

Situaties waarop het protocol ziet

1. Dit protocol vormt een uitwerking van het memorandum van 26 mei 1999 van de ministeries van Financiën en Economische Zaken. Het dient, conform het gestelde in dit memorandum, betrekking te hebben op situaties waarin sprake is van een acute dreiging van een faillissement van een financiële instelling, met belangrijke uitstralingseffecten naar de gehele financiële sector, waarbij naar het inzicht van De Nederlandsche Bank (DNB) en/of de Verzekeringskamer (VK) een concentratie noodzakelijk is om die dreiging af te wenden.

2. Onder financiële instellingen wordt in dit verband verstaan: Kredietinstellingen in de zin van de Wet toezicht kredietwezen 1992 (WTK) en verzekeraars in de zin van de Wet toezicht verzekeringbedrijf 1993 (WTV) en de Wet toezicht natuura-uitvaartverzekeringbedrijf (WTN). Onder financiële toezichthouders wordt voor de toepassing van dit protocol verstaan: DNB en de VK.

3. De financiële toezichthouders hebben gewezen op de volgende instrumenten die hen ter beschikking staan om noodsituaties het hoofd te bieden: de noodregelingen in de zin van art. 70 e.v. WTK, art. 156 e.v. WTV, en art. 66 e.v. WTN, alsmede het na verkregen rechterlijke machtiging toe te passen opvanginstrument met het oog op overdracht van een portefeuille, als bedoeld in de voorgestelde artikelen 147d, derde lid, en 147e, eerste lid WTV (zie Kamerstukken II, 26 705, nrs. 1-2). De VK, DNB en de Nederlandse mededingingsautoriteit (NMa) zijn van oordeel dat onderhavig protocol ook van toepassing kan zijn op situaties waarin een beroep op een van deze instrumenten aan de orde kan komen. De totstandbrenging van een concentratie kan immers evenzeer een middel zijn om een noodsituatie op te lossen en kan daarmee tot gevolg hebben dat andere maatregelen, zoals de inzet van genoemde instrumenten, achterwege kan blijven. Ook is denkbaar dat, in

een situatie waarin een van genoemde instrumenten reeds van toepassing is, het uiteindelijk een concentratie is waarmee een noodsituatie blijvend kan worden opgelost. Waar in het vervolg van dit document wordt gesproken van ‘faillissement’, zijn mede de in dit punt 3 bedoelde noodsituaties beoogd.

4. In de hiervoor bedoelde situaties richt de bemoeienis van de financiële toezichthouder zich er op een faillissement of noodregeling te voorkomen. De NMa moet, ten aanzien van concentraties die binnen haar bevoegdheid vallen, bewaken dat door een concentratie geen economische machtspositie zal ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

Prenotificatiefase

5. De prenotificatiefase vangt aan op het moment waarop een voorgenomen concentratie (dan wel meerdere opties voor mogelijke concentraties) voorafgaand aan de formele melding als bedoeld in art. 34 e.v. van de Mededingingswet, door een financiële toezichthouder onder de aandacht van de NMa wordt gebracht.

Vertrouwelijkheid

6. Een vertrouwelijke behandeling is in deze fase cruciaal. Voor de NMa betekent dit dat tijdens deze fase nimmer mededelingen zullen worden gedaan over zaken die op vertrouwelijke basis in behandeling zijn genomen. Ook zal de NMa op geen enkele wijze de indruk mogen geven dat een zaak in onderzoek is. Het spreekt dus vanzelf dat in deze fase geen direct met de zaak verband houdend extern onderzoek zal kunnen worden verricht.

7. DNB, de VK en de NMa constateren dat het verstrekken van gegevens door de financiële toezichthouder overeenkomstig dit protocol noodzakelijkerwijs voortvloeit uit een goede uitoefening van de wettelijke taak van

de financiële toezichthouder voor zover dit past binnen het kader van de WTK 1992, de WTV 1993 en de WTN.

Jurisdictie

8. Het ligt in de rede dat zowel de financiële toezichthouder als de NMa zich ervan willen vergewissen dat een voorgenomen transactie onder de werkingssfeer van het concentratie-toezicht op grond van de Mededingingswet valt. Hierbij spelen vragen een rol als:

- is er sprake van verwerving van zeggenschap,
- zal deze verwerving van zeggenschap naar verwachting duurzaam zijn,
- valt de transactie binnen de omzetgrenzen die de bevoegdheid van de NMa bepalen.

Indien de financiële toezichthouder ten aanzien van deze vragen in een concreet geval twijfels of vragen heeft, dan kan daarover in abstracto, dus zonder de namen van de betrokken ondernemingen te noemen, met de NMa overleg worden gevoerd.

Materiële beoordeling

9. Wanneer is komen vast te staan, of ten minste aannemelijk is geworden, dat een voorgestelde transactie onder de jurisdictie van de NMa valt, dan zal de NMa, met het oog op toepassing van artikel 37, tweede lid, van de Mededingingswet, een zoveel mogelijk zekerheid biedende en gemotiveerde voorlopige uitspraak doen over de uitkomst van de materiële beoordeling van de concentratie. Hieronder wordt in de eerste plaats begrepen een uitspraak over de vraag of er reden is om aan te nemen dat als gevolg van de concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd (art. 37, tweede lid, Mededingingswet). Indien daarvan sprake is dan zal de voorlopige uitspraak een beschrijving bevatten van de aard en de ernst van het verwachte

mededingingsprobleem en van de markt(en) waarop dit probleem dreigt te ontstaan.

Kennis over de marktstructuur

10. Het is belangrijk dat de NMa haar kennis over de structuur van de financiële markten verder verdiept, omdat deze de basis vormt voor een zoveel mogelijk zekerheid biedende voorlopige beoordeling van concrete gevallen. De financiële toezichthouders zullen de NMa behulpzaam zijn bij deze kennisontwikkeling, met inachtneming van de verplichtingen die op hen rusten ten aanzien van vertrouwelijkheid, o.a. door de NMa te informeren over de uitkomsten van eigen onderzoek en extern onderzoek.

11. Wanneer de NMa tot de conclusie komt dat bepaalde financiële markten reeds in zodanig sterke mate geconcentreerd zijn dat de ruimte voor verdergaande concentratie naar haar oordeel beperkt is, dan zal zij de financiële toezichthouder hierover ook buiten het kader van de beoordeling van een concreet geval informeren. De financiële toezichthouder kan dan, in voorkomend geval, bij het zoeken naar een oplossing van een noodgeval haar aandacht richten op opties met een zo gering mogelijk negatief effect voor de mededinging op de desbetreffende markt(en).

Ontheffing ex artikel 40/46

Mededingingswet

12. Artikel 40 van de Mededingingswet geeft de d-g NMa de bevoegdheid om, op verzoek van degene die een melding van een voorgenomen concentratie heeft gedaan, ontheffing te verlenen van het verbod om, hangende de beoordeling van de melding, de concentratie tot stand te brengen. Artikel 46 vormt het equivalent in de vergunningsprocedure. De d-g NMa kan om 'gewichtige redenen' tot toepassing van deze artikelen besluiten. In de prenotificatiefase zal de NMa tezamen met de financiële toezichthouder nagaan of gewichtige redenen in de gegeven situatie aanwezig zijn. Dit laatste zal het geval zijn wanneer uitstel van een concentratie onherstelbare schade tot gevolg heeft, hetgeen met name in situaties van (dreigend) faillissement aan de orde kan komen. Artikel 40/46 is een geëigend middel om dergelijke onherstelbare schade te voorkomen.

(Vroeg)tijdigheid

13. De financiële toezichthouders hebben de ervaring dat het ontstaan van een acute noodsituatie zich vrij plotseling kan voordoen en dat dan binnen enkele dagen een oplossing moet worden gevonden. Dit betekent dat in voorkomende gevallen ook de NMa binnen zeer korte tijd tot een voorlopige beoordeling moet kunnen komen. De financiële toezichthouders zullen er op letten dat de beoordelingstijd voor de NMa niet onnodig kort is door de NMa zo spoedig mogelijk van een op handen zijnde noodsituatie op de hoogte te stellen.

Informatie

14. In de prenotificatiefase zal de financiële toezichthouder een zaak die naar het oordeel van die toezichthouder conform dit protocol behandeld zou dienen te worden, aan de NMa voorleggen. Een eerste verkenning van de mogelijkheden zou kunnen plaatsvinden aan de hand van informatie waarover de financiële toezichthouder beschikt. Dit neemt niet weg dat het de voorkeur heeft dat de bedrijfsgegevens die de NMa nodig heeft voor de beoordeling van een concreet geval van de betrokken ondernemingen zelf afkomstig zijn. In beginsel zou er van moeten worden uitgegaan dat de voorlopige beoordeling plaatsvindt op basis van een reeds zo volledig mogelijk ingevuld 'formulier melding concentratie'. Voorts zou, afhankelijk van het geval in kwestie, een bijeenkomst met vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen belangrijk kunnen zijn om de schriftelijke informatie te completeren.

15. Ook moet, wanneer een verzoek om ontheffing ex artikel 40 Mededingingswet wordt gedaan, enig inzicht worden gegeven in de spoedeisendheid van de gevraagde maatregel en in de ernst van de schade die zou ontstaan als de maatregel niet zou worden genomen.

16. De financiële toezichthouder zal aan de NMa inzichtelijk maken op grond van welke overwegingen in het voorliggende geval de conclusie gerechtvaardigd is dat er sprake is van een noodsituatie.

Keuze van overnemende partij

17. In het geval dat een onderneming die met faillissement wordt bedreigd uitsluitend actief is op markten die

niet sterk geconcentreerd zijn, zal het vanuit mededingingsoogpunt veelal indifferent zijn welke partij tot acquisitie overgaat. Dit wordt anders wanneer er markten in het spel zijn die wel reeds sterk geconcentreerd zijn. In het laatste geval zal het effect van een overname in hoge mate afhankelijk zijn van de marktpositie die de overnemende partij reeds op de desbetreffende markt inneemt. In verband hiermee zal de financiële toezichthouder bij het selecteren van een mogelijke overnemende partij zoveel mogelijk rekening houden met het inzicht van de NMa omtrent aanvaardbare concentraties. De financiële toezichthouder baseert zich daarbij mede op de door de NMa verstrekte informatie als bedoeld in punt 11 en op de (eventuele) eerste reactie van de NMa naar aanleiding van het in punt 13 bedoelde contact en zal ernaar streven van de NMa bij het selecteren van een overnemende partij zoveel mogelijk duidelijkheid te verkrijgen over welke concentraties naar het inzicht van de NMa aanvaardbaar lijken te zijn.

De minister van Economische Zaken

18. Indien de financiële toezichthouder een bepaalde concentratie noodzakelijk acht ter oplossing van een noodsituatie terwijl de NMa van oordeel is dat die concentratie op mededingingsbezwaren zal stuiten dan wel dat daaraan voorwaarden moeten worden verbonden die naar het oordeel van de financiële toezichthouder verhinderen dat de door die toezichthouder voorgestane oplossing wordt gerealiseerd, dan kunnen zij, gezamenlijk of elk afzonderlijk, de dan ontstane situatie voorleggen aan de minister van Economische Zaken, met het oog op de eventuele toepassing van art. 47 van de Mededingingswet in een latere fase. Zij zullen hierbij de nodige uitleg geven over ten minste de volgende aspecten:

- de spoedeisendheid van de voorgelegde situatie,
- de aard en ernst van de uitstralings-effecten van een faillissement van de desbetreffende onderneming,
- de aard en ernst van de mededingingsbezwaren.

Notificatiefase

19. De notificatiefase vangt aan op

het moment waarop de melding door de NMa ontvangen wordt. Vanaf dit moment wordt in beginsel de normale, wettelijke procedure doorlopen.

De melding

20. Hoewel de Mededingingswet daarover geen uitdrukkelijke bepaling bevat moet de melding als bedoeld in artikel 34 e.v. Mededingingswet in beginsel verricht worden door de betrokken partijen, dat wil zeggen de partij die zeggenschap verwerft en de partij die de zeggenschap afstaat. Er bestaat echter geen formeel beletsel indien de melding verricht wordt door één partij, bijvoorbeeld de verwervende partij. In de praktijk kan dit echter het bezwaar hebben dat de meldende partij niet over alle gegevens beschikt die bij de melding moeten worden overgelegd.

Vertrouwelijkheid

21. Van het feit dat de melding heeft plaatsgevonden zal op reguliere wijze mededeling worden gedaan in de Staatscourant. In het desbetreffende dossier wordt aan derden geen inzage gegeven. Van het besluit waarin de beoordeling van de gemelde concentratie is vervat zal een openbare versie worden opgesteld (reguliere procedure). Daarbij worden geen gegevens openbaar gemaakt welke conform de normen van artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur vertrouwelijk moeten blijven.

Ontheffing ex artikel 40/46

Mededingingswet

22. Indien naar het oordeel van de d-g NMa noodzakelijk, wordt om gewichtige redenen op verzoek van de meldende partij(en) terstond een ontheffing gegeven ex artikel 40/46 van de Mededingingswet, waarbij in aanmerking wordt genomen dat in geval van dreigend faillissement artikel 40/46 een geëigend middel is.

De beoordeling

23. De NMa zal de gemelde voorgenomen concentratie op reguliere wijze beoordelen op de gevolgen voor de mededinging. Indien de NMa in de loop van dit onderzoek tot de overtuiging komt dat er met het oog op de door de NMa uit te voeren toets wezenlijke gronden zijn om over de voorgenomen concentratie een oordeel te geven dat afwijkt van het eerder gegeven voorlopige oordeel als

bedoeld in punt 9, dan wordt de financiële toezichthouder daarvan gemotiveerd vooraf in kennis gesteld.

De minister van Economische Zaken

24. Indien de NMa en de financiële toezichthouder(s) over een voorgenomen concentratie niet tot een gelijklopend oordeel komen, dan kunnen zij de dan ontstane situatie, mits dit zo spoedig mogelijk gebeurt, voorleggen aan de minister van Economische Zaken, met het oog op een door deze minister te nemen beslissing op grond van artikel 47 van de Mededingingswet.

25. Wanneer de situatie als beschreven in punt 24 zich voordoet, dan zal op initiatief van de NMa, ter voorkoming van onnodige schade voor de crediteuren of polishouders van de financiële instelling, overleg worden gevoerd tussen de NMa, de minister van Economische Zaken en de betrokken financiële toezichthouder(s), ter afstemming van publicitaire activiteiten.

Getekend in drievoud op 10 december 1999.

De Nederlandsche Bank N.V.,

A. Schilder RA, directeur.

De Verzekeringskamer,

P.J.C. Keizer, lid bestuur.

De Nederlandse mededingingsautoriteit,

A.W. Kist, directeur-generaal.