van artikel 5, lid 3, onder a), wier omzet moet worden berekend overeenkomstig de specifieke regels die in die bepaling zijn opgenomen. Alle betalingen in het kader van financiële leasingovereenkomsten, met uitzondering van het met de terugbetaling overeenstemmende deel, moeten in aanmerking worden genomen. Een verkoop van toekomstige huurbetalingen bij de aanvang van de overeenkomst met het oog op herfinanciering is niet relevant.
- (213) Operationele leasing wordt echter niet geacht door financiële instellingen te worden verricht en derhalve zijn de algemene regels voor de berekening van de omzet van artikel 5, lid 1, van toepassing ⁽¹³³⁾.

2.2. Verzekeringsmaatschappijen

- (214) In verband met de meting van de omzet van verzekeringsmaatschappijen bepaalt artikel 5, lid 3, onder b), van de concentratieverordening dat bruto geboekte premies in aanmerking moeten worden genomen. De bruto geboekte premies zijn de som van de ontvangen premies, waaronder alle ontvangen herverzekeringspremies indien de betrokken onderneming werkzaam is op het gebied van herverzekering. De aan herverzekering afgestane premies, dat wil zeggen alle bedragen die door de betrokken onderneming zijn betaald of moeten worden betaald om herverzekeringsdekking te krijgen, zijn slechts kosten in verband met het verrichten van verzekeringsdekking en mogen niet van de bruto geboekte premies worden afgetrokken.
- (215) De premies die in aanmerking moeten worden genomen, zijn niet alleen de premies voor nieuwe verzekeringsovereenkomsten die tijdens het betrokken boekjaar zijn gesloten, doch tevens alle premies voor overeenkomsten die in voorafgaande jaren zijn gesloten en die tijdens de betrokken periode van kracht blijven.
- (216) Met het oog op de vorming van de nodige reserves voor de betaling van vorderingen beschikken verzekeringsmaatschappijen doorgaans over een portefeuille investeringen in aandelen, rentedragende effecten, onroerend goed en andere vermogensbestanddelen die jaarlijkse inkomsten opleveren. De jaarlijkse inkomsten uit deze bronnen worden niet beschouwd als omzet van de verzekeringsmaatschappijen in de zin van artikel 5, lid 3, onder b). Er moet echter een onderscheid worden gemaakt tussen louter financiële investeringen, die de verzekeringsmaatschappij niet de in artikel 5, lid 4, genoemde rechten en bevoegdheden verschaffen in de ondernemingen waarin de investering is gedaan, en die investeringen welke leiden tot de verwerving van een belang dat voldoet aan de in artikel 5, lid 4, onder b), genoemde criteria. In het laatste geval is artikel 5, lid 4, van de concentratieverordening van toepassing en de omzet van die onderneming moet worden opgeteld bij de omzet van de verzekeringsmaatschappij, berekend overeenkomstig artikel 5, lid 3, onder b), voor de bepaling van de in de concentratieverordening vastgelegde drempels ⁽¹³⁴⁾.

2.3. Financiële houdstermaatschappijen

- (217) Aangezien een financiële houdstermaatschappij een „andere financiële instelling” in de zin van artikel 5, lid 3, onder a), van de concentratieverordening is, moet haar omzet worden berekend volgens de daarin opgenomen specifieke regels. Net als bij de verzekeringsmaatschappijen is artikel 5, lid 4, echter van toepassing op die deelnemingen die voldoen aan de in artikel 5, lid 4, onder b), genoemde criteria. Daarom moet de omzet van een financiële houdstermaatschappij in beginsel worden berekend volgens artikel 5, lid 3, doch het kan noodzakelijk zijn om de omzet van de ondernemingen die in de in artikel 5, lid 4, genoemde categorieën kunnen worden ondergebracht, daarbij op te tellen („artikel 5, lid 4-ondernemingen”) ⁽¹³⁵⁾.

⁽¹³³⁾ Zie zaak IV/M.234 (GECC/Avis Lease) van 15 juli 1992.

⁽¹³⁴⁾ Zie zaak IV/M.018 (AG/AMEV) van 21 november 1990.

⁽¹³⁵⁾ De beginselen voor financiële houdstermaatschappijen kunnen in zekere mate op vennootschappen voor fondsbeheer worden toegepast.

- (218) In de praktijk moet eerst de omzet van de financiële houdstermaatschappij in aanmerking worden genomen. Vervolgens moet daarbij de omzet van de „artikel 5, lid 4-ondernemingen” worden opgeteld, terwijl tegelijkertijd dividenden en andere inkomsten die door deze vennootschappen aan de financiële houdstermaatschappij worden uitgekeerd, in mindering moeten worden gebracht. Hieronder volgt een voorbeeld van een dergelijke berekening:

<i>Miljoen euro</i>	
1. Omzet uit financiële werkzaamheden (uit niet-geconsolideerde winst-en-verliesrekening)	3 000
2. Omzet uit artikel 5, lid 4-vennootschappen (verzekering/bruto geboekte premies)	300
3. Omzet uit artikel 5, lid 4-vennootschappen (industrie)	2 000
4. Aftrek van dividenden en andere inkomsten uit de artikel 5, lid 4-vennootschappen 2 en 3	-200
Totale omzet van de financiële houdstermaatschappij en haar groep	5 100

- (219) Het is mogelijk dat in dergelijke berekeningen rekening moet worden gehouden met verschillende boekhoudkundige regels. Terwijl deze overweging geldt voor elk type onderneming waarop de concentratieverordening van toepassing is, is zij van bijzonder belang in het geval van financiële houdstermaatschappijen ⁽¹³⁶⁾, waarin het aantal en de verscheidenheid van de ondernemingen waarover zeggenschap wordt uitgeoefend, en de mate van zeggenschap van de houdstermaatschappij over haar dochterondernemingen, verbonden ondernemingen en andere ondernemingen waarin zij deelnemingen heeft, zorgvuldig moeten worden onderzocht.

- (220) De berekening van de omzet voor financiële houdstermaatschappijen kan in de praktijk een zware taak blijken. Derhalve zal een strenge en gedetailleerde toepassing van deze methode alleen maar nodig zijn in de gevallen waarin de omzet van een financiële houdstermaatschappij naar alle waarschijnlijkheid dicht bij de drempelwaarden van de concentratieverordening ligt. In andere gevallen kan het zeer duidelijk zijn dat de omzet ver van de drempelwaarden van de concentratieverordening verwijderd is, zodat de gepubliceerde jaarrekeningen afdoende zijn voor het bepalen van de bevoegdheid.

⁽¹³⁶⁾ Zie bijvoorbeeld zaak IV/M.166 (Torras/Sarrió) van 24 februari 1992.