

Kroniek

Kroniek concentratiecontrole 2010

Mr. M.J. Plomp*

In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste besluiten en informele zienswijzen van de NMa in 2010 op het gebied van concentratiecontrole. Het jaar 2010 wordt onder meer gekenmerkt door het voornemen van de politiek om een fusieverbod voor zorgverzekeraars en zorgaanbieders in te voeren, een boete voor de Staat wegens het niet tijdig melden van een concentratie, de vergunningsplichtige concentratie tussen zorgverzekeraar DSW en het Vlietland Ziekenhuis, de ingetrokken melding van de overname door KPN van T for telecom en de goedgekeurde concentratie tussen Veolia – CDC – Transdev waardoor Veolia en Connexion niet langer concurrenten van elkaar zullen zijn.

De cijfers

Het aantal concentratiemeldingen is in 2010 ongeveer gelijk gebleven ten opzichte van 2009.¹ In 2010 zijn 83 meldingen gedaan. Dit zijn zeven meldingen minder dan in 2009. Eén concentratie hoefde niet gemeld te worden. Vier meldingen zijn ingetrokken. In 2009 heeft de NMa zes keer ontheffing verleend van de verplichte wachtperiode van vier weken. In 2010 is dit niet één keer aan de orde geweest. De NMa heeft 83 besluiten genomen naar aanleiding van een melding en drie besluiten naar aanleiding van een vergunningsaanvraag. Deze aantallen verschillen niet veel met 2009. Er zijn in 2010 vier vergunningsaanvragen gedaan en er is één vergunningsaanvraag ingetrokken. In zeven meldings-

besluiten is geconcludeerd dat er een vergunning is vereist. Dit zijn er beduidend meer dan 2009 (twee). Tot slot kan worden opgemerkt dat ongeveer twee derde van alle concentratiebesluiten verkorte besluiten zijn.

Wetgeving en beleid

Op het gebied van wetgeving en beleid is er in tegenstelling tot eerdere jaren weinig nieuws. Interessant om te vermelden is dat in het Regeerakkoord een fusieverbod voor zorgverzekeraars en zorgaanbieders is opgenomen: 'De zorgverzekeraar koopt zorg in voor de bij hem verzekerde mensen. Kwaliteit, dienstverlening en een scherpe prijs moeten in deze inkoop doorslaggevend zijn. Dat kan alleen als de zorgverzekeraar niet ook zelf (concurrerend) zorgaanbod in bezit heeft. De afwegingen over zorginkoop worden daarvan onzuiver. Nieuw initiatief moet een eerlijke kans krijgen. Dat is van groot belang voor verbetering van kwaliteit, dienstverlening en verlaging van de prijs.' Het is vrij opmerkelijk dat in het Regeerakkoord een fusieverbod is opgenomen, omdat dit verbod bij de invoering van de Zorgverzekeringswet (2006) weloverwogen is komen te vervallen. Het samengaan van een zorgverzekeraar en een zorgaanbieder kan grote voordelen met zich mee brengen, omdat een verticaal geïntegreerde onderneming zowel medisch als financieel geheel verantwoordelijk is voor het verlenen van zorg aan een afgebakende groep patiënten. Hierdoor kunnen sterke prikkels ontstaan om de juiste behandeling bij de juiste diagnose te zoeken en te investeren in goede zorg.² In de Verenigde Staten hebben consumenten bijvoorbeeld goede ervaringen met

45

* Mr. M.J. Plomp is advocaat bij BarentsKrans in Den Haag. De auteur bedankt mr. P.V.F. Bos en mr. E.S. Jaques voor hun medewerking bij het schrijven van dit artikel.

1. Zie jaarbericht NMa 2010 van 14 januari 2011. De cijfers uit het jaarbericht 2010 stemmen niet altijd overeen met cijfers uit eerdere kronieken of de informatie die op de NMa-website verkrijgbaar is.

2. Marco Varkevisser en Erik Schut, 'Fusieverbod zorgverzekeraar en zorgaanbieder is onverstandig', *Me Judice*, jaargang 3, 8 november 2010 en Commissie Baarsma, *Eindrapport Europese Commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders*, 2009.

zogenoemde Health Maintenance Organizations, waarin de functies van zorgverzekeraar en zorgaanbieder sterk zijn geïntegreerd. Het is afwachten wat het kabinet in 2011 met het fusieverbod zal doen.

Op Europees niveau is van belang om te vermelden dat de Europese Commissie een handboek heeft gepubliceerd waarin alle Europese wet- en regelgeving op het gebied van het concentratietoezicht is opgenomen.³ Daarnaast heeft de Europese Commissie drie documenten gepubliceerd over 'Best Practices', waaronder een document over het verschaffen van economisch bewijsmateriaal in onder meer concentratiezaken.⁴ In dit document wordt uiteengezet aan welke criteria bewijsmateriaal dient te voldoen en hoe bij de contacten tussen de Europese Commissie en de partijen die economisch bewijsmateriaal indienen alles praktisch in zijn werk gaat.

Informele zienswijzen

Zelfstandigheid gemeenschappelijke onderneming

De NMa heeft in 2010 een aantal keer haar zienswijze gegeven over de zelfstandigheid (volwaardigheid) van een gemeenschappelijke onderneming. De totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderneming wordt immers enkel als concentratie aangemerkt, indien de onderneming alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult. Een van de aspecten die bij deze beoordeling een rol speelt, is de al dan niet sterke aanwezigheid van de moedervennootschappen op zich hoger of lager in de bedrijfskolom bevindende markten. Indien de verkoop of de aankoop tussen de moedervennootschappen en de gemeenschappelijke onderneming aanzienlijk in omvang is, dan kan dit gevolgen hebben voor de volwaardigheid van de gemeenschappelijke onderneming.⁵ In een van de zienswijzen beoordeelt de NMa de mate van inkoop door de gemeenschappelijke onderneming bij de moedervennootschappen.⁶ De moedervennootschappen zijn voornemens om een bepaald product aan te bieden via een gemeenschappelijke onderneming. Deze gemeenschappelijke onderneming heeft echter niet de vereiste technische middelen en infrastructuur tot haar beschikking om dit product zelfstandig aan te bieden. De moedervennootschappen zullen hierin exclusief en voor onbepaalde tijd voorzien. Het product dat de gemeenschappelijke onderneming zal aanbieden, zal zijn opgebouwd uit input van beide moedervennootschappen en contractueel is er niet in de mogelijkheid voorzien om

deze input van derden af te nemen. De sterke aanwezigheid van de moedervennootschappen bij het functioneren van deze gemeenschappelijke onderneming heeft tot gevolg dat er geen sprake is van een zelfstandige economische eenheid. In een andere zienswijze gaat de NMa nader in op de stelling van partijen dat er geen sprake is van volwaardigheid, omdat de omzet van de gemeenschappelijke onderneming voor meer dan 50% uit afzet aan de moedervennootschappen bestaat.⁷ De Geconsolideerde Mededeling van de Europese Commissie bepaalt dat het feit dat de omzet van de gemeenschappelijke onderneming voor meer dan 50% uit afzet aan derden bestaat, vaak een indicator is van volwaardigheid.⁸ Echter, 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. De NMa oordeelt uiteindelijk dat er geen sprake lijkt te zijn van een werkelijke commerciële verhouding tussen de moedervennootschappen en de gemeenschappelijke onderneming. Daarbij merkt de NMa op dat de verkrijging van gezamenlijke zeggenschap toch meldingsplichtig kan zijn, ook al is er geen sprake van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming. De verkrijging van gezamenlijke zeggenschap in een bestaande onderneming kan leiden tot een structurele wijziging van de markt, zelfs indien de gemeenschappelijke onderneming na de transactie grotendeels of uitsluitend aan de moedervennootschappen zal verkopen.⁹ Dit heeft er mee te maken dat de producten of diensten die door de onderneming voor de transactie aan derden op de markt werden verkocht, na de transactie niet meer of beperkt voor derden beschikbaar zullen zijn.

Verkrijgen van zeggenschap

In een volgende zienswijze heeft de NMa beoordeeld of de overdracht van voorraden en vaste activa, contracten en personeel verkrijging van zeggenschap inhoudt.¹⁰ Deze vermogensbestanddelen behoren toe aan een door partijen zogenoemde *thin layer company*, een gemeenschappelijke onderneming opgericht ten behoeve van de samenwerking tussen de moedervennootschappen bij het inschrijven op een aanbesteding en de uitvoering van de gegunde opdracht. Als uitgangspunt geldt dat de verkrijging van zeggenschap over vermogensbestanddelen alleen als een concentratie kan 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 waarvan duidelijk een marktomzet kan worden toegewezen.¹¹ De NMa beoordeelt uiteindelijk niet of er sprake is van een concentratie, omdat de omzetsdrempels niet worden behaald. Een zogenoemde *thin layer company* lijkt op het

3. <www.ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf>.

4. <www.ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_submissions.pdf>.

5. Geconsolideerde Mededeling van de Europese Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (Geconsolideerde Mededeling), par. 97 e.v.

6. Informele zienswijze van 11 november 2010, zaak 7058.

7. Informele zienswijze van 7 juli 2010, zaak 6992.

8. Geconsolideerde Mededeling, par. 98.

9. Geconsolideerde Mededeling, par. 91.

10. Informele zienswijze van 24 augustus 2010, zaak 7020.

11. Geconsolideerde Mededeling, par. 24.

eerste gezicht niet op de markt aanwezig, omdat deze onderneming enkel dient ter uitvoering van de gegunde aanbestedingsopdracht. Indien de moedervenootschappen de gemeenschappelijke onderneming echter vaker zullen inzetten bij aanbestedingen, zou er mogelijk wel sprake kunnen zijn van een bedrijf dat op de markt aanwezig is en waaraan een marktomzet kan worden toegewezen. Ook bij *outsourcing* kan de vraag aan de orde komen of er sprake is van verkrijging van zeggenschap over een bedrijf met toegang tot de markt.¹² Bij eenvoudige *outsourcing* besteedt een onderneming eigen activiteiten, zoals IT-diensten of catering, uit aan een externe dienstverrichter. Hierbij is er geen sprake van een concentratie. Het is echter mogelijk dat een externe dienstverrichter bij *outsourcing* de nodige vermogensbestanddelen en/of personeelsleden overneemt. Dan kan er wel sprake zijn van een concentratie. In een van de zienswijzen heeft de NMa beoordeeld of bij de overname van bepaalde personeelsleden door een externe dienstverrichter sprake is van een concentratie.¹³ Omdat het overgedragen personeel door de externe dienstverrichter niet voor derden mag worden ingezet, is er volgens de NMa geen sprake van een concentratie. Dit kan evenwel veranderen, indien partijen later anders overeenkomen. In de zorgsector heeft de NMa een informele zienswijze gegeven over een transactie waarbij een nieuw op te richten vennootschap de activa bestemd voor een bepaald specialisme (specialisten, ondersteunend personeel en benodigde apparatuur), ondergebracht in een aparte onderneming, overneemt.¹⁴ Volgens de NMa zijn de specialisten het meest essentiële vermogensbestanddeel van de activa die worden overgenomen. Hierdoor wordt zeggenschap verkregen over een deel van een onderneming en kan op de markt omzet worden gegeneerd. Het feit dat de benodigde vergunningen, OK-faciliteiten en overeenkomsten met zorgverzekeraars niet zullen worden overgenomen, doet aan deze conclusie volgens de NMa niet af. De NMa heeft in een informele zienswijze evens geoordeeld of een onderneming zeggenschap verkrijgt, wanneer deze onderneming 49% van de aandelen verkrijgt en een optie om een lening of financieringspreferente aandelen om te zetten in een zodanig aantal aandelen dat de onderneming in totaal 60% van het kapitaal verschaft.¹⁵ De enkele aanwezigheid van deze optie is volgens de NMa in beginsel niet voldoende om zeggenschap te verkrijgen.¹⁶ Te meer daar het gebruik van deze optie in de onderhavige zaak op korte termijn juridisch is uitgesloten. Dit neemt niet weg dat een onderneming de facto zeggenschap kan hebben, omdat een verstrekte lening een economische afhankelijkheidsrelatie creëert. Voor zover er overigens geen sprake is van een concentratie, kan het kartelverbod van toepassing zijn op het verkrijgen van een

minderheidsdeelneming door een onderneming in een concurrerende onderneming.¹⁷

Formele aspecten

Over de toepasselijkheid van het Nederlandse concentratietoezicht heeft de NMa in een informele zienswijze geconcludeerd, dat de exclusieve bevoegdheid van de Europese Commissie om een concentratie te beoordelen, bij gedeeltelijke doorverwijzing van de melding naar een lidstaat, enkel voor dat gedeelte komt te vervallen.¹⁸ De NMa baseert haar zienswijze op het arrest van het Gerecht in de zaak *Royal Philips/Europese Commissie*.¹⁹ Partijen zijn in de onderhavige zaak, na goedkeuring door de Europese Commissie, overeengekomen om de concentratie te wijzigen en het gedeelte dat door de lidstaat apart zal worden beoordeeld te laten vervallen. De NMa beoordeelt of de gewijzigde concentratie binnen de reikwijdte van de goedkeuringsbeslissing van de Europese Commissie valt. Zij concludeert uiteindelijk dat dit het geval is en dat er niet opnieuw hoeft te worden gemeld. Tot slot heeft de NMa in een informele zienswijze nog twee vragen beantwoord over de timing van een melding: wanneer moet een concentratie worden gemeld en wanneer kan een concentratie worden gemeld?²⁰ De NMa heeft in deze zienswijze het tekenen van een samenwerkingsovereenkomst en een statutenwijziging vergeleken met een koopovereenkomst en levering onder opschortende voorwaarde bij een aandelenovereenkomst. De statutenwijziging en de levering (en aanvaarding) van aandelen creëren zeggenschap. Voorafgaand aan het verkrijgen van zeggenschap moet een concentratie bij de NMa worden gemeld. Aanleiding voor het verkrijgen van zeggenschap is het ondertekenen van de samenwerkingsovereenkomst respectievelijk de koopovereenkomst. Partijen moeten dus vóór de statutenwijziging de concentratie bij de NMa melden en mogen dit naar aanleiding van de getekende samenwerkingsovereenkomst doen. Daarbij sluit de NMa overigens niet uit dat in aanloop naar het ondertekenen van de samenwerkingsovereenkomst al de facto zeggenschap kan worden verkregen en eerder gemeld zou moeten worden.

Sancties

In 2010 heeft de NMa de Staat der Nederlanden (hierna: de Staat) en de Britse verzekeraar Amlin boetes opgelegd van € 782.000 respectievelijk € 1.366.000 wegens het niet tijdig melden van een voorgenomen concentratie.²¹ De Staat heeft in juli 2009 zijn aandelen in Fortis Corporate Insurance N.V. (hierna: FCI) overgedragen aan de Britse verzekeraar Amlin. Door deze

12. Geconsolideerde Mededeling, par. 25 en 26.

13. Informele zienswijze van 5 november 2010, zaak 7054.

14. Informele zienswijze van 13 december 2010, zaak 7085.

15. Informele zienswijze van 13 december 2010, zaak 7079.

16. Geconsolideerde Mededeling, par. 60.

17. Zie GvEA 17 november 1987, zaken 142 en 156/84, *Philip Morris*, r.o. 36-40.

18. Informele zienswijze van 29 oktober 2010, zaak 7050.

19. GvEA 3 april 2003, zaak T-119/02, r.o. 372.

20. Informele zienswijze van 1 juni 2010, zaak 6958.

21. Besluit van 3 mei 2010, zaak 6843, *Amlin/Staat*.

transactie verkreeg Amlin uitsluitende zeggenschap over FCI. Pas in december 2009 is deze concentratie bij de NMa gemeld. Voor die tijd is de NMa al een onderzoek gestart naar een mogelijke overtreding van de Mededingingswet. In deze zaak staat ter discussie of de Staat onder de reikwijdte van de Mededingingswet valt en of de Staat als verkopende partij een meldingsplicht heeft. De Staat is allereerst van mening dat hij niet onder de reikwijdte van de Mededingingswet valt, omdat hij niet als onderneming kwalificeert. Bij de overname van FCI handelde de Staat in het algemeen belang en oefende daarmee overheidsprerogatieven uit. De NMa is van mening dat de Staat wel onder de verbodsnorm van artikel 34 Mw valt, omdat hij, in zijn hoedanigheid als verkoper, een bij de concentratie betrokken partij is. Daarnaast heeft het concentratietoezicht niet alleen betrekking op acquisities door ondernemingen, maar ook op acquisities door rechtspersonen. Hieronder vallen tevens publiekrechtelijke lichamen, zoals de Staat. Ten tweede is de Staat van mening dat er geen meldingsplicht geldt voor de verkopende partij. Een verkopende partij die zeggenschap kwijtraakt, brengt geen concentratie tot stand. Ook in het Europese concentratietoezicht geldt geen meldingsplicht voor de verkopende partij, omdat dit geen betrokken onderneming is. De NMa is van mening dat een verkopende partij wel een concentratie tot stand brengt, door zeggenschap over te dragen. Uit de Memorie van Toelichting bij artikel 34 Mw blijkt dat het alle partijen kan worden aangerekend wanneer een voorgenomen concentratie niet tijdig wordt gemeld. Ook de vergelijking met het Europese concentratietoezicht gaat volgens de NMa niet op, omdat hierin specifiek is bepaald dat bij concentraties, anders dan door fusie of totstandkoming van gezamenlijke zeggenschap, de partij die zeggenschap verkrijgt meldingsplichtig is. Een dergelijke bepaling is niet opgenomen in de Mededingingswet.

De boete die de NMa aan de Staat heeft opgelegd zal hoogstwaarschijnlijk geen stand houden. De Rechtbank Rotterdam heeft op 13 januari 2011 namelijk geoordeeld dat de NMa ten onrechte aan een verkopende partij een boete heeft opgelegd wegens het niet tijdig melden van een concentratie.²² Evenals in de zaak *Amlin/Staat der Nederlanden* verkreeg de kopende partij uitsluitende zeggenschap. De NMa heeft echter alleen aan de verkopende partij een boete opgelegd wegens niet-naleving van de meldplicht van artikel 34 Mw. De rechtbank heeft haar oordeel mede gebaseerd op het Europese concentratietoezicht, waarin de verkopende partij uitdrukkelijk niet als meldingsplichtig is aangemerkt (zie art. 4 lid 2 Verordening (EG) nr. 139/2004). In de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet wordt volgens de rechtbank door de Nederlandse wetgever aangesloten bij de Europese regelgeving aangaande concentratiecontrole. Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt is een meldingsplicht voor de verkopende partij volgens de rechtbank ook niet logisch: 'De verkoper is immers niet degene die zeggenschap verkrijgt, maar juist diegene die

de zeggenschap prijsgeeft en derhalve aan belang op de markt inboet.' Daarnaast is de omzet van de verkopende partij niet van belang bij de berekening van de omzetrempel als bedoeld in artikel 29 Mw en kunnen na een melding van de verkopende partij geen nadere gegevens worden gevraagd, behalve ten aanzien van het ondernemingsgedeelte waarover door de kopende partij zeggenschap wordt verkregen.²³ De verwachting is dat de NMa hoger beroep zal instellen tegen de uitspraak van de rechtbank.

De NMa heeft in 2010 eveneens een boete opgelegd van € 677.000 aan Soprol S.A.S. en Sofiprotéol S.A. en een boete van € 1.730.000 aan Bunge Holdings France S.A.S. wegens het niet tijdig melden van een voorgenomen concentratie.²⁴ Partijen hebben zelf contact met de NMa opgenomen, omdat zij van mening waren dat zij ten onrechte een concentratie niet hadden aangemeld. Gedurende het onderzoek zijn partijen op dit standpunt teruggekomen. De NMa is echter van mening dat er sprake is van een concentratie, omdat uitsluitende zeggenschap is verkregen, en dat deze concentratie niet tijdig is aangemeld. In deze zaak staat wederom ter discussie of op de verkopende partij een meldingsplicht rust. De NMa blijft vanzelfsprekend bij haar eerdere standpunt dat de verbodsnorm van artikel 34 Mw zowel voor de verkopende als de kopende partij geldt. De boetes zijn uiteindelijk wel verlaagd. De Bunge-groep is van mening dat de NMa niet transparant is met betrekking tot de regelgeving die uiteindelijk kan leiden tot een sanctieoplegging. Op de NMa-website staat in de *Merger Notification and Procedures Template*: 'in an acquisition case, the acquiring party(ies) will be responsible (for notification)'. Volgens de Bunge-groep moet de NMa zich hieraan houden, in ieder geval jegens buitenlandse partijen zoals Bunge. De Franse advocaten die de partijen vertegenwoordigden, konden niet weten dat door de verkoper moest worden gemeld. De NMa is het met partijen eens dat de *Merger Notification and Procedures Template* onjuiste informatie bevat. Uit de aanhef van deze *Template* blijkt echter dat het formulier dient als achtergrondinformatie en geen vervanging is voor de raadpleging van de relevante wetgeving. Om die reden legt de NMa wel een boete op aan de Bunge-groep, maar verlaagt de boete met 20%. De boete van Soprol en Sofiprotéol is verlaagd, omdat zij de concentratie alsnog hebben gemeld en volledige medewerking hebben verleend tijdens het onderzoek van de NMa. Een belangrijke les die uit deze zaak volgt, is dat buitenlandse partijen zekerheidshalve toch een Nederlandse advocaat zouden moeten raadplegen. Ook al bestaat er in Nederland discussie over de meldingsplicht van de verkopende partij, een – ter zake deskundige – Nederlandse advocaat zou partijen veiligheidshalve toch hebben geadviseerd om eerder te melden om zodoende boetes te voorkomen.

23. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 20.

24. Besluit van 17 december 2010, zaak 6905, *Niet-gemelde concentratie Saipol S.A.S.*

22. Rb. Rotterdam 13 januari 2011, LJN BP0781.

In 2010 heeft de NMa voor het eerst vijf leidinggevendenden beboet wegens overtreding van een concentratievoorschrift.²⁵ Wegener is in 2000, na de overname van VNU Dagbladen, enige aandeelhouder geworden van de Provinciale Zeeuwse Courant (hierna: PZC) en BN/De Stem. Hierdoor heeft Wegener een machtspositie in Zeeuws-Vlaanderen, omdat de activiteiten van PZC en BN/De Stem in Zeeuws-Vlaanderen overlappen en er geen andere krant in deze regio actief is. De NMa heeft de overname van BN/De Stem goedgekeurd, maar heeft hier wel een voorschrift aan verbonden. Wegener is verplicht om de onafhankelijkheid van PZC en BN/De Stem na de overname te waarborgen. Zij is verplicht om beide regionale kranten te blijven aanbieden in Zeeuws-Vlaanderen. In 2009 is de NMa een onderzoek gestart naar de naleving van dit voorschrift door Wegener. De NMa concludeert dat Wegener het voorschrift niet naleeft, omdat PZC en BN/De Stem als één organisatie opereren. Wegener heeft de redacties van de regionale kranten samengevoegd. Zij werken nauw samen, wisselen artikelen uit en coördineren de toegang tot informatie. Volgens de NMa concurreren PZC en BN/De Stem niet meer. De NMa heeft niet alleen Wegener beboet, maar eveneens vijf leidinggevendenden, omdat zij persoonlijk de verplichting op zich hadden genomen om het voorschrift na te leven. Zij hebben dit vervolgens nagelaten. De boetes variëren van € 150.000 tot € 350.000. Alhoewel de NMa voor het eerst vijf leidinggevendenden heeft beboet, is er geen reden voor paniek. De *Wegener*-zaak wordt gekenmerkt door bijzondere omstandigheden, omdat de leidinggevendenden zelf met het voorstel zijn gekomen om PZC en BN/De Stem onafhankelijk te laten opereren in Zeeuws-Vlaanderen en zij persoonlijk borg stonden voor de naleving van dit voorschrift. Gewoonlijk zal van dit soort persoonsgebonden omstandigheden geen sprake zijn.

Zorgsector

Zorgverzekeraars

In mei 2009 heeft de NMa een melding ontvangen waarin is medegedeeld dat Coöperatie Vlietland voornemens is zeggenschap te verkrijgen over het Vlietland Ziekenhuis. Meer dan tien maanden later, op 18 februari 2010, heeft de NMa een besluit genomen in deze zaak.²⁶ De concentratie is volgens de NMa vergunningsplichtig. Deze zaak heeft zeer veel aandacht getrokken door het feit dat zorgverzekeraar DSW zeggenschap zou verkrijgen in een zorgaanbieder, het Vlietland Ziekenhuis. Opmerkelijk is dat de media in oktober 2010 berichtten dat partijen, na overleg met de NMa, tot de slotsom zijn gekomen dat zij geen toestemming van de NMa nodig hebben om te fuseren. DSW en de andere partijen achter de Coöperatie Vlietland zijn van mening dat zij geen zeggenschap zullen verkrijgen over het

Vlietland Ziekenhuis. Over de afloop van deze zaak zal wellicht in de kroniek concentratiecontrole 2011 meer te lezen zijn. Voor 2010 is relevant om uiteen te zetten hoe de NMa de relatie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders mededingingsrechtelijk beoordeelt.

Volgens de melding zal de Coöperatie Vlietland als leden hebben Stichting Phoenix, Sint Liduinastichting, Stichting Argos Zorggroep, Stichting Zorgcombinatie Nieuwe Maas, Stichting Zorggroep Eerste Lijn, Vereniging Medische Staf Vlietland Ziekenhuis en Vereniging Medewerkers Vlietland Ziekenhuis i.o. Zij zal de aandelen houden in het Vlietland Ziekenhuis. Stichting Phoenix houdt 100% van de aandelen in onder meer DSW Ziektekostenverzekeringen N.V. en DSW Holding B.V. Deze laatste onderneming exploiteert via DSW Apotheken B.V. eigen apotheken en participeert als medevenoot in andere apotheken. Sint Liduinastichting, Stichting Argos Zorggroep en Stichting Zorgcombinatie Nieuwe Maas zijn zorginstellingen. Stichting Zorggroep Eerste Lijn regio's ondersteunt huisartsenpraktijken in zorgkantoorregio Nieuwe Waterweg Noord (NWN), Delft, Westland en Oostland (DWO). De NMa concludeert dat op basis van de gemelde operatie alleen Stichting Phoenix, zijnde DSW, over (uitsluitende) zeggenschap zal beschikken in Coöperatie Vlietland.

Bij de beoordeling van de concentratie onderzoekt de NMa onder meer de markt voor ziekenhuiszorg, zorgverzekeringen, farmaceutische zorg, huisartsenzorg en intra- en extramurale (ouderen)zorg. Daarnaast beoordeelt de NMa de inkooppositie van DSW. Een zorgverzekeraar zou zijn positie op de verkoopmarkt kunnen versterken als gevolg van de zeggenschap die hij in een zorgaanbieder verkrijgt. Omgekeerd zou dit ook voor het ziekenhuis kunnen gelden op de zorgmarkt. De verticale relaties tussen de diverse leden van Coöperatie Vlietland en het Vlietland Ziekenhuis staan derhalve centraal in het besluit. De NMa wil voorkomen dat de betrokken markten door de concentratie worden afgeschermd. De fuserende ondernemingen kunnen dan in staat zijn om de prijzen die zij de verbruikers rekenen op winstgevende wijze te verhogen.

Ten aanzien van de uitsluiting van andere ziekenhuizen door DSW concludeert de NMa dat DSW wettelijk gezien over de mogelijkheden beschikt om exclusief en selectief te contracteren en om haar verzekerden door middel van financiële prikkels naar bepaalde voorkeursaanbieders te leiden. Dit gebeurt in de praktijk echter nauwelijks. Er is weliswaar geen contracteerplicht voor zorgverzekeraars, maar zij hebben wel een zorgplicht. Zorgverzekeraars zijn voorzichtig met een beperkt(er) aanbod van zorgaanbieders, omdat verzekerden snel over kunnen stappen. Ten aanzien van de uitsluiting van andere verzekeraars door het Vlietland Ziekenhuis voorziet de NMa ook geen problemen, omdat ziekenhuizen bijvoorbeeld patiënten die acute zorg nodig hebben niet mogen weigeren, ook al zijn zij niet bij DSW verzekerd. Daarnaast zullen DSW-verzekerden niet de gehele capaciteit van het ziekenhuis benutten en zal een exclusief contract voor beide partijen niet winstgevend

25. Besluit van 14 juli 2010, zaak 1528, *Wegener*.

26. Besluit van 18 februari 2010, zaak 6669, *Coöperatie Vlietland - Vlietland Ziekenhuis*.

zijn. De NMa concludeert vervolgens dat het aannemelijk is dat huisartsen als gevolg van de voorgenomen concentratie een (financiële) prikkel kunnen ervaren om patiënten te verwijzen naar het Vlietland Ziekenhuis. Deze conclusie wordt op zich gerechtvaardigd door het feit dat de huisartsen zelf geld zullen steken in de Coöperatie Vlietland. Echter, de NMa merkt op dat huisartsen de mogelijkheid hebben om de meest profijtelijke patiënten door te verwijzen naar het Vlietland Ziekenhuis en de risicovolle en potentiële verlieslatende patiënten naar andere ziekenhuizen. De NMa onderbouwt de mogelijkheid van risicoselectie verder niet. Huisartsen zullen deze overweging van de NMa vermoedelijk niet in dank afnemen. Er bestaat toch nog steeds zoiets als beroepsethiek. Het standpunt van de NMa gaat vrij ver en had wellicht beter onderbouwd kunnen worden. De NZa bevestigt overigens de problemen die de NMa ten aanzien van de huisartsen signaleert. In een vergunningsfase zal de NMa niet alleen nader onderzoek doen naar het verwijsgedrag van huisartsen, maar ook naar de toetredingsbelemmeringen op de markt voor verpleeghuiszorg.

Naast DSW was in 2010 ook zorgverzekeraar Menzis betrokken bij een concentratie met een zorgaanbieder.²⁷ De op te richten *joint venture* Zorgpunt is door de NMa goedgekeurd en niet vergunningsplichtig. De voorgenomen fusie tussen Eureko en Coöperatie De Friesland is daarentegen volgens de NMa wel vergunningsplichtig.²⁸ Partijen hebben op 10 januari 2011 een vergunningsaanvraag bij de NMa ingediend.

Asymmetrische disciplinerings

De NMa heeft op 12 januari 2011 bekend gemaakt dat Stichting GGZ Delfland en Stichting PerspeKtief hun aanvraag voor een vergunning voor een fusie hebben ingetrokken. Op 16 maart 2010 heeft de NMa geconcludeerd dat voor de fusie een vergunning is vereist.²⁹ Partijen hebben vervolgens op 14 juni 2010 een aanvraag voor een vergunning ingediend. GGZ Delfland en PerspeKtief hebben de aanvraag ingetrokken, omdat de NMa van plan was om de fusie te verbieden. De NMa heeft in het meldingsbesluit geconcludeerd dat door de fusie een belangrijke disciplinerende factor zal wegvallen op de markt voor woonbegeleiding in de zorgkantoorregio Delft Westland Oostland (hierna: DWO) en dat het aannemelijk is dat de potentiële concurrentiedruk en de toetredingsmogelijkheden voor aanbieders van woonbegeleiding uit aangrenzende zorgkantoorregio's significant zullen afnemen. Oorzaak voor deze mededingingsbezwaren is volgens de NMa gelegen in het feit dat er sprake is van asymmetrische disciplinerings. GGZ Delfland biedt in de provincie Zuid-Holland klinische en niet-klinische GGZ voor volwassenen, ouderen, kinderen en jeugdigen aan. Daarnaast is GGZ Delfland actief op het gebied van arbeidsreïntegratie.

PerspeKtief is actief op het gebied van GGZ en maatschappelijk opvang. Zij biedt in de zorgkantoorregio woonbegeleiding en Openbare Geestelijke Gezondheidszorg aan. Volgens de NMa is het niet aannemelijk dat aanbieders van woonbegeleiding op korte termijn en zonder aanzienlijke kosten te maken of risico's te lopen, kunnen toetreden tot de markten voor klinische en niet-klinische GGZ. Er zijn echter voldoende aanwijzingen dat het voor aanbieders van klinische en niet-klinische GGZ wel mogelijk is om op korte termijn en zonder grote investeringen over te schakelen naar het aanbieden van woonbegeleiding. Dit heeft tot gevolg dat er sprake is van asymmetrische disciplinerings. PerspeKtief ondervindt wel concurrentiedruk van GGZ Delfland, maar GGZ Delfland ondervindt geen concurrentiedruk van PerspeKtief. Indien GGZ Delfland en PerspeKtief fuseren valt belangrijke concurrentiedruk van GGZ Delfland op PerspeKtief weg op de markt voor woonbegeleiding in de zorgkantoorregio DWO. Daarnaast is het volgens de NMa aannemelijk dat de gefuseerde onderneming cliënten voor woonbegeleiding zoveel mogelijk intern zal doorverwijzen. Aangezien GGZ Delfland de belangrijkste doorverwijzer is in de zorgkantoorregio DWO voor aanbieders van woonbegeleiding, zal het voor derden zeer moeilijk worden om na de fusie actief te blijven of te worden in de zorgkantoorregio DWO.

Joint ventures

In de zaken Stichting Thuiszorg Pantein - Stichting Vivent en Proteion - azM - CIRO+ heeft de NMa het tot stand brengen van twee gemeenschappelijke ondernemingen goedgekeurd.³⁰ Pantein en Vivent brengen hun kraamzorgactiviteiten onder in een gemeenschappelijke onderneming en CIRO+ zal voor Proteion en Academisch Ziekenhuis Maastricht (hierna: azM) actief zijn op het gebied van long- en hartrevalidatiezorg en diagnostiek van slaapstoornissen. De NMa beoordeelt in beide zaken of er sprake is van een duurzame zelfstandige economische eenheid. Beide gemeenschappelijke ondernemingen zullen beschikken over een eigen onafhankelijke bestuur, eigen personeel, eigen activa en voldoende eigen financiële middelen om onafhankelijk van de moederondernemingen te kunnen opereren. Pantein en Vivent zullen daarnaast zelf geen activiteiten meer verrichten op het gebied van kraamzorg. CIRO+ zal de patiënten aan wie zij diensten zal verlenen in belangrijke mate via anderen dan Proteion en azM verkrijgen. De NMa onderzoekt tevens of er coördinatiegevaar bestaat tussen de moederondernemingen als gevolg van de concentratie. In de zaak *Pantein-Vivent* bestaat geen coördinatiegevaar op de markt voor kraamzorg, omdat beide ondernemingen deze activiteit niet meer zullen aanbieden. Zij blijven beide wel actief op de markt voor thuiszorg. Er kan coördinatiegevaar bestaan indien de moederondernemingen actief zijn op een aanverwante markt van de markt waarop de gemeenschappelijke onder-

27. Besluit van 20 juli 2010, zaak 6973, *Menzis Eerstelijns Zorg – Reggeborg – Zorgpunt*.

28. Besluit van 28 december 2010, zaak 7051, *Eureko B.V. – Coöperatie De Friesland U.A.*

29. Besluit van 16 maart 2010, zaak 6831, *GGZ Delfland - PerspeKtief*.

30. Besluit van 11 mei 2010, zaak 6931, *Stichting Thuiszorg Pantein - Stichting Vivent* en besluit van 30 juni 2010, zaak 6975, *Proteion - azM - CIRO+*.

neming actief is. Thuiszorg is volgens de NMa echter geen aanverwante markt, omdat de markt voor kraamzorg en de markt voor thuiszorg verschillende afnemers kennen. Daarnaast wordt kraamzorg door zorgverzekeraars ingekocht op basis van de Zvw en thuiszorg wordt door zorgkantoren ingekocht op basis van de AWBZ. Er is derhalve sprake van een zogenoemde concentratieve *joint venture* die er niet toe leidt dat de moederondernemingen hun marktgedrag coördineren. Ten aanzien van Proteion en azM komt de NMa tot dezelfde conclusie, omdat er geen geografische overlap bestaat tussen de activiteiten van Proteion en azM op het gebied van intramuraal (ouderen)zorg.

Geen economische activiteit

De NMa heeft in de zaak *Pluryn - Hoenderloo Groep* geconcludeerd dat gesloten jeugdzorg geen economische activiteit is.³¹ De fusie tussen deze partijen valt derhalve niet onder het concentratietoezicht. Stichting Pluryn verleent diensten op het gebied van wonen, werken, leren en vrije tijd voor mensen met een lichamelijke en/of verstandelijke handicap. Stichting de Hoenderloo Groep biedt open en gesloten jeugdzorg in het kader van de Wet op de Jeugdzorg (hierna: Wjz) aan. Partijen hebben in hun melding aangegeven dat zij van mening zijn dat het concentratietoezicht niet van toepassing is op de fusie, omdat de activiteiten van partijen op het gebied van speciaal onderwijs en jeugdzorg geen economische activiteiten zijn. Hierdoor haalt de Hoenderloo Groep de omzetsdrempel niet. De NMa heeft in het besluit enkel beoordeeld of de activiteiten op het gebied van gesloten jeugdzorg economische activiteiten zijn in de zin van het mededingingsrecht. Van belang is allereerst dat bij gesloten jeugdzorg de keuzevrijheid voor de cliënt ontbreekt. De kinderrechter verleent een machtiging voor gesloten jeugdzorg, waarna het regionale plaatsingscoördinatiepunt de instelling aanwijst waar de jeugdige wordt geplaatst. Dit kan geheel tegen de wil van de jeugdige gebeuren. Ten tweede zijn de keuzemogelijkheden voor de plaatsingscommissie uiterst gering, mede vanwege het beperkt aantal beschikbare plaatsen. Aanbieders van gesloten jeugdzorg hebben ten derde zeer beperkt invloed op de prijs van hun diensten. Het rijk financiert het aanbod van gesloten jeugdzorg door middel van een wettelijke subsidiestelsel. Ten vierde moeten aanbieders van gesloten jeugdzorg iedere cliënt kunnen behandelen, waarvoor een machtiging is verleend en zij hebben een opnameplicht wanneer de plaatsingscommissie een cliënt aan hen toewijst. Tot slot is de toetreding tot de markt voor gesloten jeugdzorg gereguleerd. De ministeries van VWS en Veiligheid en Justitie wijzen aanbieders van gesloten jeugdzorg aan. Vooralsnog zijn er voldoende aanbieders in Nederland en wordt niet verwacht dat er nog meer aanwijzingen worden afgegeven. Er is voor de Hoenderloo Groep derhalve geen mogelijkheid om daadwerkelijk als onderneming te opereren op een vrije markt. Activiteiten in het kader van gesloten jeugdzorg in de zin van de Wjz

zijn onlosmakelijk verbonden met de uitoefening van overheidsprerogatieven en aanbieders hebben geen commerciële speelruimte. Gesloten jeugdzorg is daarom geen economische activiteit. Dit besluit van de NMa biedt uitkomst in een discussie die al langer speelt over de vraag of jeugdzorg moet worden aanbesteed. Een reden om jeugdzorg niet aan te besteden is een gebrek aan grensoverschrijdend belang. Het feit dat jeugdzorg geen economische activiteit is, bevestigt dat er geen markt is voor jeugdzorg en dat er geen (grensoverschrijdende) concurrentie mogelijk is. Jeugdzorg is derhalve niet aanbestedingsplichtig.

Wijziging melding

Gedurende de behandeling van een concentratiemelding kunnen de betrokken ondernemingen de melding wijzigen om aan bepaalde mededingingsbezwaren van de NMa tegemoet te komen.³² Zodoende kunnen partijen voorkomen dat de NMa een vergunning eist voor de concentratie. Bij supermarktconcentraties is het bijvoorbeeld een bekend fenomeen dat de kopende partij plaatselijk een te groot marktaandeel kan verkrijgen. Door de melding te wijzigen en bepaalde winkelfilialen niet over te nemen of te verkopen kunnen mededingingsbezwaren van de NMa worden weggenomen. Een recent voorbeeld is de overname door Schuitema van 79 Super de Boer-winkelfilialen.³³ De NMa heeft in het meldingsbesluit geconcludeerd dat Schuitema in vijf plaatsen een economische machtspositie zou verkrijgen of versterken. Partijen hebben vervolgens hun melding gewijzigd en toegezegd dat na de overname in deze vijf plaatsen een Super de Boer-vestiging of een C1000-vestiging verkocht zal worden. Ook in de zorgsector is in 2010 een gewijzigde melding gedaan door Brocacef en Lloyds Nederland.³⁴ Brocacef is actief als groothandel in geneesmiddelen, medische kunst- en hulpmiddelen en aanverwante diensten. Daarnaast exploiteert Brocacef 53 apotheken via de Escura-formule. Lloyds Nederland exploiteert 63 apotheken via de keten 'Lloyds Apotheken'. Partijen staan zowel in een horizontale als in een verticale relatie tot elkaar, omdat Brocacef actief is als groothandel op diverse productmarkten. Het marktaandeel van Brocacef is evenwel minder dan [10-20]%, waardoor de NMa ten aanzien van de verticale relatie geen mededingingsbezwaren ziet. De NMa ziet wel mededingingsbezwaren op de markt voor de detailhandel in producten en diensten door openbare apotheken³⁵ en richt zich daarbij vooral op de concurrentie-

31. Besluit van 22 oktober 2010, zaak 6968, *Pluryn - Hoenderloo Groep*.

32. Art. 37 lid 4 Mw.

33. Besluit van 5 maart 2010, zaak 6879, *Schuitema - SdB Activa*.

34. Besluit van 23 november 2010, zaak 6989, *Brocacef - Lloyds Nederland*.

35. De NMa laat in het besluit in het midden of er nader onderscheid moet worden gemaakt naar het type product (verstrekking van receptgeneesmiddelen, hulpmiddel en zelfzorggeneesmiddelen) en het type apotheek (reguliere apotheken, poliklinische apotheken en apotheekhoudende huisartsen).

parameter kwaliteit.³⁶ De NMa is van mening dat de prikkel tot kwaliteitsverbetering op bepaalde lokale markten kan wegvallen vanwege de aanzienlijke toename van het marktaandeel van partijen na de overname.³⁷ Brocacef en Lloyds Nederland hebben naar aanleiding hiervan hun melding gewijzigd en toegezegd vier apotheken af te stoten. De NMa is met deze wijziging akkoord gegaan. De vier apotheken zijn volgens de NMa volwaardige nieuwe aanbieders die daadwerkelijk, effectief en duurzaam kunnen concurreren op de betrokken markt.³⁸ Belangrijke voorwaarde voor de goedkeuring van de overname is dat partijen in de periode tussen het besluit van de NMa en de daadwerkelijke overdracht van de vier apotheken verplicht zijn om de vier apotheken als onafhankelijke, levensvatbare, verkoopbare en concurrerende entiteiten in stand te houden. Indien partijen hiertoe niet worden verplicht, zal de daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt nog steeds kunnen worden belemmerd.

Vergunning vereist

Naast GGZ Delfland - PerspeKtief en Eureka B.V. - Cooperatie De Friesland U.A. is ook voor de concentratie tussen Zorggroep Noorderbreedte en Ziekenhuis De Tjongerschans een vergunning vereist.³⁹ Vooralsnog hebben partijen geen vergunning aangevraagd. De NMa heeft geconcludeerd dat de overname door Zorggroep Noorderbreedte van De Tjongerschans op mededingingsrechtelijke bezwaren stuit op de markten voor klinische en niet-klinische algemene ziekenhuiszorg in Friesland. Zorggroep Noorderbreedte is enig aandeelhouder van Medisch Centrum Leeuwarden (hierna: MCL). De Tjongerschans biedt, evenals MCL, klinische en niet-klinische algemene ziekenhuiszorg aan, maar dan vanuit Heerenveen. Partijen zijn van mening dat de relevante geografische markten voor klinische en niet-klinische algemene ziekenhuiszorg gelijk zijn aan de individuele adherentiegebieden van partijen. Hierdoor zouden de activiteiten van partijen niet overlappen. Voor MCL geldt dat [80-90]% van haar patiënten afkomstig is uit het eigen adherentiegebied en voor De Tjongerschans is dat [90-100]%. Zoals gebruikelijk stelt de NMa op basis van een onderzoek naar patiëntenstromen, een reistijdenanalyse en kwalitatief onderzoek

onder marktpartijen de relevante geografische markt vast. De NMa concludeert dat [20-30]% van de patiënten uit het adherentiegebied van MCL en [40-50]% van de patiënten uit het adherentiegebied van De Tjongerschans naar een ander ziekenhuis gaat. Vanuit de vraagzijde bezien is de relevante geografische markt groter dan de individuele adherentiegebieden van MCL en De Tjongerschans. De NMa stelt uiteindelijk vast dat de relevante geografische markt de provincie Friesland is, omdat [80-90]% van de patiënten uit Friesland gebruik maakt van klinische en niet-klinische algemene ziekenhuiszorg van aanbieders uit deze provincie. Partijen verkrijgen na de concentratie op de relevante markt een gezamenlijk marktaandeel van [50-60]%. De NMa onderzoekt vervolgens of er omstandigheden zijn die het gezamenlijk marktaandeel van partijen na de concentratie kunnen relativeren of versterken. Zij onderzoekt de concurrentiedruk van privéklinieken en zelfstandige behandelcentra (hierna: ZBC's) in Friesland van waaruit eveneens algemene ziekenhuiszorg wordt aangeboden, eventuele toetreding en de mogelijkheden voor verzekeraars om het gedrag van partijen te disciplineren. Door het beperkte aantal ZBC's in Friesland, ten behoeve van een beperkt aantal specialismen en het beperkte aanbod (in volume) gaat er weinig concurrentiedruk uit van ZBC's op partijen. Toetreding is eveneens beperkt. Vanwege de geringe bevolkingsdichtheid en de grote afstanden die patiënten moeten afleggen naar een nieuw ziekenhuis of ZBC wordt rendabele toetreding namelijk bemoeilijkt. Een van de ondervraagde zorgverzekeraars voorziet problemen bij de inkoop van zorg door toename van de marktmacht van partijen. De cliëntenraden van MCL en De Tjongerschans voorzien geen problemen na de concentratie ten aanzien van de keuzeruimte voor patiënten. De NZa deelt wel de zorgen van de NMa. Uiteindelijk bepaalt de NMa dat partijen voor de concentratie een vergunning nodig hebben, zodat in de vergunningsfase nader onderzoek kan worden gedaan naar de relevante geografische markt en eventuele relativerende omstandigheden.

Meldingsbesluiten

Relatie inkoopmarkten - verkoopmarkten

Na de grote fusie in 2008 in de zuivelsector tussen Friesland Foods en Campina hebben in Nederland in de slachterijsector eveneens belangrijke concentraties plaatsgevonden.⁴⁰ De Europese Commissie heeft op 20 augustus 2010 de overname van Weyl Beef Products door Vion Food Group, beide actief als runderslachterij, goedgekeurd.⁴¹ Als gevolg van de overname van Weyl door Vion heeft Vion onder meer een marktaandeel van [40-50%] gekregen op de markt voor de inkoop van slachtrunderen. De Europese Commissie is evenwel van mening dat mogelijke inkoopmacht van Vion geen con-

36. De NMa sluit overigens niet uit dat prijsconcurrentie in de toekomst een grotere rol kan spelen. Nu worden de tarieven van geneesmiddelen gereguleerd door middel van de Wet Geneesmiddelenprijzen, maar de NZa heeft eind 2008 de minister van VWS geadviseerd de tarieven voor farmaceutische zorg vrij te geven per 2011. Inmiddels is bekend dat de tarieven niet eerder dan 2012 vrij worden gegeven, omdat dit onderwerp na de val van het kabinet controversieel is verklaard. Zie brief ministerie van VWS aan de Tweede Kamer van 4 februari 2011, Voorhang prestatiebeschrijvingen en invoering vrije tarieven farmaceutische zorg.

37. De NMa gaat in het besluit niet nader in op de mogelijke gevolgen van de overname voor zorgverzekeraars. Zorgverzekeraars voorzien landelijk en lokaal geen problemen, omdat Brocacef en Lloyds Nederland landelijk opereren via een keten van apotheken en zorgverzekeraars een contract sluiten met de gehele keten en geen uitzonderingen maken voor individuele apotheken.

38. Zie NMa Richtsnoeren Remedies, par. 19 e.v.

39. Besluit van 6 september 2010, zaak 6951, *Zorggroep Noorderbreedte - Ziekenhuis De Tjongerschans*.

40. Beschikking van 17 december 2008, zaak M.5046, *Friesland Foods - Campina*.

41. Beschikking van 20 augustus 2010, zaak M.5935, *Vion - Weyl*.

sequenties zal hebben voor de prijs van rundvlees, omdat de concurrentie op die markt groot is. Daarnaast hebben leveranciers van slachtrunderen voldoende alternatieven als Vion haar inkooprijzen naar beneden bij zou stellen. Naast Vion zijn er namelijk nog zeven andere slachterijen in Nederland actief. Op 4 mei 2010 heeft de NMa de overname van Alpuero door Van Drie, beide onder meer actief als kalverslachterij, goedgekeurd.⁴² Ook in deze zaak is beoordeeld of mogelijke inkoopmacht van Van Drie na de overname op de markt voor de inkoop van nuchtere kalveren en de markt voor de inkoop van vette kalveren op mededingingsbezwaren stuit. De NMa is van mening dat het ontstaan of versterken van inkoopmacht als zodanig niet problematisch is. Centraal staan de gevolgen voor de consument of eindgebruiker. Indien een onderneming stevig moet concurreren op de verkoopmarkt, dan profiteert de consument mee van een toename van inkoopmacht, doordat een onderneming prijsvoordelen door zal geven aan de eindgebruiker. Klagers hebben aangegeven dat zij vrezen dat de prijzen voor nuchtere kalveren en vette kalveren zullen dalen door de overname, omdat de inkoop van nuchtere en vette kalveren in Nederland nagenoeg in handen zal komen van één partij. Van Drie zal na de overname in Nederland een marktaandeel van [90-100]% hebben op de inkoopmarkt voor slachtkalveren. Er zijn daarnaast in Nederland slechts vier andere gespecialiseerde kalverslachterijen. De NMa is van mening dat het aannemelijk is dat met de overname van Alpuero door Van Drie een substantieel alternatief voor leveranciers van slachtkalveren zou kunnen wegvallen. Dit weerhoudt de NMa er echter niet van om de overname goed te keuren, omdat Van Drie na de overname een kleine speler is op de Europese markt voor de productie en verkoop van kalfsvlees en mogelijke inkoopmacht tot prijsvoordelen zal leiden voor de consument.⁴³ Dit standpunt van de NMa stemt overeen met haar Visiedocument Inkoopmacht van 2004. Toch bestaat het gevaar dat inkoopmacht tot schaarste kan leiden en daarbij is de consument niet gebaat. Belangrijker is echter dat de beoordeling van inkoopmacht in de agrarische sector veelal geen recht doet aan de discussie in hoeverre publieke belangen, zoals volksgezondheid en milieubescherming, moeten meewegen in het mededingingsrecht.⁴⁴ De focus van de NMa op consumentenwelvaart lijkt geen recht te doen aan de andere doelen die met het mededingingsrecht worden nagestreefd, zoals duurzame en sociale welvaart. Daarnaast blijft een eerlijke prijs voor de agrariër een gevoelig onderwerp, waaraan de NMa in de *Van Drie-Alpuero*-zaak in ieder geval geen recht heeft gedaan. De Europese Commissie lijkt wel aandacht te hebben voor de positie van de agrariër. In de *Friesland Foods-Campina*-zaak werkte de coöperatiestructuur beschermend ten aanzien van de

leden, zijnde leveranciers van rauwe melk. De Europese Commissie zag daarom geen prijsproblemen voor leden door de toename van het marktaandeel van de gefuseerde onderneming op de markt voor de inkoop van rauwe melk.

Distributie van studieboeken

In 2006 heeft de NMa onderzoek gedaan naar de markt voor het uitgeven van schoolboeken in het voortgezet onderwijs. Aanleiding voor dit onderzoek was de afschaffing van de vaste boekenprijs. Uit het onderzoek bleek dat er weinig prijsprikkels waren voor uitgeverijen en onvoldoende prijsconcurrentie. De oorzaak hiervoor was gelegen in de structuur van de markt. Scholen en docenten schreven boeken voor en ouders en leerlingen betaalden de boeken. Prijs speelde voor scholen en docenten geen of een beperkte rol bij de keuze voor boeken. In 2010 heeft de NMa aangekondigd dat zij opnieuw een scan zal uitvoeren om te beoordelen hoe deze markt nu functioneert na invoering van de Wet gratis schoolboeken in 2008.⁴⁵ Daarnaast heeft de NMa in 2010 voor het eerst onderzoek gedaan naar de markt voor de distributie van studieboeken. Aanleiding hiervoor is de overname van BGN door de Van Dijk Groep.⁴⁶ De Van Dijk Groep distribueert studieboeken voor het voortgezet onderwijs (hierna: VO) en het middelbare beroepsonderwijs (hierna: MBO) en verleent daaraan gerelateerde diensten. BGN distribueert educatieve boeken voor het hoger beroepsonderwijs (hierna: HBO) en het wetenschappelijke onderwijs (hierna: WO) en verleent eveneens daaraan gerelateerde diensten. Deze diensten houden onder meer in het verzorgen van de administratie, de facturering, het samenstellen van boekenlijsten en organiseren en beheren van boekenfondsen. Vanuit de vraagzijde bezien zijn studieboeken per opleidingsniveau niet substitueerbaar. De NMa concludeert dat vanuit de aanbodzijde de distributie van studieboeken voor het VO zich onderscheidt van de distributie van studieboeken voor andere opleidingsniveaus. Drie aspecten zijn daarbij van belang: de eindafnemer, de aard van de dienstverlening en het gebruik van Europese aanbestedingsprocedures. In het VO is het opleidingsinstituut de eindafnemer. In het MBO, HBO en WO is doorgaans de individuele leerling/student de eindafnemer. De bestelling en levering van studieboeken vindt in het VO plaats aan het begin van het jaar, terwijl dit in het HBO, WO en in mindere mate ook in het MBO op meerdere momenten in het jaar plaatsvindt. VO-instellingen maken gebruik van studieboeken van drie grote uitgevers en distributeurs kopen de boeken veelal rechtstreeks bij deze uitgevers. Voor het HBO, WO en MBO geldt dat een distributeur bij een groot aantal uitgevers boeken moet betrekken, omdat er een grote variëteit aan boeken wordt voorgeschreven. De dienstverlening verschilt eveneens tussen VO enerzijds en HBO, WO en MBO anderzijds. Een distributeur van studieboeken voor het VO dient een uitgebreid

42. Besluit van 4 mei 2010, zaak 6891, *Van Drie - Alpuero*.

43. Het Bundeskartellamt heeft eind december 2010 de overname eveneens goedgekeurd onder de voorwaarde dat de Van Drie Group haar activiteiten in de Duitse kalverhouderij beëindigt.

44. Zie T.R. Ottervanger, 'Maatschappelijk verantwoord concurreren', *M&M* 2010/3.

45. Zie persbericht NMa van 6 oktober 2010.

46. Besluit van 26 maart 2010, zaak 6842, *Van Dijk Groep - BGN*.

dienstenpakket aan te kunnen bieden. VO-instellingen maken gebruik van boekenfondsen, waardoor een distributeur over een omvangrijke logistieke organisatie dient te beschikken. Tot slot is een belangrijk verschil tussen VO en andere opleidingsniveaus dat sinds 2008 opdrachten aan distributeurs via Europese aanbestedingsprocedures worden gegund. Het inschrijven op een aanbesteding werpt aanzienlijke drempels op voor distributeurs om in aanmerking te komen voor de distributie van studieboeken in het VO. Referenties, financiële verplichtingen en omzeteisen beperken distributeurs in de deelname aan deze aanbestedingsprocedures. De NMa concludeert dat er sprake is van een aparte relevante markt voor de distributie van studieboeken voor het VO en (een) mogelijke markt(en) voor de distributie van studieboeken voor andere opleidingsniveaus. Bij de beoordeling van de gemelde overname houdt de NMa rekening met het wegvallen van potentiële concurrentiedruk en/of een grotere inkooppositie van de Van Dijk Groep richting uitgevers op mededingingsbezwaren stuit. Daarbij is enerzijds van belang dat een grotere inkooppositie tot prijsvoordelen voor eindafnemers kan leiden. Anderzijds kan een onderneming met deze prijsvoordelen concurrenten van de markt drukken. Dit kan uiteindelijk weer tot een prijsstijging of kwaliteitsvermindering leiden. Bij de beoordeling van de inkooppositie van de Van Dijk Groep concentreert de NMa zich op de kortingssystematiek van uitgevers. Alhoewel de grootte van de distributeur, in de zin van de totale inkoop bij de uitgever, van invloed is op de hoogte van de korting die een distributeur kan behalen, blijkt uit onderzoek dat de relatie tussen de grootte van een distributeur en de hoogte van de korting niet rechtsevenredig is. Uitgevers zijn tevens van mening dat de markt voor distributie van studieboeken voor het VO reeds sterk is geconcentreerd en dat zij er geen belang bij hebben om de Van Dijk Groep na de overname een hogere korting te geven. De onderhandelingsmacht van de Van Dijk Groep ten opzichte van de uitgevers zal na de overname ook beperkt zijn, omdat onderwijsinstellingen bepaalde studieboeken voorschrijven en de Van Dijk Groep deze studieboeken zal moeten leveren. De NMa keurt de concentratie uiteindelijk goed.

Ingetrokken melding

In de telecomsector heeft KPN vriend en vijand verrast door haar melding bij de NMa van de overname van de huurovereenkomsten en courante voorraden van 52 T for telecom-winkels, enkele intellectuele eigendomsrechten waaronder het eigendom van het merk T for telecom en exploitatie van de bijbehorende website, in te trekken.⁴⁷ Naar aanleiding van de ingetrokken melding is een Wob-verzoek bij de NMa ingediend.⁴⁸ Een van de documenten die openbaar is gemaakt is het meldingsformulier van KPN en T for telecom. Hieruit blijkt dat partijen van mening zijn dat de concentratie niet meldingsplichtig is, omdat de vermogensbestanddelen die

KPN zal verkrijgen er niet toe leiden dat zij zeggenschap verkrijgt in een bedrijf dat op de markt aanwezig is en waaraan duidelijk een marktomzet kan worden toegewezen. Om zelfstandig op de markt actief te zijn en omzet te genereren zouden volgens partijen ook de aandelen, het hoofdkantoor, het personeel, andere huurovereenkomsten, franchiseovereenkomsten, formuleovereenkomsten met de franchisenemers, klant- en leverancierscontracten, service- en herstelactiviteiten aan klanten, geschillen en procedures, fiscale aangelegenheden, schoonmaakcontracten, onderhoudscontracten, beveiligingscontracten, nutscontracten en overige commerciële contracten op KPN moeten overgaan. Of de NMa partijen hierin gelijk zou hebben gegeven is zeer de vraag. Met het merk T for telecom en huurovereenkomsten van winkels op goede locaties zou KPN, gezien haar eigen bedrijfsactiviteiten, met deze voorgenomen concentratie met meer winkels actief op de markt kunnen zijn en omzet kunnen genereren.⁴⁹ De NMa zal ambtshalve een onderzoek moeten instellen om te achterhalen of KPN terecht zonder goedkeuring van de NMa de overname heeft afgerond.

Input foreclosure

Naast de ingetrokken melding van KPN heeft de NMa in de telecomsector de overname door Tele2 van BBned goedgekeurd.⁵⁰ Tele2 biedt producten en diensten aan op het gebied van mobiele en vaste telefonie, breedbandtoegang, huurlijnen en TV-diensten op met name *retail*-niveau en in mindere mate op *wholesale*-niveau. BBned biedt ook producten en diensten aan op het gebied van vaste telefonie, vaste breedbandtoegang, huurlijnen en TV-diensten op zowel *retail*- als *wholesale*-niveau. Tele 2 en BBned hebben gedeeltelijk een eigen netwerk. De NMa onderzoekt onder meer in hoeverre partijen als gevolg van de concentratie de mogelijkheid en de prikkel hebben om een vorm van uitsluiting – *input foreclosure* – toe te passen, omdat er sprake is van een verticaal geïntegreerde onderneming. Bronafscherming kan in verschillende vormen voorkomen. Partijen kunnen besluiten geen transacties te verrichten met hun daadwerkelijke of potentiële concurrenten in de verticaal gerelateerde markt, de leveringen te beperken en/of de prijzen voor de leveringen aan concurrenten te verhogen. Zoals de Europese Commissie uitlegt in de Richtsnoeren niet-horizontale concentraties, kan bronafscherming alleen concurrentieproblemen oproepen, indien zij betrekking heeft op een belangrijke voorzieningsbron voor het benedenwaartse product.⁵¹ In de onderhavige zaak is *wholesale* breedbandtoegang een essentieel onderdeel voor de levering van *retail* breedbandinternettoegang door onafhankelijke *internet service providers* (hierna: ISP's) aan eindgebruikers. De NMa gaat bij haar beoordeling ervan uit dat KPN aanmerkelijke marktmacht heeft op de relevante markt voor hoge kwaliteit *wholesale* breedbandtoegang. Partijen zullen na de overname een gezamenlijk marktaandeel hebben van

47. Mededeling NMa van 30 juli 2010, zaak 6990, *KPN - T for telecom*.

48. Besluit van 8 oktober 2010, zaak 7017, *Wob-verzoek KPN - T for telecom*.

49. Zie hiervoor onder informele zienswijzen, verkrijgen van zeggenschap.

50. Besluit van 20 september 2010, zaak 7009, *Tele2 - BBned*.

51. 33-46.

[20-30]%. Zij zouden de toegang tot hun netwerk voor onafhankelijke ISP's onaantrekkelijk kunnen maken, indien onafhankelijke ISP's voor deze dienst geen alternatieven hebben. Hierdoor zou aanbodverschraling kunnen optreden voor afnemers van *retail* breedband-internettoegang. De vraag is derhalve of KPN een reëel alternatief is voor ISP's. De NMa concludeert dat hiervan sprake is en dat KPN concurrentiedruk uitoefent op partijen. KPN kan namelijk als enige een vrijwel 100% dekkingsgraad in Nederland aanbieden. Partijen hebben een dekkingsgraad van ongeveer 70%. Daarnaast worden de prijzen van KPN gereguleerd door de OPTA en houden partijen bij hun prijsstelling rekening met de prijzen die KPN hanteert. De gemelde concentratie stuit volgens de NMa derhalve niet op mededingingsrechtelijke bezwaren.

Vergunningsbesluiten

Biedmarkt

De NMa heeft in 2010 in drie zaken een vergunningsbesluit genomen.⁵² In alle zaken heeft de NMa een vergunning verleend. In de zaak *Veolia - CDC - Transdev* heeft de NMa aan partijen een vergunning verleend voor verkrijgen van gezamenlijke zeggenschap door Veolia Environment en CDC over hun respectievelijke dochterondernemingen Veolia Transport en Transdev. De nieuwe gemeenschappelijk onderneming, Veolia Transdev, zal actief zijn op het gebied van openbaar personenvervoer, ambulancevervoer, vervoer per touringcar en vervoer per taxi.⁵³ De Nederlandse dochterondernemingen Veolia en Connexxion zullen onderdeel uitmaken van Veolia Transdev. De activiteiten van deze ondernemingen overlappen op het gebied van openbaar vervoer en taxivervoer. De NMa heeft onderzoek gedaan naar het effect van de voorgenomen concentratie op aanbestedingen van openbaar vervoer en aanbestedingen van contractuele taxivervoer, als gevolg van het wegvallen van concurrentiedruk tussen Veolia en Connexxion. De betrokken relevante markten, betwistbaar openbaar vervoer en contractueel taxivervoer, zijn zogenoemde biedmarkten. Openbaarvervoerconcessies en contracten voor taxivervoer worden door middel van aanbestedingen gegund. Voor de beoordeling van een concentratie op een biedmarkt is het verloop van het concurrentieproces gedurende de aanbesteding van belang en in hoeverre Veolia en Connexxion concurrentiedruk van elkaar ondervinden. Indien Veolia en Connexxion belangrijke concurrenten van elkaar zijn, dan zou de concentratie tot gevolg kunnen hebben dat

de nieuwe onderneming minder scherp zal bieden bij aanbestedingen. Ten aanzien van de markt voor openbaar vervoer oordeelt de NMa dat de marktaandelen van Veolia en Connexxion uit het heden en verleden geen juiste afspiegeling vormen van hun daadwerkelijke concurrentiepositie. Kenmerkend voor een biedmarkt is dat marktaandelen na afloop van een concessie aanzienlijk kunnen wijzigen. Een nieuwe aanbestedingsronde biedt namelijk nieuwe kansen voor alle spelers op de markt en de zittende aanbieder geniet geen voordelen die doorslaggevend zijn voor het winnen van een aanbesteding. Dit wordt bevestigd door het feit dat er op de markt voor openbaar vervoer een nieuwe speler actief is, Qbuzz, die zeer succesvol is gebleken om aanbestedingen te winnen ten koste van de zittende aanbieders. Marktpartijen hebben hun zorgen geuit over de mogelijke schaalvoordelen die Veolia en Connexxion gezamenlijk kunnen behalen. Hierdoor zouden zij efficiënter kunnen meedoen aan aanbestedingen. Schaal- en efficiëntievoordelen stuiten volgens de NMa echter niet op mededingingsbezwaren, omdat deze voordelen kunnen leiden tot een betere prijs-kwaliteitverhouding voor de consument. Ten aanzien van de concurrentiedruk die Veolia en Connexxion op elkaar uitoefenen concludeert de NMa dat dit een beperkte rol speelt bij de beslissing om wel of geen bod uit te brengen. In beginsel willen en kunnen marktpartijen op elke aanbesteding meebieden. Vooral de voorwaarden die zijn verbonden aan een concessie zijn van groot belang om wel of niet een bod uit te brengen. Ook de hoogte van het bod wordt beperkt beïnvloed door concurrentiedruk. Vooral de eigen kosten spelen een belangrijke rol bij de hoogte van het bod. De conclusie luidt uiteindelijk dat bij een aanbesteding ondernemingen een tamelijk abstracte inschatting maken van de concurrentie. Het biedproces is vrij ingewikkeld en het is moeilijk om de concurrentie in te schatten. Connexxion en Veolia worden derhalve niet als elkaars meest nabije concurrenten gezien. De NMa concludeert uiteindelijk dat er na de concentratie voldoende concurrentie overblijft. Naast Connexxion en Veolia zijn er maar vier andere ondernemingen actief op de markt voor openbaar vervoer, namelijk Arriva, Syntus, Qbuzz en NS. Toch blijkt uit het onderzoek van de NMa dat Connexxion en Veolia regelmatig concessies verliezen aan deze andere aanbieders en dat het voor nieuwe aanbieders mogelijk is om tot deze markt toe te treden.

52. Besluit van 6 mei 2010, zaak 6781, *Agrifirm - Cehave*, besluit van 9 december 2010, zaak 6957, *Veolia - CDC-Transdev* en besluit van 19 augustus 2010, zaak 6900, *Nordic Capital - Handicare*.

53. Het openbaar vervoer (over de weg, het spoor en het water) in Nederland wordt sinds de inwerkingtreding in 2001 van de Wet personenvervoer 2000 en het Besluit personenvervoer 2000 Europees openbaar aanbesteed via concessies. Uitzondering hierop zijn de concessies voor het hoofdrailnet en voor het stadsvervoer in Amsterdam, Den Haag en Rotterdam die op dit moment nog niet worden aanbesteed.

54. Zie voor een soortgelijke beoordeling van biedmarkten het besluit van 22 juni 2010, zaak 6937, *Stonehaven - Andreas*. De verkoop van kantoorwagons aan (middel)grote ondernemingen verloopt voornamelijk via aanbestedingen.

Private equity onderneming

Nordic Capital Funds is een *private equity* onderneming die voornamelijk investeert in grote en middelgrote bedrijven. Een van de investeringsfondsen van Nordic Capital, Nordic Capital V, heeft een meerderheidsbelang in Permobil AB. Dit is een Zweeds bedrijf dat elektrische rolstoelen produceert. Nordic Capital VII is voornemens om HC Holding AS over te nemen. Hierdoor verkrijgt zij zeggenschap over Handicare AS. Dit bedrijf produceert een breed assortiment aan mobiliteitshulpmiddelen, zoals elektrische rolstoelen, handbewogen rolstoelen en scootmobielen. De NMa heeft in het meldingsbesluit geconcludeerd dat er een aparte nationale markt voor de productie en verkoop van nieuwe elektrische rolstoelen bestaat, waartoe herverstrekte (tweedehands) elektrische rolstoelen, handbewogen rolstoelen en scootmobielen niet behoren.⁵⁵ Op deze markt zou na de overname het gezamenlijke marktaandeel van partijen hoog zijn. Dit hoge marktaandeel kan volgens de NMa niet overtuigend worden gerelativeerd door de concurrentiekracht van andere aanbieders of compenserende afnemersmacht van dealers. Op 19 augustus 2010 heeft de NMa geconcludeerd dat voor de overname een vergunning nodig is. Partijen hebben vervolgens een vergunning aangevraagd. De onderzoekshypothese in het vergunningsbesluit luidt: als gevolg van de voorgenomen concentratie verdwijnt de concurrentiedruk die Handicare en Permobil op elkaar uitoefenen, waardoor partijen winstgevend een significante prijsstijging voor elektrische rolstoelen kunnen doorvoeren. De NMa wijkt in het vergunningsbesluit niet af van haar eerdere marktafbakening. Een elektrische rolstoel is op basis van vraagsubstitutie niet uitwisselbaar met een scootmobiel of een handbewogen rolstoel. Een eindgebruiker komt op basis van een medische indicatiestelling in aanmerking voor een van de genoemde mobiliteitsproducten en heeft geen vrij keuze. Ook herverstrekte elektrische rolstoelen behoren niet tot de relevante markt. Bij een eventuele prijsstijging van nieuwe elektrische rolstoelen kunnen dealers niet meer herverstrekte elektrische rolstoelen gaan leveren. Dealers herverstreken nu al optimaal. Daarnaast sluiten dealers in het kader van Wet maatschappelijke ondersteuning vaak overeenkomsten voor nieuwe elektrische rolstoelen. Door de aanwezigheid van nationale voorkeuren en de afwezigheid van betekenisvolle import blijft de NMa bij haar standpunt dat de geografische markt nationaal is. Na de overname zullen partijen een gezamenlijk marktaandeel hebben van [80-90]% op de markt voor de productie en verkoop van nieuwe elektrische rolstoelen in Nederland. Dealers hebben volgens de NMa onvoldoende mogelijkheden om over te schakelen op alternatieve leveranciers van elektrische rolstoelen. De overige concurrenten op de markt hebben een zeer beperkt marktaandeel en leveren ook niet allemaal een compleet assortiment van mobiliteitsproducten, zoals partijen. Er gaat tevens onvoldoende concurrentiedruk uit van de dreiging van dealers om verticaal te integreren of om

toetreding tot de markt te ondersteunen. Nordic Capital heeft uiteindelijk aan de NMa voorgesteld om de productie en verkoop van drie elektrische rolstoelmodellen van Handicare, inclusief bijbehorende activiteiten en gerelateerde rechten, af te stoten. De NMa is met dit voorstel akkoord gegaan en heeft op 10 december 2010 een vergunning verleend. Naast een discussie over de relevante marktafbakening zijn de NMa en Nordic Capital het in de onderhavige zaak niet met elkaar eens over de betrokken ondernemingen bij de concentratie. Volgens Nordic Capital heeft de voorgenomen concentratie geen materiële gevolgen omdat de vennootschappen die in portefeuille worden gehouden door Nordic Capital VII en Nordic Capital V onderdeel uitmaken van verschillende investeringsfondsen. De NMa verwijst echter naar de Geconsolideerde Mededeling van de Europese Commissie en concludeert dat de concentratie wel materiële gevolgen heeft.⁵⁶ Een investeringsmaatschappij kan een gemeenschappelijke zeggenschapsstructuur uitoefenen over de verschillende fondsen die zij heeft opgericht. Daarnaast komt de gemeenschappelijke werking van de verschillende fondsen van de investeringsmaatschappij vaak tot uiting in een gemeenschappelijk merk voor de fondsen. Volgens de Europese Commissie kan een dergelijke organisatie van de verschillende fondsen door de investeringsmaatschappij tot resultaat hebben dat de omzet van alle vennootschappen die door de verschillende fondsen in portefeuille worden gehouden, meegerekend wordt bij de beoordeling van de vraag of de omzetcategorieën zijn bereikt, indien de investeringsmaatschappij via een van de fondsen middellijke zeggenschap verkrijgt over een vennootschap die in portefeuille wordt gehouden. Nordic Capital VII en Nordic Capital V behoren derhalve tot dezelfde onderneming. De concentratie heeft dus, via Permobil, gevolgen voor de positie van Nordic Capital op de markt voor de productie en verkoop van nieuwe elektrische rolstoelen in Nederland.

Rechtspraak

In de zaak *KPN-Reggefiber* heeft de NMa in 2008 onder voorwaarden een vergunning verleend voor de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming waarin KPN en Reggefiber hun glasvezelnetwerkactiviteiten zouden bundelen.⁵⁷ Ziggo en UPC hebben tegen dit besluit beroep aangetekend bij de Rechtbank Rotterdam. Op 18 november 2010 heeft de rechtbank in een tussenuitspraak geoordeeld dat de NMa zes weken de tijd krijgt om een motiveringsgebrek in het besluit te herstellen.⁵⁸ Dit is de eerste keer dat de rechtbank de NMa gedurende een beroepsprocedure in de gelegen-

55. Besluit van 19 augustus 2010, zaak 6900, *Nordic Capital - Handicare*.

56. Geconsolideerde Mededeling, par. 189 t/m 191.

57. Besluit van 19 december 2008, zaak 6397, *KPN-Reggefiber*. Zie ook M. de Jong en L. Haasbeek, 'Kroniek concentratiecontrole 2008', *M&M* 2009/1.

58. Tussenuitspraak Rb. Rotterdam van 18 november 2010, LJN BO4372, *Ziggo en UPCA/NMa* met als derde partijen KPN en Reggefiber.

heid stelt om een motiveringsgebrek te herstellen. Voorheen verklaarde de rechtbank het beroep (geheel of gedeeltelijk) gegrond en vernietigde (geheel of gedeeltelijk) het besluit van de NMa, waarna de NMa een nieuw besluit moest nemen, al dan niet gedurende de hoger beroepsprocedure bij het CBb. De rechtbank concludeert in de *KPN-Reggefiber*-zaak dat de NMa in haar prospectieve analyse van de markt voor koper en glasvezel enkel de concurrentieparameter prijs heeft onderzocht. Volgens de rechtbank had de NMa in het besluit ook nader moeten ingaan op overige concurrentieparameters. Mede in het licht van de voorwaarden waaronder de concentratie is goedgekeurd, moet de NMa dit motiveringsgebrek herstellen. Een van de voorwaarden houdt in dat KPN en Reggefiber tariefplafonds opleggen aan de gemeenschappelijke onderneming. Deze voorwaarde is volgens Ziggo en UPC niet effectief genoeg, omdat mogelijke problemen met andere concurrentieparameters hierdoor niet worden aangepakt. Ziggo en UPC verwijzen daarbij naar de beschikking van de Europese Commissie in de zaak *Ryanair/Aer Lingus*, waarin een concentratie uiteindelijk niet is goedgekeurd, omdat de voorgestelde remedies onvoldoende waren om alle mededingingsbezwaren weg te nemen.⁵⁹ De rechtbank heeft overigens geoordeeld dat de NMa het besluit ten aanzien van de markt voor glasvezel, de *trunk*-markt en de markt voor *wholesale* breedbandtoegang voldoende heeft gemotiveerd.⁶⁰ De rechtbank doet echter nog geen einduitspraak over de beroepsgronden van Ziggo en UPC. Partijen kunnen nog schriftelijk reageren op het vernieuwde besluit van de NMa. Pas na de einduitspraak staat voor partijen hoger beroep open tegen de tussenuitspraak en de einduitspraak.

59. Beschikking van de Europese Commissie van 27 juni 2007, M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*.

60. De *trunk*-markt bestaat uit de transmissiecapaciteit tussen regionale netwerkknooppunten.