

Annotatie

Sandd/Selekt Mail

Mr. B.J.H. Braeken*

Bij besluit van 8 april 2011 heeft de raad van bestuur van de NMa (hierna: NMa) bepaald dat voor de toestandbrenging van de overname door Sandd B.V. (hierna: Sandd) van Deutsche Post Selekt Mail Nederland C.V. en Deutsche Post Mail Distribution (Netherlands) B.V. (hierna tezamen: Selekt Mail) geen vergunning is vereist.

De NMa komt tot dit besluit ondanks haar inschatting dat het verdwijnen van Selekt Mail van de Nederlandse markt kan leiden tot significante mededingingsbeperkende effecten. Doorslaggevend voor haar beslissing om toch geen vergunning te eisen, is de afwezigheid van causaliteit tussen de concentratie en de mededingingsbeperkende effecten. Uit een analyse van de *counterfactual* blijkt namelijk dat deze effecten zich vermoedelijk ook zullen voordoen in een scenario waarin Selekt Mail niet wordt overgenomen door Sandd.

Feiten

Sandd is een Nederlands postbedrijf dat actief is op het gebied van de bezorging van gesorteerde en (in mindere mate) ongesorteerde geadresseerde post voor grootverzendders. Selekt Mail is een onderdeel van Deutsche Post en is eveneens actief op het gebied van de bezorging van gesorteerde en ongesorteerde geadresseerde post.

Liberalisering postmarkt

Allereerst schetst de NMa in het besluit de achtergrond van de Nederlandse postmarkt. Deze markt is vanaf 2000 geleidelijk geliberaliseerd. Als gevolg van die liberalisering hebben Sandd (in 2001) en Selekt Mail (in 2006) de postmarkt betreden. In 2006 is Netwerk VSP (als dochter van thans Post NL) tot de markt toegetre-

den. In 2009 is de liberalisering van de Nederlandse postmarkt de laatste fase ingegaan naar volledige liberalisering. Nederland liep daarmee voor op de Europese afspraken op grond waarvan de postmarkt (pas) in 2011 moest worden geliberaliseerd. Aan de volledige liberalisering heeft het kabinet de voorwaarde gesteld dat sprake moet zijn van sociaal aanvaardbare arbeidsvoorwaarden voor postbezorgers bij Sandd, Selekt Mail en Netwerk VSP. De gesprekken tussen de vakbonden en de bedrijven over sociaal aanvaardbare arbeidsvoorwaarden hebben uiteindelijk geleid tot de vaststelling van het Tijdelijk Besluit Postbezorgers 2011.¹ Op grond daarvan moet met ingang van 1 januari 2014 minstens 80% van de postbezorgers van de nieuwe postbedrijven een arbeidsovereenkomst hebben.

Een andere ontwikkeling waarop de NMa wijst, is de krimp van de postmarkt. Als gevolg van de substitutie door e-mails alsook door de economische crisis neemt het postvolume de laatste jaren met gemiddeld 10% per jaar af.²

Beoordeling van de transactie

Afbakening relevante markt

De markt voor geadresseerde zakelijke post kan worden onderscheiden naar (1) type poststukken, (2) bezorgtijd en (3) type klant. De exacte gezamenlijke positie van partijen op deze (deel)markten is volgens de NMa echter niet relevant voor de onderhavige beoordeling. Daarom gaat de NMa in het Besluit uit van een nationale markt voor geadresseerde zakelijke post.³

1. Besluit van 29 maart 2011 tot vaststelling van de verplichting van postvervoerbedrijven om arbeidsovereenkomsten aan te gaan met postbezorgers, *Stb.* 2011, 159.
2. Besluit, randnr. 16.
3. Besluit, randnrs. 21 t/m 24.

* Mr. B.J.H. Braeken is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

Gevolgen van de concentratie

Op de nationale markt voor geadresseerde zakelijke post hebben Sandd en Selekt Mail een gezamenlijk marktaandeel van 15%. De overige 85% is in handen van Post NL en Netwerk VSP. Volgens de NMa disciplineren regionale postbedrijven slechts in geringe mate de landelijk opererende postbedrijven. Hun gezamenlijk marktaandeel bedraagt minder dan 1%. Volgens de NMa missen deze partijen de slagkracht om te voldoen aan de vraag van zakelijke afzenders die hun post landelijk willen bezorgen. De NMa gaat in haar analyse dan ook uit van een scenario waarin slechts twee spelers overblijven op de landelijke markt voor de bezorging van zakelijke post.⁴

Het is volgens de NMa niet aannemelijk dat na de voorgestelde concentratie een nieuwe partij tot de markt zal toetreden. De belangrijkste toetredingsdrempel is het benodigde volume om een efficiënte postbezorging te realiseren. De NMa wijst in dit verband op de 'postdichtheid': een verhoging van het postvolume binnen een vaststaand netwerk (dus een verhoging van het aantal poststukken dat binnen een bepaald netwerk wordt bezorgd) leidt tot een daling van de gemiddelde kosten per poststuk. Juist voor nieuwe spelers zonder enig volume zal het lastig zijn om een efficiënte schaal te bereiken. Uit de Postmonitor van OPTA blijkt bovendien dat artikel 9 van de Postwet 2009 niet heeft geleid tot toetreding tot de markt.⁵ Dit is voornamelijk toe te schrijven aan schaafeffecten en een krimpende markt.

De NMa gaat evenmin uit van een scenario waarin de regionale bedrijven in toenemende mate gaan samenwerken en zich bundelen tot één landelijke aanbieder. Vanwege hun beperkte volume en slagkracht acht de NMa deze regionale postbedrijven niet in staat tijdig, 'bijvoorbeeld binnen een termijn van één à twee jaar', landelijke dekking te bieden.⁶

Afnemersmacht

De NMa onderzoekt vervolgens of afnemersmacht een relativerende factor vormt. De NMa wijst in dat kader op het belang van volume in de postsector. Omdat een toename of daling van het postvolume een aanzienlijke impact heeft op de kosten per eenheid, concurreren postbedrijven hevig met elkaar teneinde contracten te sluiten met grote bedrijven. Deze contracten hebben een looptijd van één jaar en een maximale looptijd van drie jaar. Contractsonderhandelingen nemen tot wel zes maanden in beslag en in deze onderhandelingen nemen afnemers een sterke positie in.⁷

Minder grote afnemers kunnen bovendien hun volume bundelen door gebruik te maken van intermediairs. Uit marktonderzoek blijkt dat de prijs per poststuk die intermediairs bedingen over het algemeen lager is dan

de prijzen die kleine afnemers zelfstandig kunnen bedingen.⁸

De NMa concludeert dat afnemersmacht een 'relativerende factor' vormt ten opzichte van de mogelijke marktmacht van de twee overblijvende landelijke spelers.⁹

Niet-gecoördineerde effecten

De NMa gaat voort in op de niet-gecoördineerde effecten van de transactie.¹⁰ De NMa stelt vast dat voorafgaand aan de transactie drie partijen een stevige concurrentie voeren op basis van de prijs voor postdiensten. De sterk gedaalde prijzen duiden op een prijzenoorlog. Vrijwel alle afnemers verwachten dat de prijzen zullen stijgen als gevolg van de concentratie. Een aantal afnemers heeft echter te kennen gegeven dat het huidige prijsniveau waarschijnlijk niet houdbaar is.

De NMa concludeert dat de overname 'in ieder geval op de korte termijn' kan leiden tot prijsstijgingen voor postdiensten. De NMa tekent daarbij aan dat 'een bepaalde mate van afnemersmacht' voor enige relativering kan zorgen.

Gecoördineerde effecten

Vervolgens gaat de NMa in op eventuele gecoördineerde effecten van de transactie. In dit kader onderzoekt de NMa of de transactie zal leiden tot het ontstaan van een collectieve machtspositie dan wel stilzwijgende coördinatie. Onder verwijzing naar de criteria zoals die zijn ontwikkeld in de Europese jurisprudentie, in het bijzonder het arrest inzake *Airtours*,¹¹ concludeert de NMa dat niet aan deze voorwaarden wordt voldaan. De NMa wijst in dit verband op de asymmetrische kostenstructuur van Post NL enerzijds en Sandd/Selekt Mail anderzijds. Doordat Post NL en Sandd/Selekt Mail wezenlijk van elkaar verschillen wat betreft omvang, marktaandeel en kostenstructuur, is het volgens de NMa niet aannemelijk dat zij tot een onderlinge verstandhouding kunnen komen. Vanwege het bestaan van schaafeffecten acht de NMa het aannemelijk dat marktpartijen de prikkel blijven houden om te concurreren op het binnenhalen van meer volume.¹²

Causaal verband

Op basis van de hierboven besproken aspecten concludeert de NMa dat 'op voorhand niet [kan] worden uitgesloten' dat zich na de concentratie een significante beperking van de mededinging zal voordoen. De NMa is echter tevens van mening dat er geen causaal verband bestaat tussen de voorgenomen concentratie en de mogelijke beperking van de mededinging. De NMa noemt hiervoor twee redenen. In de eerste plaats is het volgens de NMa onvermijdelijk dat Selekt Mail zich van

4. Besluit, randnrs. 30 t/m 33.

5. Art. 9 Postwet 2009 bepaalt dat een postbedrijf dat beschikt over een netwerk waarmee poststukken op ten minste vijf dagen per week kunnen worden bezorgd op alle adressen in Nederland, toegang tot zijn netwerk moet bieden tegen non-discriminatoire en transparante tarieven.

6. Besluit, randnr. 40.

7. Besluit, randnrs. 42 t/m 45.

8. Besluit, randnr. 46.

9. Besluit, randnr. 47.

10. Besluit, randnrs. 48 t/m 55.

11. Zie het arrest van 6 juni 2002 van het Gerecht in de zaak *Airtours/Europese Commissie*, par. 62, alsmede het arrest van 10 juli 2008 van het Hof van Justitie in zaak *Bertelsmann AG en Sony Corporation of America/Independent Music Publishers and Labels Association*, par. 251.

12. Besluit, randnrs. 58-60.

de Nederlandse markt zou terugtrekken. Dit kan worden opgemaakt uit interne stukken van Deutsche Post en Selekt Mail. Uit deze stukken blijkt (1) de slechte financiële positie van Selekt Mail en (2) dat het management van Selekt Mail is gevraagd zich voor te bereiden op een terugtrekking. Uit stukken van Deutsche Post van eind 2010 zou blijken dat het handhaven van de status quo niet langer als strategisch verantwoord werd beschouwd. De NMa concludeert vervolgens dat het onvermijdelijk is dat Selekt Mail op korte termijn van de Nederlandse markt verdwijnt, ongeacht de overname door Sandd.

In de tweede plaats wijst de NMa op de afwezigheid van alternatieve scenario's voor de overname door Sandd. In feite is volgens de NMa het enig alternatief een overname van Selekt Mail door Post NL. Maar dat scenario is volgens de NMa 'niet minder mededingingsbeperkend dan [een] overname van Selekt Mail door Sandd.'¹³

Conclusie

Ofschoon niet kan worden uitgesloten dat zich significante mededingingsbeperkende effecten kunnen voordoen als gevolg van het verdwijnen van Selekt Mail, concludeert de NMa dat er geen causaal verband bestaat tussen de onderhavige concentratie en de mogelijke beperking van de mededinging.¹⁴ Selekt Mail zou hoe dan ook van de markt zijn verdwenen en er zijn geen scenario's aanwezig die minder mededingingsbeperkend zijn dan een overname door Sandd. Op basis hiervan komt de NMa tot de slotsom dat voor de totstandbrenging van de transactie geen vergunning is vereist.

Commentaar

Het besluit *Sandd/Selekt Mail* onderschrijft de betekenis van het causaliteitsvereiste bij de beoordeling van concentraties. Op grond van artikel 37 lid 2 Mw kan de NMa bepalen dat voor het tot stand brengen van een concentratie een vergunning is vereist indien hij reden heeft 'om aan te nemen dat die de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie.' In deze toets ligt besloten dat er een causaal verband moet bestaan tussen de (totstandbrenging van de) concentratie en de (vermeende) mededingingsproblemen. Dit causaal verband blijkt nog duidelijker uit artikel 41 lid 2 Mw op grond waarvan een vergunning wordt geweigerd 'indien *als gevolg van* de voorgenomen concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt

of een deel daarvan op significante wijze zou worden belemmerd.'¹⁵

Het causaliteitsvereiste moet worden gezien in het licht van het doel van het concentratiecontroletoezicht, namelijk het preventief toetsen van structurele samenwerking(en) tussen twee of meer ondernemingen. Het toezicht op concentraties strekt ertoe blijvende veranderingen in de structuur van de markt mededingingsrechtelijk te toetsen. Het concentratiecontroletoezicht strekt er niet toe mededingingsproblemen die zich – ook geabstraheerd van de transactie – voordoen te remediëren. Voor dergelijke problemen bestaat er gedragstoezicht in de vorm van artikel 6 Mw (art. 101 VWEU) dan wel artikel 24 Mw (art. 102 VWEU).

In lijn hiermee heeft de Europese Commissie geëxpliciteerd dat bij het beoordelen van de effecten van een concentratie, de Commissie de mededingings situatie die uit de fusie zou voortvloeien moet vergelijken met die welke zonder de aangemelde fusie zou hebben bestaan.¹⁶

Dat is geen gemakkelijke taak voor toezichhouders. Het naar zijn aard onzekere karakter van *ex ante* toezicht is op zichzelf al lastig genoeg. Maar nog lastiger wordt het indien een toezichthouder een analyse van de mogelijke effecten van een concentratie moet afzetten tegen alternatieve hypothetische scenario's. Het scenario waarin de aangemelde concentratie niet zou plaatsvinden wordt vaak aangeduid als de 'counterfactual'.

In deze zaak is de *counterfactual* de situatie waarin Selekt Mail niet door Sandd wordt overgenomen. De NMa gaat daarbij kort in op drie alternatieve scenario's: (1) de situatie dat Selekt Mail door een nieuwe toetredster wordt overgenomen, (2) de situatie dat Selekt Mail (deels) door een andere landelijke speler wordt overgenomen en (3) de situatie dat Selekt Mail (deels) wordt overgenomen door een bestaande regionale speler die landelijk actief zou willen worden. De NMa concludeert hieromtrent dat scenario (1) en (3) niet aannemelijk zijn. Scenario (2), ofwel een situatie waarin Post NL Selektmail zou overnemen, is volgens de NMa 'niet minder mededingingsbeperkend' dan een overname door Sandd.

Het gebeurt niet vaak dat ondanks het feit dat het verdwijnen van een onderneming leidt tot mededingingsproblemen een concentratie toch wordt goedgekeurd, louter en alleen omdat uit een analyse van de *counterfactual* volgt dat er geen alternatief scenario is dat minder mededingingsbeperkend is.

Aanvankelijk maakte de *counterfactual* onderdeel uit van het *failing firm*-verweer. Dit verweer is, voor zover bekend, voor het eerst gevoerd in de zaak *Kali und Salz/MdK/Treuhand*.¹⁷ In dit besluit bepaalde de Commissie dat een concentratie niet leidt tot het ontstaan of

13. Besluit, randnrs. 74-75.

14. Besluit, randnrs. 78-79.

15. Zie tevens Rb. Rotterdam van 7 december 2005 naar aanleiding van het beroep tegen het besluit van de NMa waarin zij bepaalde dat een vergunning was vereist voor de totstandbrenging van de overname van zorgverzekeraar OZ door zorgverzekeraar, LJN AU9053.

16. Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, 5 februari 2004, Pb. EU 2004, C 31, randnr. 9.

17. Beschikking van de Commissie van 14 december 1993, zaak IV/M.308, *Kali-Salz/MdK/Treuhand*.

versterken van een machtspositie indien de koper, ook in een situatie geabstraheerd van de concentratie, een machtspositie zou verkrijgen dan wel zijn machtspositie zou versterken. Om na te gaan of aan deze voorwaarde was voldaan, stelde de Commissie drie criteria vast. In de eerste plaats zou de in moeilijkheden verkerende onderneming zonder de concentratie in de nabije toekomst de markt moeten verlaten. In de tweede plaats zou zonder de transactie het marktaandeel van de *failing firm* volledig toevallen aan de overnemende partij. In de derde plaats is er geen alternatieve transactie mogelijk die de mededinging in mindere mate zou belemmeren.¹⁸ Het tweede criterium (namelijk dat ook zonder concentratie het marktaandeel volledig zou toevallen aan de koper) maakt het erg lastig met succes een beroep te doen op het *failing firm*-verweer. Het is waarschijnlijk dat indien een onderneming is 'gedoemd' van de markt te verdwijnen, alle nog resterende partijen hun machtspositie zien versterken. Maar in de meeste gevallen is het schier onmogelijk te bewijzen dat in een situatie zonder concentratie de koper het volledig marktaandeel van de *failing firm* zou overnemen.

In zijn arrest naar aanleiding van het beroep tegen dit arrest¹⁹ preciseerde het Hof van Justitie dan ook dit tweede criterium. Het Hof van Justitie overwoog:²⁰

'Vaststaat evenwel, dat zonder dit criterium een concentratie bij vervulling van alle andere criteria ook dan zou kunnen worden geacht niet de oorzaak van de verslechtering van de mededingingsstructuur van de markt te zijn, wanneer blijkt dat de overnemende onderneming zonder die concentratie niet het volledige marktaandeel van de overgenomen onderneming zou verwerven. Het bestaan van een oorzakelijk verband tussen de concentratie en de verslechtering van de mededingingsstructuur van de markt zou dan ook kunnen worden ontkend wanneer de mededingingsstructuur van de markt zonder de concentratie in mindere mate zou zijn verslechterd.' [cursivering toegevoegd]

Uit deze overweging blijkt dat een beroep op het *failing firm*-verweer ook kan slagen indien niet kan worden bewezen dat het volledig marktaandeel van de *failing firm* sowieso (derhalve: geabstraheerd van de transactie) zou toevallen aan de kopende partij. In zowel latere beschikkingen van de Commissie²¹ als in de Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies²² is deze eis dan ook niet meer gesteld. In de Richtsnoeren maakt de Commissie duidelijk dat het *failing firm*-verweer succesvol kan worden ingeroepen indien (1) zonder concentratie de *failing firm* verdwijnt van de markt, (2) er geen minder mededingingsbeperkend scenario is en (3) de

activa van de *failing firm* zonder een fusie onvermijdelijk van de markt verdwijnen.²³

Vanaf 2002 lijkt de aandacht van de Commissie echter geleidelijk te verschuiven van het *failing firm*-verweer naar een beoordeling van de *counterfactual*. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de beschikkingen naar aanleiding van overnames van delen van het voormalig accountantskantoor Andersen.²⁴ In de zaak *Deloitte & Touche/Andersen UK* overwoog de Commissie dat vanwege de rol die Andersen speelde in het Enron-schandaal, Andersen in rap tempo haar reputatie verloor. Daarmee was in de visie van de Commissie het uiteenvallen van dit concern onvermijdelijk geworden. Vanwege het oligopolide karakter van de markt voor accountancy-diensten was de Commissie met name beducht voor het ontstaan van een collectieve machtspositie. De Commissie oordeelde echter dat in geen van de mogelijke scenario's waarin geen overname zou plaatsvinden de kans op een collectieve machtspositie kleiner zou zijn dan in de situatie waarin Andersen UK werd overgenomen door *Deloitte & Touche*. Om die reden zag de Commissie geen aanleiding zich te verzetten tegen de totstandbrenging van deze transactie.

Hoewel de mededingingsrechtelijke analyse in *Deloitte & Touche/Andersen UK* enige trekken vertoont van een analyse van het *failing firm*-verweer, verwijst de Commissie hier niet naar. Gesuggereerd is dat de overname van Andersen UK door *Deloitte & Touche* vermoedelijk niet zou voldoen aan de voorwaarden voor dit verweer.²⁵ Een andere zaak waarin op grond van een analyse van *counterfactual* een concentratie werd goedgekeurd, betrof *KLM/Martinair*.²⁶ Op basis van een nauwgezette beoordeling van de financiële en strategische positie van Martinair op het gebied van het passagiersvervoer concludeerde de Commissie dat de 'fusie-specifieke' effecten van de voorgenomen transactie op het passagiersvervoer van KLM en Martinair beperkt waren.²⁷ Ook in deze zaak werd niet verwezen naar het *failing firm*-verweer. Martinair was niet actief op het gebied van passagiersvervoer en luchtvracht. Als geheel was Martinair dan ook geen *failing firm*. Uit de beschikking van de Commissie lijkt echter wel te volgen dat het passagiersvervoer kon worden aangemerkt als een *failing 'division'*. Toch verwijst de Commissie ook niet naar het *failing division*-verweer, waarvan in onder meer de zaak *News-corp/Telepiù*²⁸ is vastgesteld dat een succesvol beroep hierop mogelijk is indien is voldaan aan dezelfde mate-

18. *Kali-Salz/MdK/Treuhand*, randnrs. 70-72.

19. HvJ EG 31 maart 1998, gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, *France Republiek/Commissie*.

20. *France Republiek/Commissie*, r.o. 114.

21. Beschikking van de Commissie van 11 juli 2001, zaak COMP/M.2314, *BASF/Eurodiol/Pantochim*.

22. Zie Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, randnrs. 89-91.

23. Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, randnrs. 89-91.

24. Beschikking van de Commissie van 1 juli 2002, zaak COMP/M. 2810, *Deloitte & Touche/Andersen UK*; Beschikking van de Commissie van 27 augustus 2002, zaak COMP/M.2824, *Ernst & Young/Andersen Germany*; Beschikking van de Commissie van 5 september 2002, zaak COMP/M.2816, *Ernst & Young France/Andersen France*.

25. A. Bavasso en A. Lindsay, 'Causation in EC Merger Control', *Journal of Competition Law and Economics* 2007, 3(2), p. 196.

26. Beschikking van de Commissie van 17 december 2008, zaak COMP/M. 5141, *KLM/Martinair*.

27. *KLM/Martinair*, randnr. 175.

28. Beschikking van de Commissie van 2 april 2003, zaak COMP/M. 2876, *News-corp/Telepiù*, randnr. 212.

riële eisen die gelden voor het *failing firm*-verweer. Belangrijk verschil met het *failing firm*-verweer is wel dat bij een zogeheten *failing division*-verweer strengere eisen worden gesteld aan de bewijslast. De Commissie acht dit noodzakelijk omdat anders elke concentratie waarbij een verlieslatende divisie is betrokken zou moeten worden goedgekeurd.²⁹

Dat brengt ons terug bij de hierboven besproken zaak *Sandd/Selekt Mail*. De NMa verwijst in deze zaak niet naar het *failing firm*-verweer. De economische entiteit waartoe Selekt Mail behoorde (het Deutsche Post concern) kon namelijk niet worden gekwalificeerd als een *failing firm*. De NMa verwees echter ook niet naar het *failing division*-verweer.

Dit doet de vraag rijzen waarom in de ene zaak wordt onderzocht of is voldaan aan de voorwaarden van het *failing firm*-/*division*-verweer, terwijl in andere (met name recentere) zaken wordt onderzocht of sprake is van causaliteit tussen de concentratie en de verwachte mededingingsbeperkende effecten.

De in de jurisprudentie en beschikkingenpraktijk van de Commissie ontwikkelde voorwaarden voor een geslaagd beroep op het *failing firm*- en *failing division*-verweer lijken verder te gaan dan op grond van een strikte toepassing van het causaliteitsvereiste gerechtvaardigd is. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat uit een analyse van de *counterfactual* blijkt dat er geen minder mededingingsbeperkende alternatieve scenario's zijn maar dat niet is voldaan aan het derde criterium voor een geslaagd beroep op het *failing firm*-verweer (te weten dat alle activa van de *failing firm* onvermijdelijk van de markt verdwijnen).³⁰ In zo een situatie biedt dan alleen de *counterfactual* uitkomst. Een ander verschil is dat uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie, met name de (weliswaar verouderde) beschikking *Rewe/Meinl*, volgt dat in geval van een beroep op het *failing division*-verweer strenge eisen worden gesteld aan de bewijslast die op de meldende partijen rust.³¹

Met haar analyse van de *counterfactual* lijkt de NMa een trend te volgen die reeds in eerdere beschikkingen van de Commissie te zien was. Kennelijk wenste de NMa zich niet te wagen aan de toepassing van de voorwaarden van het *failing firm*- of *failing division*-verweer. Anderzijds stond (in elk geval in de visie van de NMa) wel vast dat het vertrek uit de Nederlandse markt van *Selekt Mail* onvermijdelijk was en dat er geen alternatieve scenario's waren die minder mededingingsbeperkend zijn dan de overname van Selekt Mail door Sandd. Dat was voldoende voor de NMa om geen vergunning te eisen voor de totstandbrenging van deze transactie.

Het besluit van de NMa doet de vraag rijzen in hoeverre aan het *failing firm*- en *failing division*-verweer nog afzonderlijke betekenis toekomt voor de bij een concentratie betrokken partijen. Het is immers uitgesloten dat wél aan de eisen van het *failing firm*- of *failing division*-verweer is voldaan, maar dat uit een analyse van de *counterfactual* zou volgen dat er minder mededingingsbeperkende scenario's denkbaar zijn. Omdat de spiegelbeeldige situatie (wel voldaan aan afwezigheid van causaliteit maar niet aan eisen van *failing firm/division*) wél mogelijk is, lijkt de toegevoegde waarde van een *failing firm*-/*failing division*-verweer nog slechts beperkt.

Conclusie

Het besluit van de NMa inzake *Sandd/Selekt Mail* bevestigt dat op grond van het concentratiecontroletoezicht mededingingsautoriteiten uitsluitend kunnen interveniëren indien eventuele mededingingsbeperkende effecten het gevolg zijn van de voorgenomen transactie. Voor de vraag of mededingingsbeperkende effecten het gevolg zijn van de transactie moet een analyse worden gemaakt van de *counterfactual*. Indien uit een analyse van de *counterfactual* blijkt dat de betreffende mededingingsbeperkende effecten zich ook zonder transactie zouden voordoen, kunnen toezichthouders een transactie niet blokkeren. Daarmee onderstreept het besluit de betekenis van het causaliteitsvereiste. Uit het besluit volgt tevens dat het *failing firm*- dan wel *failing division*-verweer hooguit nog beperkte zelfstandige betekenis heeft.

29. De Commissie verwijst in dit kader naar randnr. 65 van de beschikking van de Commissie van 3 februari 1999, zaak IV/M.1211, *Rewe/Meinl*, randnr. 65. Hierin overweegt de Commissie als volgt: 'In such a case of a "failing-division defence" and not of a "failing-company defence", the burden of proving that the defence of lack of causality is valid must be especially heavy. Otherwise, every merger involving the sale of an allegedly unprofitable division could be justified under merger control law by the seller's declaring that, without the merger, the division would cease trading.'

30. Bavasso en Lindsay (2007), p. 194.

31. Zie voetnoot 29.