



Kroniek Concentratiecontrole 2007

P.J. Kreijger, N. Lorjé, P. Schepens.¹

Voor het concentratietoezicht was 2007 geen spectaculair, maar wel een interessant jaar. Met name de wijziging van de Mededingingswet waarmee de dominantietoets, in navolging van het Europees concentratietoezicht, werd ingeruild voor de 'SLC-test' kan als een mijlpaal worden gezien. Daarnaast waren er drie vergunningsbesluiten, een aantal interessante eerste fase besluiten, oordeelde de Raad van State dat de Mededingingswet geen *lex specialis* ten opzichte van de Wet openbaarheid van bestuur is en maakte de NMa opnieuw duidelijk *gun jumping* niet te tolereren.

In lijn met de voorgaande kronieken zullen wij deze bijdrage inleiden met een cijfermatig overzicht, waarna procedurele en materiële ontwikkelingen zullen worden besproken.

De cijfers

In 2007 zijn 108 concentraties aangemeld (83 in 2004 en 80 in 2005, 135 in 2006). De NMa nam 106 besluiten, waarbij in vier gevallen een vergunning werd vereist. Overigens betreft het in een groot aantal gevallen verkorte besluiten; dit verslagjaar 69. In vier besluiten werd een vergunning vereist, vijf vergunningaanvragen werden weer ingetrokken, terwijl de NMa uiteindelijk drie maal een vergunning verleende. Ontheffing van het verbod van art. 34 Mw (art. 40 Mw) werd in 2007 eenmaal verleend. Opvallend is dat geen enkele informele zienswijze werd afgegeven (tegen 22 in 2006 en 46 in 2005). Het jaarbericht 2007 geeft als reden aan dat partijen liever een gesprek dan een informele zienswijze zouden aanvragen.

Nima Lorjé, Peter Schepens en Paul Kreijger zijn advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.

Wetgeving en beleid

Met de belangrijke aanpassing van de Mededingingswet op grond van de Evaluatiewet per 1 oktober 2007 loopt het Nederlands concentratietoezicht dogmatisch weer in de pas met het Europees concentratietoezicht: de dominantietoets werd vervangen door de 'SLC'-test, werd het voor de toepassing van het concentratietoezicht bepalende onderscheid tussen coöperatieve en concentratieve joint ventures verlaten en is een formele basis voor verbintenissen in de eerste fase geïntroduceerd (in hoeverre dit een succes wordt is overigens nog maar de vraag, nu de wet de implementatie van de concentratie verbiedt voordat de eerste fase remedie is uitgevoerd). Daarnaast werden de boetes voor overtreding van de bepalingen van het concentratietoezicht substantieel verhoogd. De eveneens in 2007 uitgevaardigde Boetecode formuleert ook voor overtredingen van bepalingen van concentratietoezicht het boetebeleid van de NMa zoals dit per 1 oktober 2007 wordt gevoerd. Daarnaast bracht de NMa op 21 september 2007 een herziene versie van haar richtsnoeren inzake remedies uit. Voor de Nederlandse praktijk is voorts van wezenlijk belang de publicatie door de Europese Commissie van de 'Consolidated Jurisdictional Notice' op 10 juli 2007, waarin de vier eerdere mededelingen (inzake volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen, betrokken ondernemingen, berekening van omzet en het begrip 'concentratie') zijn samengebracht en bij de tijd gebracht. Inmiddels is, overigens ruim een jaar later, de tekst in alle talen van de Gemeenschap in het Publicatieblad verschenen.

Afbakening van de relevante markt

De afbakening van de geografische markt kan in bepaalde productmarkten een technische exercitie blijken, met name

¹ Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

wanneer reistijden voor afnemers of transportafstanden voor het product van belang zijn. In de beton- en cementsector dient zich vanouds het probleem aan dat cement zich slechts over beperkte afstanden laat transporteren omdat het vloeibaar genoeg moet blijven om te gebruiken. Betonmortelcentrales ondervinden daarom primair concurrentiedruk van die centrales die gevestigd zijn binnen het gebied waarbinnen ze kunnen leveren, waarbij de overlap tussen de verschillende centrales en de dichtheid waarin deze over het land verspreid zijn tot (complexe) keteneffecten kan leiden. In de zaak *HeidelbergCement-NCD*² analyseert de NMa de concurrentiedruk binnen een cirkel van 40 kilometer rond een centrale, hetgeen correspondeert met gemiddeld 40 minuten reistijd. In die gebieden waar een marktaandeel van meer dan 40% resulteert volgt een nadere analyse, maar de uitkomst daarvan is geen aanleiding remedies of een vergunningaanvraag te eisen. Bij concentraties in de supermarktsector analyseert NMa de reistijden van consumenten naar de verschillende bij de concentratie betrokken vestigingen. Daarbij ontwikkelt zich inmiddels als vaste praktijk dat rond de betrokken supermarkten een cirkel wordt getrokken met een straal die 15 minuten reistijd per auto vertegenwoordigt, waarna binnen deze cirkel de marktaandelen worden berekend. Blijven deze onder de 50%, dan wordt in de regel geen probleem aangenomen. Zo ook in het besluit *Sperwer – Sligro – Spar – Meermarkt – Attent*.³ Ofschoon in drie van de betrokken gebieden het gezamenlijk marktaandeel boven de 50% uitkwam, wees nader onderzoek uit dat er ook dan voldoende concurrentiedruk overbleef. In het besluit *Cosun-CSM* wordt vergunning verleend aan de combinatie van de enige twee Nederlandse producenten van suiker, met een marktaandeel van 100% indien zou worden uitgegaan van een Nederlandse markt. De NMa beoordeelt de zaak evenwel in het licht van de recente hervorming van de Europese marktordening voor suiker. Deze blijkt te resulteren in de mogelijkheid van concurrentiedruk van buiten Nederland. Aan de hand van de suikerprijs en de transportkosten wordt berekend binnen welk gebied winstgevend export naar Nederland nog winstgevend zou zijn. In het aldus afgebakende gebied blijken de marktaandelen van Cosun en CSM beperkt en kan de gevraagde vergunning worden verleend.

In de zaak *Nuon-Essent*⁴ hanteert de NMa, in navolging van haar Visiedocument Concentraties Energiemarkten uit 2006, bij de afbakening van de productie- en groothandelsmarkt voor elektriciteit een onderscheid dat op *tijd* is gebaseerd, gezien de bijzondere karakteristieken van deze markt (zo kan elektriciteit niet bewaard worden en fluctueert het aantal aanbieders dat aan extra vraag kan voldoen per moment van de dag). Dit leidt tot een onderscheid tussen de markt tijdens piekuren (op werkdagen van 7:00 tot 23:00 uur) en daarbuiten, waarbij de laatste markt in geografisch opzicht tevens Duitsland omvat, gelet op het wegvallen van importrestricties buiten de piekuren.

Nevenrestricties

In het besluit *CIMC – Burg*⁵ hadden de partijen de NMa gevraagd om een uitspraak over een niet-wervingsbeding in de *Share Purchase Agreement*. Het beding was opgesteld in het kader van een ontvlechting die vooraf aan de melding mededingingsrechtelijke bezwaren moest wegnemen. Het niet-wervingsbeding zag op alle werknemers die vanaf 2005 tot en met de transactiedatum in dienst bij Burg Industries zijn, of waren geweest, en zou voor de duur van twee jaar gelden. De NMa ging echter alleen akkoord met het beding voorzover het ging om werknemers die op de transactiedatum bij Burg Industries in dienst waren.

In het besluit *SPIE Nederland – SAG Controlec*⁶ ging de NMa akkoord met een non-concurrentiebeding voor de duur van twee jaar waarin SAG GmbH zich moest onthouden van het opzetten van concurrerende bedrijfsactiviteiten of het verwerven van een controlerend belang in een concurrent van SPIE Nederland. In het besluit *Van Bolderik Bouwgroep – Smeets Groep*⁷ beoogden de partijen een niet-wervingsbeding en een non-concurrentiebeding. De NMa ging akkoord, zij het dat het niet-wervingsbeding alleen geoorloofd was ten aanzien van medewerkers van Smeets Groep die belangrijke knowhow met betrekking tot de activiteiten van Smeets groep hadden. Dezelfde redenering gebruikte de NMa in het besluit *Agerland – U. Twijnstra Veevoeders*.⁸ In het besluit *Toyota Material Handling – Toyota Industrial*⁹ was er onder andere sprake van een niet-wervingsbeding ten aanzien van leveranciers en klanten. De NMa ging akkoord met een niet-wervingsbeding dat gold ten aanzien van klanten en leveranciers van de onderneming TIEN die op het moment van overdracht of een jaar daarvoor klant of leverancier van TIEN waren.

Remedies

Op 21 september 2007 publiceerde de NMa een herziene versie van haar richtsnoeren remedies. De nieuwe richtsnoeren beogen de ervaringen van de NMa sinds de vorige richtsnoeren uit 2002 te verwerken, sluiten aan bij het beleid van de Commissie en de uitkomsten van de studie van de Commissie naar de effectiviteit van remedies in de periode 1996-2005 en houden rekening met de per 1 oktober 2007 ingevoerde formele basis voor voorwaarden en beperkingen in een eerste fase besluit. De richtsnoeren bevatten geen fundamentele

2 Besluit van 5 maart 2007, *HeidelbergCement-NCD*, zaak 5932.

3 Besluit van 24 september 2007, *Sperwer – Sligro – Spar – Meermarkt – Attent*, zaak 6145.

4 Besluit van 21 mei 2007, *Nuon-Essent*, zaak 6015.

5 Besluit van 18 mei 2007, *CIMC – Burg*, zaak 5883.

6 Besluit van 30 januari 2007, *SPIE Nederland – SAG Controlec*, zaak 5936.

7 Besluit van 3 augustus 2007, *Van Bolderik Bouwgroep – Smeets Groep*, zaak 6133.

8 Besluit van 12 februari 2007, *Agerland – U. Twijnstra Veevoeders*, zaak 5958.

9 Besluit van 24 januari 2007, *Toyota Material Handling – Toyota Industrial*, zaak 5945.

breuk met het verleden. Op het oog lijken zij iets liberaler ten opzichte van gedragsremedies in de eerste fase, daarnaast worden de randvoorwaarden voor gedragsremedies en quasi-structurele remedies nader uitgewerkt.

In de zaak *Nuon – Essent*¹⁰ hadden de partijen reeds in de meldingsfase een remedievoorstel gedaan. In deze zaak waarin Essent en Nuon wilde fuseren vermoedden de partijen dat de NMa mogelijk bezwaren had ten aanzien van de groothandelsmarkt voor elektriciteit. Het remedievoorstel bestond uit het afstoten van een hoeveelheid megawatt productiecapaciteit. De gedachte was dat indien de partijen een hoeveelheid productiecapaciteit zouden afstoten zij dan minder invloed op de elektriciteitsprijs tijdens piekuren zouden kunnen uitoefenen. De NMa voorzag echter op meerdere markten bezwaren en was bovendien niet overtuigd dat het remedievoorstel voldoende was om de bezwaren op de groothandelsmarkt voor elektriciteit weg te nemen. Zij verwees naar eerdere beschikkingen waarin zij had aangegeven dat remedievoorstellen in de meldingsfase enkel geaccepteerd kunnen worden indien de mededingingsproblemen helder zijn en door het remedievoorstel zonder twijfel volledig worden opgelost.

Ook in de zaak *Mecom – Wegener*¹¹ werden remedies in de eerste fase aangeboden. Het voorstel hield in dat Mecom binnen een aantal maanden na de melding de uitgevermaatschappij 'De Trompetter' aan een door de NMa goedgekeurde derde zal doorverkopen. Volgens de NMa moest het af te stoten bedrijfsonderdeel voldoende levensvatbaar zijn om duurzaam met Mecom te kunnen concurreren. Het moet dan ook voldoende personeel en klanten meekrijgen. De NMa achtte dat hier het geval en ging akkoord met het voorstel.

Het begrip 'onderneming'

In het besluit *RTL NL – Radio 538* ging het om de vraag of de overdracht van televisiecontent kan worden gekwalificeerd als 'overdracht van een deel van een onderneming'. Volgens de NMa is dat het geval indien het om een bedrijfsactiviteit gaat waarvan de omzet afzonderlijk kan worden vastgesteld die een duurzame verandering in de structuur van de markt teweegbrengt. Dit was volgens de NMa het geval aangezien er een aanzienlijke hoeveelheid content naar RTL overging waarmee RTL advertentie-inkomsten kan genereren. Wat de duurzame verandering in de marktstructuur betreft, merkt de NMa op dat in de markt voor televisiecontent reeds gesproken wordt van duurzame exploitatie indien men over rechten (om content uit te zenden) beschikt voor bepaalde duur.¹²

Zorgsector

In 2007 zijn er verschillende fusies in de zorgsector geweest. Hierbij heeft de NMa moeten oordelen over de invulling van verschillende criteria. Zo keek de NMa naar het ontstaan of versterken van een (collectieve) economische machtspositie, mogelijk compenserende afnemersmacht en het verdwijnen van potentiële concurrentie. Deze besluiten geven een goed inzicht hoe de NMa omgaat met fusies in deze snel veranderende markt.

Zorgketen effecten

De NMa heeft in het besluit *Vivre – GroeneKruisDomicura*¹³ geconstateerd dat er een duidelijke trend in de richting van ketenzorg waarneembaar is. De reden hiervoor is dat zorginstellingen een vertrouwensrelatie met cliënten opbouwen. Het voorportaal ligt mogelijk bij de aanbieders van thuiszorg, zij hebben immers direct contact met de cliënten waardoor een vertrouwensrelatie wordt opgebouwd. Vervolgens kunnen zij deze cliënten gemakkelijker doorgeleiden naar eigen intramurale instellingen aangezien cliënten geneigd zijn om voor aanbieders te kiezen waarmee zij het meest vertrouwd zijn. Zorgaanbod onder dezelfde merknaam is derhalve een effectief middel om klanten voor langere tijd aan de organisatie te binden.

In deze zaak wilde GroeneKruisDomicura (GKD) dat actief is in de thuiszorg, fuseren met Vivre dat actief is op het gebied van verzorgingshuiszorg.

De NMa had reeds in een eerder besluit¹⁴ geconcludeerd dat de voorportaalfunctie vooral effectief is voor de doorgeleiding van cliënten vanuit de thuiszorg naar verzorgingshuiszorg, en niet zo zeer naar verpleeghuiszorg.

Het marktaandeel van GKD op het gebied van thuiszorg werd door de partijen ingeschat op 70-80%. Volgens de NMa zou de fusie kunnen leiden tot de versterking van de positie van Vivre op het gebied van verzorgingshuiszorg. De NMa oordeelde echter dat er twee belangrijke argumenten waren waardoor de mogelijke versterking van de positie van Vivre gerelativeerd zou moeten worden. Het marktaandeel van GKD stond in toenemende mate onder druk doordat aanbieders van extramurale zorg in toenemende mate buiten de traditionele zorggebieden treden. In het kader van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO), die op 1 januari 2007 in werking trad, moet huishoudelijke zorg worden aanbesteed. Hierdoor hebben ook andere thuiszorgaanbieders een gunning verworven in het verzorgingsgebied van GKD. Ten slotte zorgen de wachtlijsten bij de verzorgingshuizen, waaronder Vivre, ervoor dat het keteneffect wordt belemmerd. Ondanks de plannen om de capaciteit uit te breiden is de verwachting, mede gelet op de toenemende vergrijzing, dat de wachtlijsten nog langere tijd zullen bestaan. De NMa keurde de voorgenomen concentratie dan ook goed. In het besluit *SVRZ – Allévo* keurde de NMa met een gelijke motivering de concentratie tussen de thuiszorginstelling SCRZ en de verzorgingshuiszorginstelling Allévo goed.¹⁵

10 Besluit van 21 mei 2007, *Nuon – Essent*, zaak 6015.

11 Besluit van 24 oktober 2007, *Mecom – Wegener*, zaak 6114.

12 Besluit van 13 augustus 2007, *RTL – Radio 538*, zaak 6126.

13 Besluit van 8 januari 2007, *Vivre – GroeneKruisDomicura*, zaak 5924.

14 Besluit van 4 november 2005, *De Basis – Thuiszorg Gooi en Vechtstreek – Vivium*, zaak 4212, rn. 107.

15 Besluit van 29 januari 2007, *SVRZ – Allévo*, zaak 5882.

(Collectieve) Economische machtspositie

In *Achmea – Agis* en *CZ – Delta Lloyd* onderzoekt de NMa of er sprake is van een individuele economische machtspositie op een landelijke markt voor zorgverzekeringen.¹⁶ De NMa overweegt in beide zaken dat het een zeer beweeglijke markt is en dat er een aantal grote concurrenten op de markt actief is. De NMa concludeert daarom dat er geen economische machtspositie zal ontstaan of zal worden versterkt.¹⁷

In beide bovengenoemde zaken onderzoekt de NMa of er mogelijk sprake is van een collectieve machtspositie. Ook bij deze beoordeling overweegt de NMa dat er geen stabiele marktsituatie is en dat in de toekomst productinnovatie te verwachten is. Bovendien bestaan er vele verschillen tussen de aangeboden aanvullende verzekeringen en is er geen symmetrie in de kostenstructuur van de verschillende zorgverzekeraars. Verder was er ook niet aan de andere *Airtours*-criteria voor het vaststellen van een collectieve machtspositie voldaan.¹⁸ De NMa concludeert dan ook dat de concentratie niet tot een collectieve machtspositie zal leiden.¹⁹

Compenserende afnemersmacht

In *Adhesie – Mediant – RIAGGZ over de IJssel – Zwolse Poort* beoordeelt de NMa de fusie van een aantal aanbieders van klinische en niet-klinische geestelijke gezondheidszorg (GGZ).²⁰ In *AMC De Meren – JellinekMentrum* onderzoekt de NMa een fusie tussen aanbieders van klinische en niet-klinische psychiatrische zorg.²¹ In beide besluiten herhaalt de NMa haar conclusie uit eerdere besluiten dat het onvoldoende aannemelijk is dat zorgkantoren voldoende compenserende afnemersmacht hebben.²² De NMa geeft aan dat dit nog steeds het geval is gezien de nog altijd van toepassing zijnde contracteerplicht.²³ De NMa overweegt verder dat een deel van de geestelijke gezondheidszorg in 2008 zal worden overgeheveld naar de Zorgverzekeringswet en dat de zorgverzekeraars daarom een aandeel zullen hebben in de onderhandelingen. Het is volgens de NMa echter nog onzeker of de

zorgverzekeraars compenserende afnemersmacht zullen krijgen en in welke mate. De NMa komt daarom tot het oordeel dat zij hier nog geen rekening mee kan houden.²⁴

Potentiële concurrentie

In *Adhesie – Mediant – RIAGGZ over de IJssel – Zwolse Poort* werd verder gekeken naar mogelijke concurrentiedruk door potentiële toetreding. Met betrekking tot klinische GGZ-zorg geeft de NMa aan dat, door onder andere wettelijke toetredingsdrempels, er sprake is van hoge toetredingsdrempels. In de niet-klinische GGZ ligt dit anders, daar is toetreding wel mogelijk. Op het moment van het besluit is toetreding echter nog moeilijk door de wijze van financieren van niet-klinische zorg. In 2008 zal de financieringswijze veranderen, maar het is niet duidelijk of toetreding hierdoor eenvoudiger wordt. De NMa komt dan ook tot de conclusie dat er onvoldoende reden is aan te nemen dat er voldoende concurrentiedruk uit zal gaan van potentiële toetreders.²⁵

In *AMC De Meren – JellinekMentrum* gaat de NMa dieper in op de mogelijke potentiële concurrentie op de markt voor klinische GGZ in de regio Amsterdam/Diemen. De NMa herhaalt ook hier dat de toetredingsdrempels aanzienlijk zijn. Specifieke drempels in de regio Amsterdam/Diemen zijn het vinden van een geschikte locatie en het verkrijgen van budget. Potentiële toetreding is in beginsel het meest waarschijnlijk door

- i. zorgaanbieders in Amsterdam/Diemen die momenteel geen klinische GGZ aanbieden en
- ii. aanbieders van klinische GGZ die momenteel niet in Amsterdam/Diemen actief zijn.²⁶

(i) Zorgaanbieders die geen klinische GGZ aanbieden

In de betreffende regio bestonden een aantal regionale instellingen voor beschermd wonen (RIBW's). Deze instellingen hadden reeds bewoners die GGZ-patiënten waren, waarbij de behandelaars vaak naar de RIBW's toe kwamen. Uitbreiding van de dienstverlening met GGZ-behandelingen is volgens de NMa dan ook een reële optie. Dit bleek ook uit het feit dat een aantal RIBW's reeds een toelating voor GGZ-behandeling had aangevraagd. De NMa erkent dat het opbouwen van expertise tijd kost, maar is toch van mening dat er (beperkte) potentiële concurrentiedruk van RIBW's uit gaat.

(ii) GGZ-instellingen buiten de regio

Het reisgedrag van patiënten was volgens de NMa niet zodanig dat GGZ-aanbieders uit aangrenzende regio's actuele concurrentiedruk uitoefenden. De aanbieders uit andere regio's waren bovendien niet actief in het werven van patiënten uit Amsterdam/Diemen. De NMa overweegt dat de sector, mede dankzij de gedeeltelijke overheveling naar de Zorgverzekeringswet, in transitie is. Dit kan er in de toekomst toe leiden dat patiënten meer op prijs/kwaliteit letten. Bovendien kunnen aanbieders van niet-klinische GGZ in Amsterdam/Diemen patiënten gaan verwijzen naar een klinische ketenpartner die buiten de regio ligt. De NMa is dan ook van mening

16 Besluit van 25 juli 2007, *Achmea – Agis*, zaak 6128; Besluit van 20 augustus 2007, *CZ-Delta Lloyd*, zaak 6148.

17 Zaak 6128, randnr. 36 en zaak 6148, randnr. 19.

18 Zaak T-342/99, *Airtours vs. Commissie*.

19 Zaak 6128, randnr. 44 en zaak 6148, randnr. 26.

20 Besluit van 25 juli 2007, *Adhesie – Mediant – RIAGGZ over de IJssel – Zwolse Poort*, zaak 5775.

21 Besluit van 3 augustus 2007, *AMC De Meren – JellinekMentrum*, zaak 6068 (vergunning is verleend op 16 april 2008).

22 Zie zaken 4988/*Oosterlengte – Thuiszorg Groningen – Sensire*, randnr. 84 en zaak 5603/*Zorggroep Noord-Limburg – Thuiszorg Midden-Limburg – Land van Gelre en Gulick*, randnr. 62.

23 Zaak 6068, randnrs. 63-64.

24 Zaak 5775, randnr. 74 en zaak 6068, randnr. 65.

25 Zaak 5775, randnrs. 45-49.

26 Zaak 6068, randnrs. 90-95.

dat er potentiële concurrentiedruk uitgaat van aanbieders buiten de regio Amsterdam/Diemen.²⁷

In *Parnassia – Bavo Europoort* behandelt de NMa het bestaan van mogelijke potentiële concurrentie op het gebied van niet-klinische GGZ.²⁸ Deze zaak verschilt van de *AMC De Meren – JellinekMentrum* zaak omdat het hier een fusie van partijen uit verschillende geografische regio's betrof. Bij het beoordelen van het bestaan van potentiële concurrentie sluit de NMa aan bij de richtsnoeren van de Europese Commissie.²⁹ De NMa concludeert dat er, na het wegvallen van de mogelijk potentiële concurrentie van partijen, nog voldoende potentiële concurrentie uit aangrenzende regio's overblijft.³⁰

Collectieve machtspositie

In *CIMC – Burg* waren partijen onder andere actief op het gebied van de productie van standaard ISO tankcontainers en gerelateerde diensten.³¹ De NMa onderzoekt of een collectieve machtspositie op de markt voor standaard ISO tankcontainers bestaat. De NMa neemt hierbij als leidraad de vier *Airtours*-criteria zoals door het Gerecht van Eerste Aanleg ontwikkeld.³²

Bij het beoordelen van de eerste voorwaarde (het komen tot een verstandhouding), gaat de NMa in op de marktstabiliteit en de symmetrie tussen de concurrenten. Er was sprake van een fluctuerende vraag en asymmetrie (die bestond in marktaandeel, capaciteit en kosten). Bij het beoordelen van de tweede voorwaarde (controleren of de verstandhouding wordt nageleefd), geeft de NMa aan dat de transparantie kleiner is indien er sprake is van bilaterale onderhandelingen. De afnemers bevestigden dat zij geen prijzen doorgaven en de NMa komt dan ook tot de conclusie dat er slechts beperkte transparantie is. Er was volgens de NMa ook niet aan de derde voorwaarde voldaan (geloofwaardig disciplineringsmechanisme). Burg Intermodal had voorlopig geen mogelijkheid CIMC te disciplineren. CIMC had wel wat restcapaciteit, maar uit het besluit blijkt niet of dit voldoende was voor het disciplineren. De vierde voorwaarde wordt niet besproken omdat niet aan de eerste drie voorwaarden voldaan is.

Beoordeling (hoge) marktaandelen

In *Mecom – Wegener* hadden partijen op een aantal regionale lezersmarkten voor regionale en landelijke dagbladen een marktaandeel van 80 tot 90%. Ook al was de toevoeging van het marktaandeel klein, de NMa is van mening dat bij zeer hoge marktaandelen iedere toevoeging met terughoudendheid moet worden benaderd.³³ De toevoeging van het marktaandeel werd echter veroorzaakt door een minderheidsdeelneming van Wegener in het Algemeen Dagblad. De NMa overweegt dat wanneer abonnees van de regionale dagbladen willen overstappen, zij alleen naar een landelijk dagblad over kunnen stappen. Van deze landelijke dagbladen passen de lezersprofielen van de Telegraaf en het Algemeen Dagblad het best bij de lezersprofielen van lezers van regionale dagbladen. Het marktaandeel van de Telegraaf was echter vele malen hoger dan het marktaandeel van het Algemeen

Dagblad. Het Algemeen Dagblad zou daarom slechts beperkt profiteren van een eventuele prijsstijging bij de regionale dagbladen van Mecom. Bovendien had Wegener slechts een minderheidsbelang in het Algemeen Dagblad. Het is daarom onwaarschijnlijk dat een prijsverhoging een winstgevend strategie is.

In dezelfde zaak onderzoekt de NMa ook de markt voor lokale en regionale advertenties. In Oost-Brabant kwamen de gecombineerde marktaandelen van partijen ruim boven de 50% te liggen. De NMa overweegt dat partijen, zowel qua marktaandelen, verspreidingsgebied als financiële slagkracht, vele malen groter zijn dan de naaste concurrenten. De NMa overweegt verder dat concurrenten bovendien meestal meer lokaal zijn georiënteerd. De concurrenten zijn volgens de NMa dan ook met name actief aan de onderkant van de markt (relatief eenvoudige bladen) terwijl partijen aan de bovenkant van de markt zijn gesitueerd (kwalitatief goede uitgaven met relatief hoge oplagen en een groot verspreidingsgebied). De NMa concludeert dat partijen elkaars grootste concurrenten zijn en dat de concurrentiedruk van andere partijen relatief beperkt is.

Hiervoor is reeds *Cosun–CSM* aangehaald. Ofschoon, gelet op de afbakening van de geografische markt, het gecombineerde marktaandeel beperkt bleef en deze zaak dus in zoverre niet in deze paragraaf thuishoort, is zij wel illustratief voor het effect dat liberalisering en/of wijziging van het regelgevend kader kan hebben in zaken waar voorheen een (bijna) monopolie zou zijn ontstaan (Cosun en CSM zijn immers de enige Nederlandse suikerproducenten).

In het eerder genoemde besluit *Nuon–Essent* concludeert de NMa dat waar de marktpositie van producenten van elektriciteit op de naar tijdstip afgebakende markten voor productie en groothandel van elektriciteit fluctueert, een 'klassieke' marktaandeelanalyse minder geschikt is, zodat zij tevens (naast bijvoorbeeld de HHI) onder meer de 'pivotal supplier index' hanteert. Met dit econometrisch instrument wordt bezien op welke momenten de capaciteit van een bepaalde producent noodzakelijk is ('pivotal') om aan de extra vraag te doen, welke producent op die momenten marktmacht heeft, aldus de NMa.

De fusie tussen de Bloemenveiling Aalsmeer en Bloemenveiling FloraHolland wordt in de tweede fase goedgekeurd, ofschoon het hier twee van de drie grote bloemenvei-

27 Zie ook besluit van 7 maart 2007, *Parnassia – Bavo Europoort*, zaak 5979. In deze zaak kwam de NMa, op basis van een minder uitgebreide analyse van de markt, tot ongeveer dezelfde conclusie.

28 Zaak 5979.

29 *PbEU* 2004, C 31/5, randnrs. 58-60.

30 Zaak 5979, randnrs. 17-24.

31 Zaak 5883.

32 Zaak T-342/99, *Airtours vs. Commissie*.

33 Zaak 6114, randnr. 42.

lingen in Nederland betreft.³⁴ Na een uitvoerig onderzoek onder circa 1500 telers en 500 inkopers van sierteeltproducten (groothandels en bloemisten) concludeert de NMa dat de relevante geografische markt voor het vermarkten van sierteeltproducten ten minste de Europese Unie omvat. Een *critical loss* analyse (het woord 'marktaandeel' komt in het besluit niet voor – het is dan ook illustratief voor de toepassing van meer kwantitatieve, directe analyse) wijst uit dat een structurele prijsverhoging door de nieuwe combinatie zou resulteren in een zodanige mate van uitwijking naar alternatieve kanalen, dat zij daardoor voldoende gedisciplineerd worden.

Toetredingsdrempels

In *Mecom – Wegener* hadden partijen aangegeven, ter relativering van de hoge marktaandelen (zie hierboven), dat er lage toetredingsdrempels waren voor huis-aan-huisbladen. De NMa herhaalt haar conclusie uit eerdere besluiten dat er wel toetredingsdrempels zijn, maar dat deze relatief beperkt zijn aan de onderkant van de markt.³⁵ De NMa geeft nogmaals aan dat partijen over het algemeen aan de bovenkant van de markt actief zijn en dat het niet aannemelijk is dat zij voldoende concurrentiedruk ervaren van huis-aan-huisbladen aan de onderkant van de markt. Diverse marktpartijen gaven bovendien aan dat de markt in Oost-Brabant verzadigd is en dat zij niet konden of wilden toetreden. Deze gebrekkige bereidheid uit te breiden hangt volgens de NMa samen met de strategieën van partijen. Zo zouden zij de prijzen verlagen en tijdelijk zogenaamde vechttitels gebruiken met het doel toetreders te weren. Enkele uitgevers hadden wel plannen om uit te breiden, maar volgens de NMa is het niet aannemelijk dat deze partijen door zullen groeien naar de bovenkant van de markt.

In *Nuon – Essent* gaat de NMa in op de toetredingsdrempels op de markt voor levering van elektriciteit aan eindgebruikers en de markt voor levering van gas aan kleinverbruikers.³⁶ In beide markten benadrukt de NMa dat hoge investeringskosten nodig zijn voor het toetreden tot de markt. Het terugverdienen van de investeringskosten wordt door een aantal factoren bemoeilijkt. Ten eerste bestaat er een lage bereidheid tot overstappen bij consumenten. Dit wordt bevestigd door de lage marktaandelen die nieuwe concurrenten hebben weten te bemachtigen in de afgelopen jaren. Ten tweede vormt het *dual fuel*-karakter van de markt een toetredingsdrempel. *Dual fuel* houdt in dat elektriciteit en gas als één product worden aangeboden. Leveranciers die zowel elektriciteit en gas aan kunnen bieden hebben derhalve een voordeel en worden de toetredingskosten verhoogd. Naast

deze twee belangrijke drempels was er bij de levering van elektriciteit ook sprake van een sourcing- en onbalansrisico voor partijen die geen eigen productiecapaciteit hebben. Bij de levering van gas werd de toegang tot L-gas en de eis van GasTerra dat haar afnemers een bankgarantie van twee maanden moeten geven als toetredingsdrempels gezien.

Potentiële concurrentie

In *Mecom – Wegener* herhaalt de NMa de regels uit de richtsnoeren van de Europese Commissie voor de beoordeling van horizontale concentraties. In deze zaak werd Wegener gezien als potentiële concurrent in Limburg. De NMa gaat in op de positie van Mecom op de markt voor lokale en regionale advertenties in Limburg en behandelt daarna de twee voorwaarden uit de richtsnoeren:

- i. heeft de potentiële concurrent reeds een sterk beperkende invloed of zal deze uitgroeien tot een daadwerkelijke concurrent en
- ii. zijn er voldoende andere potentiële concurrenten aanwezig.

De NMa herhaalt dat partijen gezamenlijk een hoog marktaandeel hebben en dat er maar één grote concurrent is waardoor de concentratiegraad zeer hoog is. Daarnaast was er sprake van hoge toetredingsdrempels (zie hierboven) en dus nam de NMa aan dat Mecom een machtspositie heeft in Limburg. De NMa gaat daarna in op de vraag of Wegener reeds een sterk beperkende invloed uitoefende. Uit het onderzoek van de NMa bleek niet dat dit het geval was. De NMa kijkt daarna of Wegener zou zijn uitgegroeid tot een daadwerkelijke concurrent. De NMa acht dit zeer waarschijnlijk en komt dan ook tot de conclusie dat aan deze voorwaarde voldaan is. Bij de bespreking van de tweede voorwaarde beperkt de NMa zich tot een aantal algemene observaties. Zo geeft de NMa aan dat het de vraag is of de andere grote speler in staat is voldoende concurrentiedruk te ontwikkelen. Daarnaast heeft de NMa geen signalen en aanwijzingen gekregen dat andere uitgevers toe zouden kunnen treden en daarom is ook aan de tweede voorwaarde voldaan.³⁷

In *KPN – Tiscali* fuseerde KPN niet met een mogelijke concurrent, maar keek de NMa naar het bestaan van mogelijke potentiële concurrenten die de positie van partijen relativerde.³⁸ KPN was van mening dat breedbandtoegang via glasvezel (potentiële) concurrentiedruk uitoefende op de retailmarkt voor breedband. De NMa keek naar de uitrol van glasvezel in Nederland en geeft aan dat het nog niet zeker is met welke snelheid dit zal gebeuren. Daarnaast was er volgens de NMa ook onzekerheid over het overstapgedrag van consumenten. In sommige wijken hadden bewoners het eerste jaar gratis toegang gekregen en hier was de penetratiegraad hoger dan in wijken waar consumenten moesten betalen. De NMa houdt het bij algemene opmerkingen over de uitrol en penetratie en komt niet tot een schatting van het percentage dat zal overstappen en hoeveel verlies de huidige aanbieders hier mogelijk door gaan lijden. De NMa komt tot de conclusie

34 Besluit van 21 augustus 2007, *Bloemenveiling Aalsmeer – FloraHolland*, zaak 5901.

35 Zie zaak 1528/*Wegener Arcade – VNU Dagbladen*, randnr. 241 en zaak 1538/*De Telegraaf – De Limburger*, randnr. 203.

36 Zaak 6015.

37 Zaak 6114, randnrs. 105-135.

38 Zaak 5807.

dat de concurrentiedruk van glasvezel voorlopig nog beperkt zal zijn.

Verticale effecten

In meerdere zaken is de NMa dieper ingegaan op mogelijke verticale effecten van concentraties. Hierbij lijkt de NMa de recent gepubliceerde richtsnoeren met betrekking tot niet-horizontale fusies te volgen.³⁹ De NMa kijkt namelijk naar de prikkel en de mogelijkheid gedrag te vertonen dat zal leiden tot uitsluitingseffecten.⁴⁰

In *Essent – Westland* geeft de NMa aan dat het voor Essent wel mogelijk zou zijn concurrenten uit te sluiten op de markt voor de productie, groothandel en levering van elektriciteit.⁴¹ Aangezien de stijging van het marktaandeel echter gering is komt de NMa tot de conclusie dat de prikkel tot uitsluiting niet op basis van de concentratie zou ontstaan. Concurrenten zouden bovendien voldoende afzetmogelijkheden houden en het was daarom onzeker of de uitsluitingseffecten zouden plaatsvinden.⁴²

In *Mecom – Wegener* onderzoekt de NMa de verticale relatie van partijen op het gebied van drukkerijactiviteiten en distributie.⁴³ Mecom verkocht echter maar een beperkt deel van haar drukcapaciteit aan derden. Een deel van de voor derden gedrukte oplagen ging bovendien naar het buitenland. De gecombineerde entiteit had daarom niet de mogelijkheid concurrenten uit te sluiten. Daarnaast was er ook voldoende drukcapaciteit in Limburg en de aangrenzende regio's. Uitsluitingseffecten waren daarom niet aannemelijk.⁴⁴

In *RTL NL – Radio 538* kwamen verticale effecten ook aan de orde. De Commissie had in 2007 geconcludeerd dat productiemaatschappijen of distributeurs van TV-licenties geen prikkel hebben exclusief met omroepinstellingen die tot dezelfde groep behoren zaken te doen.⁴⁵ Op de markt voor het aanbieden van (uitzend)rechten voor televisieprogramma's was het marktaandeel van RTL NL tussen de 0 en 10%. Op basis van dit marktaandeel komt de NMa tot de conclusie dat er geen sprake kan zijn van uitsluitingseffecten.⁴⁶ Op de markt voor onafhankelijk geproduceerde Nederlandse producties had RTL NL in 2006 een marktaandeel van 14%. Een aantal partijen had naar voren gebracht dat deze positie versterkt zou worden door de structurele band die zou ontstaan tussen RTL NL en Endemol doordat de heer John de Mol een minderheidsbelang kreeg in RTL NL en zeggenschap zou verkrijgen in Endemol. De NMa overweegt dat niet is gebleken dat John de Mol zeggenschap zal verkrijgen in Endemol en dat de NMa hier dan ook geen rekening mee kan houden. De NMa komt dan ook tot de conclusie dat, op basis van het marktaandeel van RTL NL, er geen uitsluitingsgevaar is.⁴⁷

Uit het hierboven besproken besluit in *RTL NL – Radio 538* blijkt dat de NMa bij het beoordelen van verticale relaties rekening houdt met het marktaandeel van partijen op de markt. Hierbij lijkt het een soort *safe harbour* van rond de 30% te hanteren zoals ook wordt gedaan in de *block exemption* (hoewel het in *RTL NL – Radio 538* over veel lagere percentages ging).⁴⁸ In *Toyota Material Handling – Toyota*

Industrial Equipment beoordeelt de NMa de verticale relatie tussen de handel in magazijnvoertuigen en de handel in vorkheftrucks.⁴⁹ De NMa overweegt dat het niet aannemelijk is dat uitsluitingseffecten zich zullen voordoen aangezien het marktaandeel van partijen in Nederland op beide markten onder de 30% blijft en er buiten Nederland meerdere andere grote spelers actief zijn.⁵⁰

In *BSH – Willem van Rijn Huishoud-elektro* onderzocht de NMa de verticale relatie tussen de producent van witgoed (BSH) en de exclusieve distributeur (Van Rijn).⁵¹ De NMa overweegt dat het marktaandeel op beide markten onder de 30-40% blijft. In dit specifieke geval was echter ook van belang dat Van Rijn reeds de exclusieve distributeur was van BSH en bovendien waren andere grote witgoedproducenten ook verticaal geïntegreerd.⁵²

Op basis van deze besluiten lijkt het erop dat bij zeer lage marktaandelen (zoals bij *RTL NL – Radio 538*) de NMa niet snel tot de conclusie zal komen dat er sprake is van uitsluitingseffecten. Bij hogere percentages (waarschijnlijk zo rond de 30%) lijkt het erop dat wordt aangenomen dat er geen verticale mededingingsproblemen ontstaan indien er bewijs is dat deze conclusie kan ondersteunen (zie bijvoorbeeld *Toyota Material Handling – Toyota Industrial Equipment* en *BSH – Willem van Rijn Huishoud-elektro*).

Boete

In de zaak *Van Kerkhof & Visscher – Renault*,⁵³ ging het om een melding die op 2 augustus 2006 door de NMa was goedgekeurd. Echter blijkt de aan de concentratie ten grondslag liggende koopovereenkomst was de concentratie reeds op 1 juli 2006⁵⁴ geëffectueerd. Na bedrijfsbezoeken door de NMa bleek dat partijen zich bewust waren geweest van het feit dat de concentratie waarschijnlijk bij de NMa zou moeten worden gemeld. In de koopovereenkomst hadden partijen een clause opgenomen dat de concentratie door de koper moest worden gemeld. De NMa concludeerde dan ook dat

39 Zie *PbEU* 2008, C 265/6.

40 Zie bijvoorbeeld zaken 5975 en 6126.

41 Zaak 5975.

42 Zaak 5975, randnrs. 33-35.

43 Zaak 6114.

44 Zaak 6114, randnrs. 138-141.

45 Zie beschikking van de Europese Commissie van 22 februari 2007 in zaak COMP/M.4547 – *KKR/Permira/Prosiebensat. 1.*

46 Zaak 6126, randnrs. 69-70.

47 Zaak 6126, randnrs. 71-74.

48 *PbEG* 1999, L 336/21.

49 Zaak 5945.

50 Zaak 5945, randnr. 16.

51 Besluit van 21 december 2007, *BSH – Willem van Rijn Huishoud-elektro*, zaak 6240.

52 Zaak 6240, randnr. 30.

53 Besluit van 29 juni 2007, *Van Kerkhof & Visscher – Renault*, zaak 5700.

54 In het besluit is abusievelijk 1 juli 2001 genoemd, zie randnr. 10.

art. 34 Mw was overtreden en legde aan beide partijen een boete van €18.000 op.⁵⁵ De partijen zijn op 7 augustus 2007 tegen het besluit in bezwaar gegaan. De NMa heeft het bezwaar bij besluit van 12 december 2007 ongegrond verklaard, in navolging van het advies van de bezwaaradviescommissie.⁵⁶

Rechtspraak

De Rechtbank Rotterdam heeft in twee concentratiezaken uitspraak gedaan. Op 19 april 2007 verwierp de Rechtbank het beroep van onder meer de Nederlandse vakbond van varkenshouders (NVV) tegen het besluit van de NMa de fusie tussen Dumeco en slachthuis Groenlo Beheer in de eerste fase goed te keuren. De NMa had zich in dit besluit voor wat betreft de geografische marktafbakening gebaseerd op het besluit van de Europese Commissie in de zaak *Sovion/HMG* (zaak COMP/M.3605) dat eveneens op de relevante Nederlandse markten betrekking had, maar heeft daarnaast uitvoerig eigen onderzoek uitgevoerd wat de bevindingen van de Commissie bevestigde. Ook tegen dit besluit van de Commissie is door de NVV beroep ingesteld, wat nog aanhangig was op het moment dat de Rechtbank uitspraak deed. De Rechtbank neemt tot uitgangspunt dat ook een besluit in de eerste fase dat geen vergunning vereist is, dient te voldoen aan de eisen die zijn gesteld in de uitspraak van het CBb inzake *Nuon/Reliant*. Aan die eisen was in deze zaak voldaan, terwijl de NMa ook, mede gelet op de uitkomsten van haar eigen onderzoek, de benadering van de Commissie in *Sovion/HMG* mocht volgen, ongeacht het daartegen ingestelde beroep door de NVV.

Op 11 juni 2007 verwierp de Rechtbank het beroep van een drietal derdebelanghebbenden, *Broadcast Newco Two*, *Vodafone* en *Orange*, tegen het besluit van de NMa om goedkeuring te geven aan de overname van *Nozema Services N.V.* door KPN (zaak 5454 KPN/*Nozema Services*), onder voorwaarde dat KPN zendmasten zou afstoten teneinde potentiële zorgen over verticale integratie te voorkomen.⁵⁷ *Broadcast Newco Two* was met name bezorgd over de combinatie in één hand van de belangen van KPN en *Nozema* in *Digitenne*, nu KPN daarmee overwegende invloed krijgt op het gebruik van de DVB-T (digitale ether omroep)-vergunning van *Digitenne*. De Rechtbank constateert evenwel dat het causaal verband tussen de concentratie en deze invloed van KPN ontbreekt, nu de Rechtbank uit vertrouwelijke bron gebleken is dat *Nozema* al vóór de concentratie van KPN afhankelijk was geworden voor financiering en distributie. De concentratie leidt zo bezien niet tot duurzame afhankelijkheid omdat die al bestond.

Zeer vermeldenswaard ten slotte, is de uitspraak van de Raad van State waarin zij het beroep van de NMa tegen een uitspraak van de Rechtbank Arnhem verwierp in een geschil tussen fietsenfabrikant *Gazelle* en de NMa. De Raad van State bevestigde dat art. 90 Mw niet als een uitputtende, en derhalve aan de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) derogerende, wettelijke openbaarmakingsregeling kan worden gezien.

Anders dan tot dan toe door de NMa werd betoogd, is van een regeling die ziet op informatieverstrekking aan derden geen sprake. De Raad meent dat toepassing van de Wob ook geen afbreuk zal doen aan de goede werking van de Mededingingswet, onder meer gelet op de in de Wob voorziene absolute weigeringsgrond voor vertrouwelijk meegedeelde bedrijfs- en fabricagegegevens.⁵⁸

55 Aangezien de feiten zich nog vóór de wijziging van de Mededingingswet van oktober 2007 afspeelden, was het boetemaximum nog € 22.500. Tegenwoordig is dit € 450.000 of 10% van de jaaromzet indien dat meer is. Zie art. 74 Mw.

56 Besluit van 12 december 2007, *Van Kerkhof & Visser*, zaak 5700.

57 *LJN* BA7252.

58 Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 7 februari 2007, *LJN* AZ7951.