

*Der Chef
der Schweizerischen Mission
bei den
Europäischen Gemeinschaften*

Brüssel, den 29. Juli 1992

77.324 - VT/BP

Herrn Generaldirektor
Dr Reto F. Domeniconi
Nestlé AG
55, Avenue Nestlé
CH - 1800 Vevey

Sehr geehrter Herr Generaldirektor,

Ich danke Ihnen sehr für die Zustellung der Unterlagen zum Fusionsfall Nestlé-Perrier.

Den Verzicht von Nestlé auf eine gerichtliche Klärung der umstrittenen Rechtsfragen kann man natürlich aus rechtspolitischer Sicht bedauern, unternehmerisch blieb Ihnen indessen ganz offenkundig keine andere Wahl. Das ganze EG-Kontrollverfahren in Fusionsfällen ist verständlicherweise auf rasche Entscheidungen ausgerichtet, was der Kommission eine de facto-Prädominanz gibt, die man bedauern oder kritisieren kann, die allerdings politisch gewollt ist.

Der Grundsatz der Subsidiarität, zu dem sich auch Sir Leon Brittan in seinen Vorträgen bekennt, bleibt so lange Theorie, als die Kompetenzabgrenzungskriterien zwischen EG und Mitgliedstaaten im positiven EG-Recht fixiert sind. Er könnte bei allfälligen Revisionen eine grössere Rolle spielen. Voraussetzung wäre allerdings, dass auf nationaler Ebene tatsächlich eine Fusionskontrolle existiert, die diesen Namen verdient.

Dass die vorgängige Kontaktnahme mit der EG-Kommission bei eigentlichen Uebernahmekämpfen kaum praktikabel ist, leuchtet ein. Psychologisch besteht allerdings erfahrungsgemäss ein Unterschied zwischen einem der Kommission bislang unbekanntem Fall und einem Verfahren, in das sie frühzeitig involviert wurde.

Die Kritik an der Arbeitsweise der Kommission kann zunächst nur von direkt betroffenen Firmen kommen. Sie ermangelt allerdings mitunter einer gewissen Glaubwürdigkeit ("schlechter Verlierer"). Soweit sich grundsätzliche wettbewerbspolitische Fragen stellen, sollten eigentlich die hierfür zuständigen Kontrollorgane,



- 2 -

namentlich also das Europäische Parlament und der Rat, ihre Verantwortung wahrnehmen. Auch die europäischen Dachverbände (UNICE, Eurochambers, Branchenorganisationen) müssen ein Interesse an derartigen Fragen haben. Die Konsumentenorganisationen dürften dagegen hier wenig hilfreich sein; ihnen geht es um die Erhaltung einer reichen Vielfalt des Angebots und eines lebhaften EG-weiten Preis- und Qualitätswettbewerbs.

Dies einige spontane und selbstverständlich rein persönliche Bemerkungen zu diesem hochinteressanten Fall.

Mit freundlichen Grüßen



Benedikt von Tschärner

Copie: Amb. Baldi, BAwi



DR. RETO F. DOMENICONI
GENERALDIREKTOR

S.E. Monsieur l'Ambassadeur
B. von Tscharnier
Mission suisse auprès des
Communautés européennes
53, Rue d'Arlon

B - 1040 Bruxelles

Vevey, den 22. Juli 1992

Sehr geehrter Herr Botschafter,

Da Sie wahrscheinlich an Nachrichten von der Front immer interessiert sind, sende ich Ihnen beigefügt einige Unterlagen über unsere Erfahrungen mit der Generaldirektion für Wettbewerb in Brüssel. Es handelt sich dabei um folgendes :

1. Brief vom 13.7.1992 an die Merger Task Force, welcher die uns abgerungenen Zugeständnisse aufzeigt.
2. Einige Gedanken (auf Französisch und Deutsch) über die Arbeitsweise der Brüsseler Wettbewerbsbehörden.
3. Ein Dokument vom 24.6.1992, also vor Abschluss des Verfahrens, welches nicht nur die Vorgehensweise der Brüsseler Behörden kritisch beleuchtet, sondern auch zur Materie an sich aus der Sicht von Nestlé Stellung nimmt.

In der Hoffnung, dass dieses Material bei Ihnen auf Interesse stossen möge, verbleibe ich

mit freundlichen Grüssen

Dr. R.F. Domeniconi

Beilagen

NESTLÉ S.A.

DR. RETO F. DOMENICONI
EXECUTIVE VICE PRESIDENT

Mr H.C. Overbury
Directorate-General for
Competition
Merger Task Force
COMMISSION OF THE EUROPEAN
COMMUNITIES
Rue de la Loi 200

B - 1049 Brussels

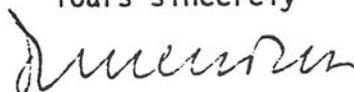
Vevey, 13th July, 1992

Dear Mr Overbury,

Please find enclosed our proposition in its final version.

I presume that you will issue a public statement on the findings of the Commission in this case. We will be obliged to make a statement as well and it may be indicated to coordinate the moment in time. Should you wish to inform us beforehand about the content of your statement, then we would, of course, return your kindness.

Yours sincerely



R.F. Domeniconi

Encl.

Registered mail
Strictly confidential

**COMMISSION OF THE EUROPEAN
COMMUNITIES**

Directorate General for
Competition

MERGER TASK FORCE
Mr. H.C. Overbury, Director
Rue de la Loi 200
B - 1049 BRUXELLES

Vevey, July 13, 1992

Dear Sirs,

While maintaining fully its position adopted in its written and oral replies to the Statement of the Commission pursuant to Article 18 of Regulation (EEC) No 4064/89 and dated May 4, 1992, Nestlé hereby declares that it is prepared to modify the effect of the operation notified to the Commission on February 25, 1992 on the basis of the following undertaking :

In order to meet the requirements of the Commission to facilitate the entry of a viable competitor with adequate resources in the bottled water market or the increase in the capacity of an existing competitor so that in either case such competitor could effectively compete on the French bottled water market with Nestlé and BSN, Nestlé undertakes that, pursuant to the conditions set out below, it will make available for sale both brand names and sufficient capacity of water for bottling to such competitor as will permit that competitor to have not less than 3,000 million litres of water capacity per annum.

The brand names and sources to be divested are the following :

SPRING	CAPACITY (million litres)
Vichy	70
Thonon	330
Pierval	670
Saint Yorre	740
Saint Guilhem	200
Sainte Agathe	650
Plancoet	75
Carola	270

The above capacity figures represent the best knowledge of Nestlé. The capacity figures are approximate but Nestlé undertakes to have these figures confirmed by an expert opinion.

Subject to the prior approval of the Commission, Nestlé may substitute for the last four named water sources (Saint Guilhem, Sainte Agathe, Plancoet and Carola) other water sources, provided that the total sale achieves at least the stated amount of 3'000 million litres of water capacity and includes at least an equivalent balance of still mineral and spring water sources and brands as are accounted for by the sources and brands listed above.

Nestlé will be restrained from directly or indirectly providing any data that is less than one year old on its sales volumes to any trade association or any other entity which would provide that information to other competitors in the market in a form enabling other competitors to directly or by deduction identify the exact sales volumes of Nestlé. Nestlé agrees not to provide such data for as long as the present narrow oligopolistic market structure persists in the French bottled water market. Nestlé may at any time petition the Commission to show that market conditions and structure in the French bottled water market have changed sufficiently to allow a modification of this undertaking.

Nestlé agrees to hold separate from its own operations all assets and interests acquired from Perrier, until it has completed the sale of all

bottled water operations described above to a single entity which is approved by the Commission. The buyer must be an entity that has no structural, financial or personal relationships with Nestlé, Perrier or BSN, or any of the parent entities, or any of the subsidiaries of, or any officers, directors, employees, or agents of Nestlé, Perrier or BSN, which relationships are of such a nature that it would be unlikely that the buyer would compete effectively with Nestlé and BSN.

During the hold separate period, pending the sale of the assets to be divested, Nestlé also agrees that there will be no structural changes made in Perrier's business operations, such as the sale of a trademark or brand, the sale of a business unit, the closing of a manufacturing unit, or any disposal of similar major assets (including leasing, assigning or pledging of such assets) without prior Commission approval. Such approval will be deemed to be given if the Commission does not communicate in writing to Nestlé its opposition within 15 working days of the receipt of the notification of the intended structural change.

Until the divestiture required by this final order has been accomplished, Nestlé :

- a) shall take all reasonable steps to assure that the assets of the Perrier Group as a whole are maintained as distinct and saleable assets; and
- b) shall preserve the documents, books and records relating to Perrier.

During the hold separate period, Nestlé undertakes not to permit the Perrier management to transfer any business secrets, know-how, commercial information or any other industrial information or property rights of a confidential or proprietary nature that it obtains from Perrier to any other commercial entity within the Nestlé Group, nor to use any such information within the Nestlé Group other than for the purposes of selling the assets which are the subject of this commitment.

Nestlé agrees to sell the assets concerned by June 30, 1993. Nestlé shall be deemed to have complied with this obligation if, by June 30, 1993, it has entered into a binding contract for the sale of the divestiture

assets to a purchaser approved by the Commission, provided, that such sale is completed within a time limit agreed to by the Commission.

Nestlé shall take all reasonable steps to accomplish the above described divestiture on or before June 30, 1993. The Commission may, in its sole discretion, upon Nestlé's request and upon a showing of good cause at any time on or before June 30, 1993, extend said period for an additional three months.

Nestlé acknowledges that the approval of the purchaser by the Commission is of the essence for the acceptance of its undertaking by the Commission. The establishment of an effective competitor vis-à-vis Nestlé and BSN depends on the strength of the purchaser to develop the sources and brands which will be sold to it. The purchaser must in particular have :

- sufficient financial resources to develop a nation-wide distribution organization and to adequately promote the acquired brands; and
- sufficient expertise in the field of branded beverage or food products.

These are the two main criteria. The Commission will withhold approval only if it can show that the proposed purchaser will not be a credible competitor or is unlikely to compete effectively with Nestlé and BSN, despite meeting these two criteria.

Nestlé acknowledges that it will be a condition of the decision that Nestlé will not sell Volvic to BSN unless and until such time as it has fully completed the sale of the bottled water assets to be divested, it being understood that the sale of such assets is a prerequisite to a finding of compatibility with the common market.

Nestlé is enjoined and restrained from re-acquiring, directly or indirectly, any of the sources or brands which it divests pursuant to this undertaking, for a period of ten years from the date of the Commission decision, without the prior written approval of the Commission. In this

context, the Commission will take into consideration any changes in the market structure of the French bottled water market.

Without prejudice to its obligations under the Merger Regulation in respect of Community dimension mergers, Nestlé also undertakes to inform in writing the Commission of any acquisition of a bottled water entity in France with a market share of sales exceeding five percent (5 %), for a period of five years from the date of the Commission decision.

Yours sincerely,

NESTLE S.A.



Reto F. DOMENICONI
Executive Vice President

24.6.1992

KRITISCHES ZUR ARBEITSWEISE DER EUROPÄISCHEN MERGER TASK FORCE

Die nachstehenden Bemerkungen beziehen sich auf das vor dem Abschluss stehende Verfahren im Falle von Nestlé/Perrier und stammen aus der Sicht eines (auf Seite Nestlé) Beteiligten.

Die Merger Task Force (MTF) ist dabei ihre Untersuchung zur Uebernahme von Perrier durch Nestlé abzuschliessen. Sie wird sie, im Sinne einer Empfehlung an die beschliessenden Kommissäre, zunächst an die Vertreter der Mitgliedstaaten versenden, die in einer Abstimmung (die für die Kommissäre nur konsultative Wirkung hat) Stellung nehmen sollen. Im Rahmen der Diskussionen um die Vollmachten von EWG-Organen ist es von Interesse, die Arbeits- und Denkweise der MTF unter Sir Leon Brittan zu beobachten.

Die Aufgabe der MTF gleicht einer Navigation zwischen Szylla und Charybdis. Nehmen wir an, Szylla sei die Gefahr, dass Monopole entstehen, die zum Nachteil des Konsumenten reichen. Charybdis sei die Gefahr, dass wegen der Verhinderung von Firmenzusammenschlüssen nur ungenügend kräftige europäische Industrien entstehen oder sich weiter entwickeln können, um im weltweiten Wettbewerb zu bestehen. Die Nahrungsmittelindustrie dürfte ein Zweig sein, der sich gut für solche Ueberlegungen eignet.

In industrialisierten Ländern, in denen Kartellämter und ähnliche Institutionen wie die MTF bisher am stärksten aktiv wurden, ist die Nahrungsmittelindustrie u.a. folgendermassen gekennzeichnet :

- Stagnierender Markt, Verdrängungswettbewerb.

- Bereits starke und zunehmende Blockbildung auf Detailhandelsstufe mit Eigenmarken, zum Teil sogar rückwärts integriert. Zur geballten Abnahmekraft dieser Grossverteiler, die in den meisten Sektoren mit grosser Härte ausgespielt wird, können nur starke Unternehmen ein Gegengewicht darstellen. Ein Gleichgewicht liegt im langfristigen Interesse des Konsumenten.
- Zahlreiche multinationale Unternehmen konkurrenzieren sich stark.
- Ständig steigender Aufwand für Forschung und Entwicklung, Marketing und insbesondere Werbung.
- Erbitterte Kämpfe um Marktanteile, auch in Fällen, wo sich nur wenige, oft sogar nur zwei, Anbieter gegenüber stehen (zum Beispiel Coca-Cola + Pepsi-Cola).

Es wird im allgemeinen anerkannt, dass die Möglichkeit von Firmenübernahmen ein gesundes Regulativ darstellt, wenn diese nach Regeln erfolgen und in ihrer Ausdehnung durch Szylla begrenzt sind, also nicht zu Monopolen führen. Aufgrund der oben dargestellten Charakteristiken der Nahrungsmittelindustrie darf angenommen werden, dass die so qualifizierte Wünschbarkeit gewisser Firmenübernahmen gegeben sei. Dies soll, mit der gleichen volkswirtschaftlichen Begründung, auch für feindliche Uebernahmen gelten.

Die feindliche Uebernahme einer börsenkotierten Gesellschaft ist ein finanziell riskantes Unterfangen. Um so mehr sollte es sich wenigstens auf der Basis klarer und im Vornherein bekannter Spielregeln abwickeln können. In vielen Ländern gibt es inzwischen Regeln, welche Fairness gegenüber den Aktionären sichern und auch mehr oder weniger gut etabliert sind. Bei bedeutenden Uebernahmen in der EWG kommen die kartellrechtlichen Regelungen dazu. Das Vorgehen

der MTF im Falle Nestlé/Perrier legt den Schluss nahe, dass Grundprinzipien willkürlich ausgelegt und dazu noch während eines laufenden Verfahrens geändert werden. Soll der Rechtsweg gegen einen Beschluss der Kommission ergriffen werden, so muss mit einer Dauer von Jahren gerechnet werden. Bis zum Abschluss des Verfahrens kann der Erwerber sein Stimmrecht nur beschränkt und auch dann noch nur aufgrund von von Fall zu Fall einzuholenden Bewilligungen ausüben. Im Falle von Perrier bedeutet dies, dass ein Verwaltungsrat heute die Firma führt, der sich deutlich als Nestlé gegenüber feindlich deklariert hat. Dabei steht im Reglement der MTF, der Käufer müsse das Recht haben, den Wert seiner Investition zu schützen. Es ist klar, dass jemand, der zu Unrecht (nach allfälligem entsprechendem Beschluss der Kommission) einen Mitbewerber erworben hat, nicht in den Genuss der Früchte seines Tuns kommen darf, aber im konkreten Falle Perrier wird diese vorläufige Entmachtung so gehandhabt, dass nicht einmal Interventionen auf Sektoren, die weder direkt noch indirekt etwas mit Mineralwasser zu tun haben, erlaubt sind. Dies sieht nach Schikane aus.

Bevor auf einzelne, unserer Ansicht nach zu kritisierende Punkte, eingegangen wird, sei eine weitere Argumentation vorweggenommen :

Aus der obenerwähnten Kombination von Risiken (feindliches Uebernahmeangebot, unberechenbare Kartellkommission, zu übernehmende Firma unter Umständen während Jahren in der Schwebe) geht hervor, dass die in gewissen Fällen aus wirtschaftlichen Gründen wünschbare Uebernahme einer Firma zum unkalkulierbaren Risiko werden kann. Mitglieder der MTF haben Nestlé gegenüber erklärt, man hätte sie eben vorher fragen sollen. Diese Argumentation ist naheliegend, aber unrealistisch. Ein feindlicher Uebernahmekampf an der Börse kann nicht durch eine vier Monate dauernde Prozedur eingeleitet werden. Eine "diskrete" Konsultation ist aus

Gründen möglicher Insider-Tatbestände auch nicht angezeigt. Eine gründliche rechtliche Abklärung vor Eröffnung des Gebotes ist durch Nestlé erfolgt, wurde aber illusorisch, als die Spielregeln während des Erfahrens geändert wurden.

Nun die konkreten Illustrationen zu den oben gemachten kritischen Bemerkungen :

1. Im Falle Nestlé/Perrier versucht die MTF neues Recht während des Verfahrens zu schaffen, in dem sie sich zuständig erklärt, nicht nur Monopole, sondern auch Duopole zu beurteilen, was in den Reglementen nicht vorgesehen war.
2. Mit der Stipulierung, Nestlé und Perrier würden in Frankreich ein Duopol bilden und dies wohl missbrauchen, negiert die MTF erstens die Existenz einer starken, sich dynamisch entwickelnden dritten Kraft, nämlich die der Grossverteiler mit ihren eigenen Marken und mit der Ausnützung billiger lokaler Mineralwasserquellen und macht den beiden Firmen Nestlé und Perrier erst noch den Prozess für eine unterschobene Absicht, der kein konkreter Tatbestand zugrunde liegt. Coca-Cola und Pepsi-Cola liefern sich seit Jahrzehnten weltweit erbitterte Kämpfe. Im übrigen ist es Aufgabe der MTF Strukturen zu beurteilen. Verhaltensmissbräuche sind mit Art. 85/86 zu ahnden, was nicht im Aufgabengebiet der MTF liegt.
3. Die MTF hat willkürlich festgelegt, massgebend für ihre Position sei allein der französische Markt, da dort die Konzentration am höchsten sei. Willkürlich ist dies aus folgenden Gründen :
 - Die Verwendung einer politischen Grenze zur Definition eines Marktes, dem keine grenzüberschreitenden Hindernisse entgegenstehen, ist

nicht gerechtfertigt (eine geographische Distanz ab der Quelle könnte es gegebenenfalls sein wegen der Transportkosten).

Märkte sind begrenzt durch Faktoren wie Preisstrategien, Export/Importverhältnisse, Transportkosten, etc.

- Frankreich selber, welches die MTF beschützen will, hat klar zu Erkennen gegeben, dass es keinen Grund sieht, aus kartellrechtlichen Gründen gegen die Uebernahme vorzugehen.
4. Die MTF hat willkürlich das Produkte-Segment ganz eng auf stille Mineralwasser beschränkt, nachdem sie in früheren Urteilen (zum Beispiel Apollinaris-Schweppes) zur Erkenntnis kam, dass stille und kohlendioxidhaltige Wässer verschiedener Marken unter sich und sogar mit Softdrinks austauschbar und deshalb als ein Markt anzusehen sein.
 5. Auf Grund nachgewiesenermassen falscher Zahlen für den Gesamtmarkt für Frankreich sowie auf Grund der wiederum willkürlichen Ausklammerung des Effektes der dadurch entsteht, dass Nestlé Volvic an BSN abzutreten gewillt ist, gelangt die Kommission zu Marktanteilen von Nestlé im französischen Mineralwassergeschäft, welche 50% übersteigen. In der EWG beträgt der Anteil nur knapp 15% und sogar wenn man sich auf stille Wasser beschränken würde, aber einen vernünftigen Transportradius um die Quelle (von beispielsweise 500 Kilometer) als Markt ansehen würde, so läge der Marktanteil von Nestlé um 30%, was noch nie eine Kartellbehörde als Anlass zum Einschreiten genommen hat.
 6. Fusionskontrolle ist zukunftsgerichtete Betrachtung von Strukturen, die mögliche zukünftige Entwicklungen in

Betracht ziehen muss. Die MTF beurteilt den Fall Perrier aber wie eine Momentaufnahme.

Die Argumentation von Nestlé betreffend den effektiven Marktanteil stützt sich auf Untersuchungen unabhängiger Dritter, deren eine vor dem Fall Perrier erstellt wurde. Wenn es also schwer fällt zu verstehen, auf welche faktischen und kommerziellen Gründe sich die ablehnende Empfehlung der MTF stützt, so wird man versuchen, die echten Beweggründe zu suchen. Dazu sei politisch erfahrenen Kreisen viel Vergnügen gewünscht.

Es sei noch die Frage gestattet, wie ernst der Wähler in der EWG wohl die Absicht der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips durch die EWG-Kommission nehmen soll, wenn im vorliegenden Fall die Kommission einen Fall entscheiden sollte, indem sie sich dem Argumente der MTF anschliesst, Frankreich allein sei kritisch, wobei ja Frankreich selber über ein funktionierendes Kartellamt verfügt und erst noch, sogar auf Ministeriebene, bekannt gibt, im vorliegenden Falle keine Kartellprobleme zu sehen.

GRUNDSÄTZLICHE VERFAHRENSMÄNGEL BEI DER GENERALDIREKTION
FÜR WETTBEWERB DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION

Bei der Analyse der Ereignisse, die dem Übernahmeangebot Nestlé auf Perrier folgten, drängt sich der Schluss auf, dass die zur Zeit gültigen Verfahren zur Genehmigung einer derartigen Transaktion durch die Kommission mit Risiken für die wirtschaftliche Entwicklung von europäischen Unternehmen, die auf internationaler Ebene konkurrenzfähig sein müssen, behaftet sind. Auf der einen Seite muss die Generaldirektion für Wettbewerb die Konsumenten vor marktbeherrschenden Unternehmen schützen. Sie sollte andererseits das Unternehmenswachstum durch Akquisitionen nicht über Gebühr behindern. Akquisitionen bieten in manchen Fällen die einzige Möglichkeit, um in Märkten mit schwachen Zuwachsraten, wie dem europäischen Nahrungsmittelmarkt, zu wachsen.

Es lässt sich ganz allgemein bei den meisten Beamten die natürliche und menschlich verständliche Tendenz feststellen, ihre Befugnisse erweitern zu wollen. Um eine ungesunde Entwicklung zu vermeiden, sind daher in den anzuwendenden Verfahrensvorschriften Gegengewichte vorzusehen. Am Beispiel Nestlé/Perrier lässt sich aufzeigen, dass das heutige Verfahren in dieser Hinsicht ungenügend ist. Dass diesbezügliche Kritiken auch bei der Kommission nicht auf taube Ohren gestossen sind, lässt sich aus der vor kurzem aufgegriffenen Subsidiaritäts-Theorie schliessen. Im Fall Nestlé/Perrier trug man der Subsidiarität allerdings keine Rechnung.

Die Merger Task Force, die zur Generaldirektion für Wettbewerb gehört, stützte sich bei ihrer anfänglichen Ablehnung der Übernahme von Perrier durch Nestlé auf Meinungen und Tatsachen, die Nestlé niemals als begründet oder richtig anerkannt hat. Es ist im Nachhinein leider bedeutungslos, wer eigentlich recht hatte, und es ist auch nicht möglich, solche grundsätzlichen Ausgangsfragen einem Gericht oder einer anderen unabhängigen Instanz zu unterbreiten. Auf die Gründe dafür wird noch einzugehen sein. Ferner hat die Generaldirektion für Wettbewerb die Gelegenheit benutzt, während des Verfahrens neues Recht zu schaffen. In der Tat wurden nun plötzlich die Begriffe "Duopol" und "Oligopol" eingeführt, die es vorher in den Brüsseler Verordnungen nicht gab. Die Spielregeln wurden also während des Spieles geändert - ein höchst gefährliches Vorgehen für den Angreifer bei einer feindlichen Übernahme, kann sich dieser doch zu Beginn einer Operation nur auf bestehendes Recht stützen. Wirtschaftlich gesehen ist die Erhöhung des Risikos einer ohnehin schon heiklen Übernahmeaktion durch eine Text Perrier, S. 1

Aenderung der Spielregeln durchaus unerwünscht, sollen doch aus marktwirtschaftlichen Gründen Uebernahmeangebote ihre nützliche Rolle als Regulator spielen können.

Sobald einmal die negative Ausgangshaltung der Merger Task Force bekannt war, hatte Nestlé keine andere Wahl mehr, als einen Kompromiss auszuhandeln. Dieser konnte nur darin bestehen, dass ein gewichtiger Teil der Perrier-Gruppe im Bereich der Tafelwasser abgetreten würde. Hätte sich Nestlé anders entschieden, das heisst hätte sie die Richtigkeit ihrer Gegenargumente vor Gericht erfochten, dann wäre die Rechtswirksamkeit der Akquisition in der Schwebe geblieben. Nestlé hätte dann ihren Einfluss als faktischer Alleinbesitzer von Perrier nicht ausüben können, und dies während einer Zeitspanne zwischen zwei und fünf Jahren. Perrier hätte während dieser Zeit möglicherweise treuhänderisch geführt werden müssen, was sich auf den Wert der von Nestlé in Perrier getätigten Investition durchaus katastrophal hätte auswirken können.

Da Nestlé notgedrungen auf einen Prozess verzichtete, bleiben die von der Merger Task Force vertretenen Meinungen iuristisch unbestritten und werden damit wenn nicht Gesetz, so zumindest Praxis. Dies führt im Endergebnis dazu, dass die Generaldirektion für Wettbewerb erweiterte Befugnisse an sich gerissen hat, ohne dass beim gegenwärtig gültigen Verfahren eine reelle Möglichkeit bestünde, gegensätzliche Meinungen in die Wagschale zu werfen. Nur ein Mitgliedstaat könnte noch Einwände erheben, doch ist wenig wahrscheinlich, dass dies geschehen wird. Die Kommission wird bei der Entscheidungsfindung von den Kartellbehörden der Mitgliedstaaten unterstützt, die normalerweise nur ein Interesse haben, nämlich die Erweiterung der Befugnisse jeglicher Kartellbehörde.

Hinsichtlich der neuen Subsidiaritäts-Theorie, die von Sir Leon Brittan (dem für die Generaldirektion für Wettbewerb zuständigen Kommissar) nicht vollumfänglich geteilt zu werden scheint, fällt eine Einzelheit auf: im Fall Nestlé/Perrier hat die Merger Task Force entschieden, dass Frankreich der einzige relevante Markt sei. Warum hat sie dann ihre Befugnisse nicht dem französischen "Conseil de la Concurrence" abgetreten oder warum hat dieser nicht eine solche Abtretung gefordert? In der französischen Presse wurde die Meinung hoher Regierungsstellen zitiert, wonach Frankreich keinerlei Probleme mit einer Marktverteilung von einem Drittel an Nestlé, einem Drittel an BSN und einem Drittel dem bereits bestehenden dritten Marktteilnehmer, dem Handel und den lokalen Quellen, sehe.

Die Frage bleibt gestellt, ob das heute gültige Verfahren ein gleichgewichtiges Einbringen verschiedener Standpunkte und damit eine gesunde Entwicklung der Kartellgesetzgebung erlaubt. Die Frage hat ihre Bedeutung im Hinblick auf die künftige wirtschaftliche Entwicklung Europas.

Text Perrier, S. 2

14.7.1992

DEFAUTS FONDAMENTAUX DANS LES PROCEDURES DE LA DIRECTION
GENERALE POUR LA CONCURRENCE DE LA COMMISSION EUROPEENNE

Une analyse des événements, après l'OPA de Nestlé sur Perrier, démontre que les procédures actuellement en vigueur pour obtenir l'agrément de la Commission de la Communauté Européenne pour une telle transaction comportent des risques pour le développement économique des entreprises européennes qui tentent d'arriver à un niveau concurrentiel international. D'une part, la Direction Générale de la Concurrence doit veiller à ce que le consommateur soit protégé contre des industries dominantes. D'autre part, elle ne devrait pas empêcher, plus que nécessaire, la croissance des industries par voie d'acquisition. Cette voie d'acquisition est parfois la seule voie ouverte pour grandir dans des marchés à croissance faible, comme par exemple l'industrie alimentaire en Europe.

Chez la plupart des fonctionnaires en général, on peut observer une tendance naturelle et humaine à vouloir accroître leurs pouvoirs. Afin d'éviter une évolution malsaine, il faut que des contrepoids soient prévus par les procédures applicables. L'exemple Nestlé/Perrier paraît démontrer que les procédures actuelles font défaut à cet égard. La Commission semble vouloir tenir compte de certaines critiques, car elle a créé récemment la théorie de la subsidiarité. Cette théorie n'a cependant pas été suivie dans le cas Nestlé/Perrier.

La Merger Task Force, qui fait partie de la Direction Générale de la Concurrence, a basé son opposition initiale contre le rachat de Perrier par Nestlé sur des théories et des faits que Nestlé n'a jamais reconnu comme étant justifiés et corrects. Malheureusement, il importe peu de savoir qui a raison, car il n'est pas possible de soumettre

ces questions de fond à un tribunal ou à une autre instance, et ceci pour des raisons qui seront mentionnées plus loin. En plus, la Direction Générale de la Concurrence a profité de cette occasion pour créer un nouveau droit pendant la procédure, car elle a introduit les notions de duopole et d'oligopole qui n'étaient pas prévues auparavant dans la réglementation de Bruxelles. On peut donc dire que les règles du jeu ont été modifiées au cours du jeu, ce qui est extrêmement dangereux pour l'acquéreur dans le cas d'une OPA hostile, car il ne peut se baser que sur le droit existant au début de l'opération. Cette procédure augmente encore les risques déjà inhérents à une OPA hostile, ce qui, économiquement parlant, n'est pas souhaitable, parce que la théorie du marché libre doit prévaloir et que les OPA jouent un certain rôle de régulateur.

Une fois l'attitude négative de la Merger Task Force connue, Nestlé n'avait pas de choix, mais elle devait négocier un compromis qui ne pouvait consister que dans la revente d'une partie importante du groupe Perrier dans le secteur des eaux embouteillées. L'alternative pour Nestlé de vouloir défendre la validité de ses contre-arguments devant un tribunal aurait signifié que l'acquisition serait restée en suspens, c'est-à-dire que Nestlé n'aurait pas pu s'emparer du pouvoir dans Perrier, et ceci pour une période qui aurait pu varier entre deux et cinq ans. Perrier aurait éventuellement dû être gérée dans l'intervalle par une fiduciaire et ceci aurait pu être désastreux pour la valeur du patrimoine investi par Nestlé dans le groupe Perrier.

Si les théories de la Merger Task Force restent incontestées, par la nécessité pour Nestlé de renoncer à un procès judiciaire, cela signifie que les nouvelles théories deviennent sinon loi, au moins pratique. Le résultat final est que la Direction Générale de la Concurrence s'est emparée de pouvoirs additionnels, sans qu'il y ait eu, dans la procédure actuelle, une possibilité réelle de faire

valoir un contrepoids. Seul un état membre pourrait encore protester, mais il n'est pas vraisemblable qu'il le fasse. La Commission est assistée dans sa décision par les Autorités anticartellaires des pays membres qui, normalement, n'ont qu'un intérêt : celui d'augmenter le pouvoir de toute autorité anticartellaire.

Un détail a tout son intérêt, en vue de la nouvelle théorie de la subsidiarité à laquelle Sir Leon Britton (Commissaire responsable pour la Direction Générale de la Concurrence) ne paraît pas entièrement souscrire : dans le cas de Nestlé/Perrier, la Merger Task Force a stipulé que le seul marché critique était le marché national français. Or, pourquoi n'a-t-elle pas cédé ses pouvoirs au Conseil de la Concurrence français ou pourquoi ce Conseil n'a-t-il pas demandé que cette autorité lui soit cédée ? Dans la presse française, on a pu lire, selon des sources provenant d'un niveau élevé du gouvernement, que la France ne voyait aucun problème avec environ un tiers du marché avec Nestlé, un tiers avec BSN et un tiers avec la troisième force réellement déjà existante, c'est-à-dire la grande distribution et les sources locales.

Il nous paraît important pour l'évolution économique future de l'Europe de se poser la question de savoir si les procédures en vigueur actuellement garantissent l'équilibre des forces nécessaires pour que l'évolution de la réglementation soit saine.