Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Artikel

Kroniek concentratiecontrole 2012

Mr. J.W. Fanoy, mr. M.J. Plomp, mr. N.C. Stive en mr. T. Raats*

Inleiding

Deze kroniek geeft een overzicht van de belangrijkste informele zienswijzen en besluiten van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Nederlandse rechtspraak met betrekking tot concentratiecontrole. Ook zullen nieuwe wetgeving en beleid op dit gebied aan bod komen. Waar nodig hebben schrijvers kanttekeningen geplaatst bij de rechtspraak en besluiten.

De cijfers[1]

In het onderstaande overzicht staan de kerncijfers van de NMa over het jaar 2012, afgezet tegen 2010 en 2011.

	2010	2011	2012
Opbrengst meldingen vergunningen in mln. EUR	1,3	1,4	1,6
Meldingen van concentraties	89	98	91
Ingetrokken meldingen	4	6	2
Ontheffing van wachtperiode	0	3	3
Besluiten op meldingen concentraties	83	87	99
Vergunning van concentratie vereist	7	5	5
Vergunningsaanvragen	4	5	6
Ingetrokken vergunningsaanvragen	1	2	1
Besluiten op vergunningsaanvraag	3	4	6

Wetgeving en beleid

Verhoging wereldwijde omzetdrempel

In het wetsvoorstel stroomlijning markttoezicht ACM is een verhoging van de 'wereldwijde' fusiedrempel van artikel 29 Mw opgenomen. Met een stijging van net geen 33 procent zal deze drempel omhoog gaan van 113.450.000 euro naar 150 miljoen euro. Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel stroomlijning markttoezicht ACM (hierna: de Toelichting) is deze omzetdrempel sinds de invoering van de Mededingingswet van 1 januari 1998 onveranderd gebleven en behelst de verhoging een afgeronde inflatiecorrectie vanaf 1998.[2] Dit in tegenstelling tot de 'nationale' drempel die met de

* Mr. J.W. Fanoy is advocaat bij BarentsKrans in Den Haag. Mr. M.J. Plomp is advocaat bij BarentsKrans in Den Haag. Mr. N.C. Stive is advocaat bij BarentsKrans in Den Haag. Mr. T. Raats is advocaat bij BarentsKrans in Den Haag.

1. Zie Kerncijfers NMa in 2012 in NMa jaarbericht 2012. De cijfers zijn voorlopig en kunnen door administratieve processen nog enigszins afwijken, aldus de NMa.

2. Toelichting bij wetsvoorstel stroomlijning markttoezicht ACM, 31 mei 2012, p. 20.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

introductie van de euro in 2001 is aangepast van 30 miljoen gulden naar 30 miljoen euro. De Toelichting vermeldt dat de aanpassing naar verwachting het aantal fusiemeldingen zal verminderen en daarmee ook de administratieve lasten voor ondernemingen zal afnemen. Een analyse door de NMa van de bij de NMa aangemelde concentraties in de periode 2009 tot en met 2011 heeft laten zien dat de aanpassing naar verwachting geen invloed zal hebben op het aantal (potentieel) mededingingsbeperkende concentraties. Het risico dat een (potentieel) mededingingsbeperkende concentratie die nu onder het toezicht valt door de aanpassing buiten het toezicht valt, is aldus zeer beperkt.

Omzetdrempels verzekeraars en zorgsector

Verder wordt de omzetdrempel waarboven een verzekeraar krachtens artikel 31 lid 2 Mw meldingsplichtig is gelijkgetrokken met de reguliere omzetdrempel. Volgens de Toelichting bestaat er niet langer een aanleiding voor een afwijkende omzetdrempel en is de wijziging in lijn met het huidige EU-concentratietoezicht.[3] Ook hier zullen de administratieve lasten waarschijnlijk afnemen. Een analyse van de in het verleden aangemelde concentraties wekt bovendien de verwachting dat deze aanpassing niet leidt tot een minder effectief concentratietoezicht op de verzekeringssector, aldus de Toelichting. Tot slot wordt nog in de Mededingingswet vastgelegd, zoals reeds geregeld in de Uitvoeringsregel pensioenfondsen, dat de wijze van omzetberekening voor pensioenfondsen op dezelfde wijze gebeurt als bij verzekeraars.[4]

Verlenging verlaging omzetdrempels zorgsector

Ten slotte is het besluit van 6 december 2007,[5] waarin de omzetdrempels voor concentraties tussen ondernemingen in de zorgsector voor de periode van 1 januari 2008 tot en met 1 januari 2013 zijn verlaagd van 113.450.000 euro tot 55.000.000 euro en van 30.000.000 euro tot 10.000.000 euro, verlengd voor een periode van vijf jaar (tot 1 januari 2018).[6] Volgens de nota van toelichting is met het initiële besluit beoogd te voorkomen dat de mededinging in de zorgsector wordt belemmerd, doordat zonder voorafgaande toetsing door de NMa nadelige concentraties plaatsvinden. Door verlaging van de omzetdrempels is de NMa in staat geweest meer concentraties van zorgaanbieders te toetsen en mogelijk mededingingsbeperkende concentraties met schadelijke gevolgen voor patiënten te voorkomen, aldus de NMa. Omdat de transitie van de zorgsector naar een vraaggestuurd stelsel nog in volle gang is, is vervolgens besloten om tot verlenging over te gaan.

3. Toelichting bij wetsvoorstel stroomlijning markttoezicht ACM, 31 mei 2012, p. 20.
4. Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen, *Stcrt.* 2009, 95.
5. Besluit van 6 december 2007, houdende tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen, *Stb.* 2007, 518.
6. Besluit van 19 oktober 2012, houdende wijziging van het Besluit tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen in verband met een verlenging van het besluit, *Stb.* 2012, 515.

Niet-controlerende minderheidsaandeelhouders

Ook al ziet het niet op Nederlandse wetgeving en beleid en valt het derhalve buiten het bereik van deze kroniek, schrijvers willen de lezer wel wijzen op de opmerkingen van vicepresident Almunia in november 2012 ten aanzien van de beoordeling van de verwerving van niet-controlerende minderheidsbelangen.[7] Almunia heeft aangegeven dat de Europese Commissie ongelukkig is met het feit dat dergelijke acquisities buiten het bereik van het Europese concentratietoezicht vallen, aangezien deze wel gevolgen kunnen hebben voor de mededinging. De Europese Commissie is dan ook voornemens om deze situatie te wijzigen. Dit kan worden gerealiseerd door een systeem waarbij enkel specifieke gevallen gemeld moeten worden, een systeem waarbij elke verkrijging van minderheidsdeelnemingen gemeld moeten worden, of een systeem van vrijwillige melding. De voorkeur van Almunia gaat uit naar het eerste systeem. Hij is voornemens om dit via een publieke consultatie voor te leggen aan de markt. Mocht de Europese Commissie dit doen, dan is goed denkbaar dat de ACM zal volgen.

Informele zienswijzen

Na deze opmerkingen ten aanzien van de wetgevings- en beleidsontwikkelingen, behandelen schrijvers de belangrijkste ontwikkelingen uit de beslissingspraktijk van de NMa in 2012. Schrijvers zullen eerst de afgegeven informele zienswijzen behandelen. Daarna volgen de meldings- en vergunningsbesluiten.

Exploitatie uitzendrechten

Eredivisie C.V. (ECV), een samenwerkingsverband van de voetbalclubs in de KNVB Eredivisie die hun uitzendrechten gebundeld aanbieden, heeft voor de exploitatie van deze rechten een licentie verleend aan Eredivisie Media en Marketing (EMM). EMM is in 2008 opgericht door ECV, in samenwerking met de KNVB en Endemol, om de liverechten van de clubs te exploiteren op een eigen betaalzender (de Eredivisie Live kanalen). De samenvattingsrechten worden ook via EMM geëxploiteerd, die aan de NOS een licentie heeft verleend voor de uitzending van de eerste samenvattingsrechten. Tijdens het meldingsproces voor de overname van EMM door *Fox International Channels* – zie voor een bespreking hiervan het onderdeel 'Meldingen en vergunningsaanvragen' in deze kroniek – hebben partijen ten aanzien van de exploitatie van de uitzendrechten van Eredivisiewedstrijden tevens om een informele zienswijze gevraagd over de verenigbaarheid van de voorgenomen wijze van exploitatie van de uitzendrechten met de artikelen 6 en 24 Mw. In beginsel valt deze informele zienswijze zodoende buiten de reikwijdte van deze kro-

7. Speech van commissaris Almunia bij de *conference on Competition Policy, Law and Economics*, Genua, Italië, 2 november 2012 (te vinden op de website van de Europese Commissie, <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-773_en.htm>).

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

niek, maar schrijvers willen de zienswijze toch behandelen gezien de verbondenheid met de melding. Volgens de NMa heeft de overname van EMM geen gevolgen voor de exploitatie van de live-uitzendingen via de Eredivisie Live kanalen, omdat EMM aan de NMa heeft toegezegd dat zij deze kanalen onder gelijke voorwaarden (non-discriminatoir) zal doorgeven aan alle aanbieders van televisie via kabel, satelliet of ether. Partijen zijn dan ook niet voornemens na overname een wijziging aan te brengen in de wijze van exploitatie van deze uitzendrechten. De samenvattingsrechten, die tot juli 2014 in licentie zijn gegeven aan de NOS, wil EMM echter vanaf 1 juli 2014 mogelijk zelf exclusief gaan exploiteren door middel van een eigen nieuwe televisiezender, het zogenoemde Fox NL kanaal. Partijen hebben aangegeven dat exclusieve exploitatie noodzakelijk is om de toetreding te bewerkstellingen. De NMa ziet het als een positieve ontwikkeling dat partijen mogelijk een nieuwe vrij toegankelijke televisiezender zullen starten, omdat de verwachting is dat dit concurrentie tussen zendgemachtigden van vrij toegankelijke televisie zal bevorderen en dit zal leiden tot een breder aanbod van televisieprogramma's voor consumenten. Een te lange exclusieve exploitatieduur zal de concurrentie tussen televisiezenders echter negatief kunnen beïnvloeden. Om tegemoet te komen aan de bezwaren van de NMa hebben partijen twee maatregelen voorgesteld. Allereerst hebben zij de periode van de licentie van de samenvattingen verkort tot zes jaar. Daarnaast hebben zij garanties gegeven die waarborgen dat televisiezenders kunnen bieden op de samenvattingsrechten na afloop van deze periode. De NMa concludeert dat de voorgenomen wijze van exploitatie van de uitzendrechten geen aanleiding zal zijn om ambtshalve een nader onderzoek in te stellen naar de verenigbaarheid van de exploitatie van de Eredivisie-uitzendrechten met artikel 6 en 24 Mw.

Economische activiteiten

In een zienswijze vraagt een universiteit de NMa, in het kader van de oprichting van een *joint venture*, welke van haar activiteiten als ondernemingsactiviteiten beschouwd moeten worden en als zodanig bij de bepaling van de omzet als bedoeld in artikel 29 lid 1 Mw moeten worden meegenomen.[8] De NMa vindt een aanknopingspunt in de Mededeling van de Europese Commissie inzake diensten van algemeen economische belang, waaruit blijkt dat onderwijsdiensten die hoofdzakelijk door de staat worden gefinancierd, met het oog op de sociale, culturele en opvoedkundige taak die de Staat jegens zijn bevolking behartigt, niet als economische activiteiten worden beschouwd.[9] Dit in tegenstelling tot onderwijs dat voornamelijk door ouders en leerlingen of uit commerciële inkomsten wordt bekostigd. De omzet moet dus worden berekend aan de hand van de omzet die de universiteit behaalt uit onderwijs dat niet hoofdzakelijk door de Nederlandse Staat wordt bekostigd, maar door of namens de studenten, hetgeen in deze zaak resulteerde in een meldingsplichtige concentratie.

Volwaardige gemeenschappelijke onderneming

In een volgende zienswijze is de vraag aan de orde of een gemeenschappelijke onderneming als 'volwaardig' heeft te gelden, om te kunnen bepalen of mogelijk sprake zou zijn van een meldingsplichtige concentratie.[10] Drie partijen zijn voornemens bepaalde activiteiten te bundelen door middel van het oprichten van een gemeenschappelijke onderneming, waarin alle drie de partijen (gezamenlijke) zeggenschap zullen verkrijgen. In de beginperiode zal de gemeenschappelijk onderneming voor veel van haar activiteiten zijn aangewezen op de moedervennootschappen en de ambitie is dat na twee tot drie jaar de gemeenschappelijke onderneming 20 tot 25 procent van haar omzet zonder tussenkomst van de moedervennootschappen zal realiseren. Hoewel geen verplichting bestaat voor de moedervennootschappen om opdrachten te laten uitvoeren door de gemeenschappelijke onderneming, heeft dit wel de voorkeur. Verder zal de gemeenschappelijke onderneming veel van de benodigde productiemiddelen inhuren van de moedervennootschappen en zal zij zelf geen personeel in dienst hebben, maar wordt via de moedervennootschappen personeel gedetacheerd. De NMa stelt dat de Geconsolideerde Mededeling een toetsingskader biedt voor de vraag of een gemeenschappelijke onderneming volwaardig is.[11] De kernvraag is in hoeverre een gemeenschappelijke onderneming onafhankelijk van de moedervennootschap(pen) activiteiten kan ontplooien. In dit geval zal de gemeenschappelijke onderneming in belangrijke mate gebruikmaken van de bedrijfsmiddelen van de moedervennootschappen. Hoewel de NMa dit vanwege het seizoensgebonden karakter van de activiteiten mogelijk als normaal ziet, maakt dit de gemeenschappelijke onderneming in de ogen van de NMa vooralsnog niet onafhankelijk, maar lijkt zij dit te zien als een indicatie dat de op deze markt vergelijkbare werkzame ondernemingen geen zelfstandige ondernemingen zijn. De verwachting dat de gemeenschappelijke onderneming ook nog na langere tijd voor een groot gedeelte van haar omzet afhankelijk zal zijn van de moedervennootschappen, is volgens de NMa een belangrijke indicatie van afhankelijkheid. De NMa concludeert dan ook dat geen sprake is van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming.

Pensioenfonds

Ten slotte wordt in een zienswijze het voornemen behandeld om een pensioenfonds te liquideren en tot

8. Deze zienswijze is niet voorzien van een kenmerk, de auteurs vermoeden echter dat het hier gaat om de samenwerking van de Universiteit Maastricht, DSM Nederland B.V. (onderdeel van Koninklijke DSM N.V.) en de provincie Limburg en de hiervoor opgerichte *joint venture* Chemelot Campus B.V. Deze concentratie is verder via een verkort besluit afgedaan (Besluit van de NMa van 28 juni 2012 in zaak 7376).
9. Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (2012/C 8/02).
10. Informele zienswijze van 20 juni 2012, zaak 7397.
11. Geconsolideerde Mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening 2004/139/EG betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (2008/C95/01).

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

collectieve overdracht van de waarde aan een andere onderneming over te gaan.[12] Partijen hebben een zienswijze gevraagd op de visie dat deze transactie niet kwalificeert als een meldingsplichtige concentratie, omdat de activiteiten van een ondernemingspensioenfonds in het algemeen en die van een gesloten fonds als de te liquideren onderneming in het bijzonder, geen ondernemingsactiviteiten zijn gezien het feit dat commerciële speelruimte ontbreekt. Ter onderbouwing van deze visie voert de verzoeker aan dat:

1. een ondernemingspensioenfonds geen invloed heeft op de pensioenovereenkomst;
2. er geen bevoegdheid is ondernemingen vrij te stellen van deelname;
3. een ondernemingspensioenfonds niet zelf kan bepalen voor wie het de pensioenovereenkomst uitvoert; en
4. een ondernemingspensioenfonds regelmatig het recht heeft in geval van tekorten een aanvulling van de werkgever te verlangen.

De NMa ziet echter geen reden om af te wijken van de lijn in de toelichting op de Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen, dat ondernemingspensioenfondsen ondernemingen zijn in de zin van de Mededingingswet.[13] In de toelichting is bepaald dat de activiteiten van een pensioenfonds van economische aard zijn, onder andere omdat de pensioenuitkeringen aan een deelnemer gebaseerd zijn op de premies die de deelnemer eerder individueel heeft ingelegd en op het beleggingsresultaat van het fonds, waarbij risico's worden gedragen door de direct betrokkenen (werkgevers, werknemers en gepensioneerden). Daarnaast heeft een pensioenfonds een hoge mate van beleidsvrijheid als het gaat om essentiële keuzes als premie, uitkering, beleggingsbeleid en indexatie. De wettelijke voorwaarden en beperkingen die worden gesteld aan pensioenfondsen gaan niet zover dat ze aan de activiteiten van een pensioenfonds het economisch karakter ontnemen. De NMa merkt nog op dat de activiteiten van een pensioenfonds niet alleen een economisch karakter hebben in relatie tot de deelnemers of de werkgever(s), maar ook tot de kapitaalmarkt waar het pensioenkapitaal wordt belegd.

Sancties en rechtspraak

Niet melden concentratie

In de vorige Kronieken concentratiecontrole is uitgebreid gesproken over het beboeten van verkopers in geval van *gun jumping*.[14] Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) bevestigde in 2012 dat in het geval van een verkrijging van uitsluitende zeggenschap, het de verkoper niet kan worden aangerekend indien ten onrechte niet is overgegaan tot een fusiemelding.[15] Ons inziens heeft het CBb daarmee eindelijk een einde gemaakt aan de jarenlange praktijk van de NMa om ten onrechte de verkoper te beboeten voor het niet melden van een concentratie. Op het moment dat het CBb deze uitspraak deed, liepen echter ook twee bezwaarfases in gelijkluidende zaken waar verkopers een boete hebben gekregen voor *gun jumping*. Het betrof het bezwaar van de Staat der Nederlanden en het bezwaar van Oliezadenspecialist Bunge.[16] De uitspraak van het CBb leidde ertoe dat de NMa afzag van deze boetes.

De vraag die sommigen zich vervolgens stelden was of de NMa op basis van deze nieuwe jurisprudentie gehouden was in het verleden opgelegde boetes te herzien. Een verzoek daartoe onder verwijzing naar de uitspraak van het CBb door Driesprong Participaties (hierna: Driesprong), voor een in 2010 opgelegde boete van 15.000 euro, wees de NMa echter af met toepassing van artikel 4:6 Awb.[17] Onder verwijzing naar vaste rechtspraak stelde de NMa dat de inhoud van inmiddels tot stand gekomen jurisprudentie niet kan gelden als nieuw feit of veranderde omstandigheden die aanleiding geven om op het oorspronkelijke besluit terug te komen. De reden hiervoor is dat dit afbreuk zou doen aan het wettelijke systeem waarin – uit oogpunt van rechtszekerheid en doelmatig bestuur – het instellen van rechtsmiddelen tegen besluiten van het bestuur binnen vaste termijnen dient te geschieden. Omdat Driesprong had nagelaten rechtsmiddelen aan te wenden, had het boetebesluit ondertussen formele rechtskracht gekregen en slechts in zeer klemmende gevallen kan het beginsel van formele rechtskracht uitzondering lijden, aldus de NMa. Hoewel juridisch misschien juist, is de uitkomst naar onze mening onbevredigend. Schrijvers verwijzen in dit kader ook naar het commentaar van Vinken en Heijmans[18] die terecht opmerken dat de NMa coulanter zou mogen zijn bij herzieningsverzoeken van verkopers ten aanzien van dergelijke boetes. Ons inziens is immers geen sprake van het profiteren van een succesvol beroep van een andere onderneming zoals bij kartelzaken het geval kan zijn.

Ten slotte werd de boete voor Soprol en Sofiprotéol, de koper van de aandelen in Saipol van het hierboven genoemde Bunge, door de NMa verlaagd van 677.000 naar 338.000 euro.[19] Soprol en Sofiprotéol gingen in bezwaar tegen de in eerste instantie opgelegde boete, die was vastgesteld met toepassing van een ernstfactor van 2. Soprol en Sofiprotéol wezen hierbij op de toelichting bij artikel 3 van de Boetebeleidsregels 2009, waaruit volgt dat een hogere ernstfactor alleen mag worden gehanteerd indien – gelet op de omstandigheden van het geval – de ernst van de overtreding onvoldoende tot uit-

12. Informele zienswijze van 13 september 2012, zaak 7502.
13. Toelichting op de Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen, *Stcrt.* 2009, 95.
14. M.J. Plomp, 'Kroniek concentratiecontrole 2010', *M&M* 2011/2 en J.W. Fanoy en N.C. Stive, 'Kroniek concentratiecontrole 2011', *M&M* 2012/2.
15. CBb 24 februari 2012, LJN BV6874.
16. Zie voor de achtergrond van deze zaken M.J. Plomp, 'Kroniek concentratiecontrole 2010', *M&M* 2011/2.
17. Besluit NMa 9 mei 2012, zaak 7385.
18. Zie bijvoorbeeld S.M.M.C. Vinken en G.W.B. Heijmans, 'Herziening van rechtens onaantastbare boetebeschikkingen: een (on)begaanbare weg?', *MP* 2012/7.
19. Besluit NMa 17 augustus 2012, zaak 6905.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

drukking komt in de categorie-indeling.[20] Omdat zij bij nader inzien erkende dat geen sprake was van dit soort omstandigheden wijzigde de NMa de ernstfactor van 2 naar 1.

Meldingsdrempels verzekeraars

In de zaak *Amlin/Staat der Nederlanden* kregen beide partijen een boete opgelegd nadat de Staat zijn aandelen in Fortis aan Amlin had verkocht zonder zich aan de *standstill*-bepaling te houden.[21] Beide partijen gingen in bezwaar en zoals eerder vermeld besloot de NMa, naar aanleiding van de *Pacton*-uitspraak van het CBb, de boete van bijna 800.000 euro aan de Staat in te trekken.[22] Het bezwaar van Amlin tegen haar boete van 1.400.000 euro is vervolgens door de NMa ongegrond verklaard.[23] Amlin is vervolgens tegen het bestreden besluit in beroep gegaan bij de Rechtbank Rotterdam. Kern van de zaak is de interpretatie van de artikelen 29 en 31 Mw. In artikel 31 Mw is bepaald dat voor een concentratie van verzekeraars de omzet zoals bedoeld in artikel 29 Mw moet worden vastgesteld aan de hand van de waarde van de bruto geboekte premies in het voorafgaande boekjaar, waarvan ten minste 4.540.000 euro ontvangen moet zijn van Nederlandse ingezetenen. Volgens Amlin vloeien uit de artikelen 29 lid 1 en 31 lid 2 Mw drie meldingsdrempels voort:

1. de gezamenlijke waarde van de bruto geboekte premies in het voorgaande boekjaar van de betrokken verzekeraars bedroeg meer dan 113.450.000 euro;
2. waarvan door ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder ten minste 30.0000.000 euro in Nederland is behaald; en
3. waarvan voor ten minste 4.540.000 euro is ontvangen van Nederlandse ingezetenen.

De NMa is van oordeel dat uit de artikelen 29 lid 1 en 31 lid 2 Mw slechts twee meldingsdrempels voortvloeien, namelijk (1) en (3). Volgens de NMa vervangt drempel (3) drempel (2) en in dit concrete geval zijn de drempels overschreden, waardoor het in artikel 34 Mw neergelegde verbod is geschonden. De rechtbank volgt de NMa en gaat niet mee met het betoog van Amlin, aangezien in de wet en de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunten te vinden zijn voor haar standpunt. Volgens de rechtbank doet het feit dat de mededinging op de Nederlandse markt niet zou zijn verstoord door de concentratie, niet af aan de verwijtbaarheid van het niet melden. De meldingsplicht is juist een vorm van preventief toezicht en geldt altijd, ook als de mededinging niet wordt verstoord. De rechtbank stelt wel vast, zoals Amlin ook betoogde, dat consequente toepassing van de Boetecode 2007 kan leiden tot willekeur en ongelijkheid in de hoogte van de boete. In het geval van Amlin is de omzet van Fortis meegenomen omdat de boetebeschikking niet is genomen in het jaar dat de concentratie tot stand is gekomen. Een boetebeschikking genomen op grond van de Boetecode 2007 na het jaar waarop de concentratie tot stand komt, neemt namelijk de omzet van de overgenomen onderneming mee bij de berekening van de hoogte van de boete, terwijl een boetebeschikking genomen in hetzelfde jaar dat de concentratie tot stand komt, deze niet meeneemt. Deze ongelijkheid heeft de rechtbank erkend en de rechtbank heeft de NMa in de gelegenheid gesteld dit gebrek in het bestreden besluit te herstellen door de onverkorte toepassing van de Boetecode 2008 alsnog van een nadere motivering te voorzien.

Beboetbaarheid leidinggevenden

- *Wegener*

De *Wegener*-zaak houdt de beoefenaars van het mededingingsrecht al vele jaren bezig en ook dit jaar kan het bespreken van (een onderdeel van) de *Wegener*-zaak in deze kroniek niet achterwege blijven. In de *Wegener*-zaak werden zowel Wegener als vijf bestuurders en commissarissen beboet omdat een voorschrift verbonden aan het vergunningsbesluit niet zou zijn nageleefd.[24] Dit voorschrift betrof het waarborgen van de onafhankelijkheid van PZC en BN/De Stem. De gedragingen die ertoe leidden dat sprake was van een overtreding van het voorschrift betroffen (1) het samenwerken en samenvoegen van de regioredacties van PZC en BN/De Stem, (2) het coördineren van het commerciële beleid van PZC en BN/De Stem en (3) het tot stand brengen van personele unies voor de RvC en directies van PZC en BN/De Stem. Zowel Wegener als de vijf bestuurders en commissarissen gingen in bezwaar tegen de opgelegde boetes. De NMa heeft de boetes vervolgens in bezwaar gehandhaafd, maar de Rechtbank Rotterdam heeft de NMa nu teruggefloten.[25] Hoewel de rechtbank het met de NMa eens is dat het voorschrift niet door Wegener is nageleefd, komt de rechtbank tot de conclusie dat niet alle gedragingen van Wegener een overtreding van het voorschrift hebben opgeleverd. Zo vormen slechts de gedragingen (1) en (3) een schending van de voorschriften. Volgens de rechtbank dient de NMa in alle gevallen duidelijke voorschriften te stellen, en indien dit niet gebeurt dan komt dit niet voor rekening en risico van de betreffende onderneming. Als uitgangspunt dient de letterlijke tekst van het voorschrift te gelden en niet de interpretatie van de NMa. Verder bieden de Boetebeleidsregels volgens de rechtbank te weinig nuance om tot een evenredige boete te komen. Op basis van al het voorgaande wordt de boete van Wegener fors verlaagd tot ongeveer 10 procent van het oorspronkelijke boetebedrag.

Opvallender aan deze zaak is echter het onderscheid dat de rechtbank maakt tussen de positie van de bestuurders enerzijds en de commissarissen anderzijds in het kader

20. Toelicht bij artikel 3, beleidsregels van de minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009, *Stcrt.* 2009, 14079.
21. Besluit NMa 3 mei 2010, zaak 6843. Zie voor een bespreking hiervan M.J. Plomp, 'Kroniek concentratiecontrole 2010', *M&M* 2011/2.
22. CBb 24 februari 2012, LJN BV6874.
23. Besluit op bezwaar NMa 27 mei 2011, zaak 6843 (*Amlin/Staat der Nederlanden*).
24. Besluit NMa 14 juli 2010, zaak 1528 (*Wegener*). Zie voor een annotatie P.P.J. van Ginneken, 'Wegener', *M&M* 2012/1.
25. Besluit op bezwaar NMa 24 augustus 2011, zaak 1528 (*Wegener*) en Rb. Rotterdam 27 september 2012, LJN BX8528.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

van het beboeten van een overtreder op basis van artikel 75a Mw. De NMa heeft op grond van dit artikel sinds 1 oktober 2007 de mogelijkheid een boete op te leggen aan natuurlijke personen (feitelijk leidinggevenden of opdrachtgevers).[26] In deze *Wegener*-zaak was de vraag of een commissaris gezien de statutaire status kon kwalificeren als een feitelijk leidinggevende of opdrachtgever. De beoordeling hiervan is volgens de rechtbank echter een feitelijke toets, waarbij de enkele statutaire status van ondergeschikte betekenis is. De voorzitter van de raad van bestuur van Wegener kan reeds vanwege zijn positie aangemerkt worden als feitelijk leidinggever. De rol van een commissaris kan volgens de rechtbank daarentegen slechts zelden verenigd worden met het begrip feitelijk leidinggevende. Om als feitelijk leidinggevende te kunnen worden aangemerkt moet een functionaris volgens de rechtbank een leidinggevende positie bekleden. Volgens de rechtbank zijn de mogelijkheden en invloed van commissarissen doorgaans beperkt tot het houden van toezicht. Wil volgens de rechtbank een commissaris als feitelijk leidinggevende worden aangemerkt dan moet een commissaris wel een bijzondere, voor een commissaris atypische rol binnen een onderneming hebben. Naar het oordeel van de rechtbank zijn de commissarissen in deze zaak noch in hun rol als gewone commissaris nog in hun specifieke rol aan te merken als feitelijk leidinggevenden en op basis daarvan vernietigt zij de boetes voor de twee commissarissen van Wegener. De aan de bestuurders opgelegde boetes zijn overigens ook aanzienlijk verlaagd, omdat zij niet gedurende de gehele inbreukduur de positie van bestuurder bekleedden. Door de uitspraak van de rechtbank is zodoende eindelijk meer duidelijkheid gekomen over de beboetbaarheid van commissarissen wegens overtredingen van de Mededingingswet. Ons inziens legt de rechtbank de lat voor het aanmerken van commissarissen als feitelijk leidinggevenden terecht hoog, maar blijft het wel oppassen voor commissarissen. Zeker door de komst van de Wet Bestuur en Toezicht en de mogelijkheid van een *one tier* model is het voor commissarissen nog wel opletten.[27]

- *Van Drie/Alpuro en KPN/Reggefiber*

Het afgelopen jaar heeft de Rechtbank Rotterdam tweemaal een einduitspraak gedaan nadat zij in een concentratiezaak gebruik had gemaakt van de op 1 januari 2010 in werking getreden zogenoemde 'bestuurlijke lus'. Artikel 8:51a Awb bepaalt dat de rechtbank het bestuursorgaan in de gelegenheid kan stellen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen. Bij toepassing van de bestuurlijke lus doet de rechtbank op grond van artikel 8:80a Awb een tussenuitspraak, waarbij zij vermeldt binnen welke termijn en zo veel mogelijk op welke wijze het bestuursorgaan het gebrek kan herstellen. Zoals door Plomp is opgemerkt,[28] is de bestuurlijke lus voor concentratiezaken in beginsel een positief middel om sneller een (eind)uitspraak van de rechtbank te krijgen. De eerste zaak betrof het in de Kronieken concentratiecontrole van de afgelopen twee jaar reeds behandelde goedkeuringsbesluit van de NMa voor de overname van Alpuro door Van Drie, beide actief in de kalverslachterij, waartegen de Nederlandse Melkveehoudersvakbond en de Nederlandse Bond voor Handelaren in Vee in beroep waren gegaan bij de Rechtbank Rotterdam. De rechtbank was in de tussenuitspraak van oordeel dat het bestreden besluit een zorgvuldigheids- en motiveringsgebrek bevatte en de rechtbank zag derhalve aanleiding om met toepassing van artikel 8:51a Awb de NMa in de gelegenheid te stellen dit gebrek te herstellen.[29] De NMa moest vooral verduidelijken en onderzoeken of sprake was van *deficit markets* in Duitsland, Italië en Frankrijk, hetgeen de NMa vervolgens heeft gedaan. In de einduitspraak volgend op de tussenuitspraak stelt de rechtbank dat de NMa heeft geconcludeerd dat deze landen inderdaad als *deficit* landen zijn te kwalificeren, maar ook dat Nederlandse afnemers mogelijkheden zien om te importeren vanuit deze *deficit markets* en dat een deel van de buitenlandse leveranciers uit deze markten mogelijkheden zien om naar Nederland te exporteren. Verder wijzen de onderzoeken van de NMa erop dat de prijzen en de prijsontwikkeling in Europa aan elkaar zijn gerelateerd en dat de prijsontwikkeling in de onderzochte landen een vergelijkbaar patroon volgt, hetgeen aantoont dat tussen die landen concurrentiedruk bestaat. Op grond van onder andere het voorgaande komt de rechtbank dan ook tot de conclusie dat de NMa voldoende onderzocht en gemotiveerd heeft dat Nederlandse afnemers van kalfsvlees voldoende alternatieve (buitenlandse) leveranciers van kalfsvlees hebben en daarmee heeft de NMa het zorgvuldigheids- en motiveringsgebrek hersteld.[30] De rechtbank is derhalve van oordeel dat de NMa voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de concentratie niet tot gevolg heeft dat de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de NMa dan ook op juiste gronden kunnen besluiten dat voor de overname van Alpuro door Van Drie geen vergunning was vereist.

De tweede zaak betrof de in 2008 door de NMa ontvangen melding van de voorgenomen oprichting van een *joint venture* door KPN en Reggefiber. Deze *joint venture* zou zich gaan bezighouden met de aanleg en exploitatie van glasvezelnetwerken ten behoeve van consumenten in Nederland. Onder de voorwaarden van een gedragsremedie heeft de NMa besloten dat voor de oprichting

26. Er is sprake van iemand die feitelijk leiding geeft aan een overtreding indien (1) hij maatregelen ter voorkoming van de gedraging achterwege laat, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden is, en (2) hij bewust de kans aanvaardt dat een bepaalde gedraging zich voordoet, zodat hij die gedraging opzettelijk bevordert. Zie ook de toelichting bij artikel 75a Mw, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 9.
27. Zie hierover bijvoorbeeld D.A.M.H.W. Strik, 'One tier board en aansprakelijkheid', *OR* 2012/91.
28. M.J. Plomp, 'ACM procedures: One strike and you're out', *MP* 2012/6. Zie over de toepassing van de bestuurlijke lus bij mededingingsrechtelijke zaken ook het artikel van T.N. Saunders, 'Het CBb als wetgever: de bestuurlijke lus toegepast bij bestuurlijke boetes', *M&M* 2012/3.
29. Rb. Rotterdam 25 augustus 2011, LJN BT8903.
30. Rb. Rotterdam 19 juli 2012, LJN BX1507.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

geen vergunning is vereist.[31] UPC en Ziggo hebben tegen dit besluit beroep ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam. Zij stelden zich op het standpunt dat de NMa onvoldoende heeft onderzocht welke mededingingsproblemen zich ten gevolge van de concentratie kunnen voordoen, dan wel dat de remedie die mededingingsproblemen niet, althans niet geheel, wegneemt. De Rechtbank Rotterdam oordeelde dat het NMa-besluit een motiveringsgebrek bevat en paste de bestuurlijke lus toe. Bij tussenuitspraak stelde de Rechtbank Rotterdam de NMa in de gelegenheid om binnen zes weken dit motiveringsgebrek te herstellen.[32] De NMa heeft van deze mogelijkheid gebruikgemaakt en een aanvullende motivering aan de rechtbank gezonden. In de einduitspraak gaat het alleen nog om de vraag of de NMa voldoende heeft gemotiveerd dat er geen ander horizontaal mededingingsrechtelijk probleem is dan de mogelijkheid van prijsverhogingen voor ontbundelde toegang (waarvoor een gedragsremedie was aangeboden).[33] De rechtbank oordeelt over de prospectieve analyse die de NMa in dat kader uitvoerde. De rechtbank verwijst naar een uitspraak van het CBb dat overwoog dat deze analyse 'dient te zijn gebaseerd op zich voor het voltrekken van de concentratie in werkelijkheid voordoende feiten en omstandigheden die aannemelijk moeten zijn'. Oftewel: een abstracte beschrijving van de marktsituatie die als uitgangspunt van de analyse wordt gebruikt, volstaat niet. De analyse moet gebaseerd zijn op feiten en omstandigheden die zich daadwerkelijk voordoen op de markt. Bij de waardering van economische feiten en omstandigheden heeft de NMa een zekere beoordelingsvrijheid. De rechtbank komt in haar einduitspraak tot het oordeel dat de NMa het motiveringsgebrek in voldoende mate heeft hersteld. Derhalve wordt het beroep van partijen gegrond verklaard en het bestreden besluit vernietigd, maar de rechtsgevolgen van het bestreden besluit blijven in stand.

Meldingen en vergunningsaanvragen

Ter inleiding op het onderdeel 'Meldingen en vergunningsaanvragen' willen schrijvers eerst een kritische opmerking maken over de huidige praktijk van de NMa om besluiten steeds vaker verkort af te doen. Schrijvers begrijpen de voordelen voor de NMa, maar merken wel op dat de NMa hierbij inconsequent is en er voor de markt en praktijkbeoefenaars zeer zeker nadelen aan kleven. Naar het oordeel van schrijvers worden steeds meer (mogelijk) inhoudelijk interessante concentraties verkort afgedaan en hierdoor wordt steeds minder inzage gegeven in het huidige denken binnen de NMa over mededingingsrechtelijke vraagstukken. Dit komt de transparantie niet ten goede en de NMa zou zich dan ook (meer) bewust moeten zijn van haar rol in de ontwikkeling van het mededingingsrecht en het belang van transparantie hierbij. Daarnaast kunnen ook vraagtekens worden gezet bij de (wan)verhouding tussen de hoogte van de administratieve vergoeding die de meldende partijen dienen te voldoen en de werkzaamheden van de NMa. In Nederland staat de hoogte van de vergoeding immers vast, ongeacht de werkzaamheden van de NMa. Gezien de trend van de verkorte besluiten, is het misschien raadzaam om bijvoorbeeld het Duitse systeem te overwegen waarbij de meldende partijen een vergoeding betalen die gerelateerd is aan de 'werkelijke' administratieve lasten voor de mededingingsautoriteit.

Zorgsector

In 2012 heeft de NMa acht concentratiemeldingen in de zorgsector ontvangen. Vier meldingen hadden betrekking op ziekenhuiszorg. De overige vier meldingen hadden betrekking op niet-klinische GGZ voor volwassenen en ouderen,[34] huishoudelijke hulp,[35] verslavingszorg,[36] verzorgingshuiszorg en psychogeriatrische verpleeghuiszorg.[37] In een van deze zaken (*Parnassia Bavo Groep – Stichting Emergis*) heeft de NMa geoordeeld dat een vergunning is vereist wegens het wegvallen van potentiële concurrentiedruk ten aanzien van de activiteiten van partijen op het gebied van niet-klinische GGZ voor volwassenen en ouderen in Zeeland. De belangrijkste concentratiebesluiten in 2012 betreffen echter de drie vergunningsbesluiten die de NMa heeft genomen. Op 2 november 2012 heeft de NMa – onder voorwaarde van een prijsplafond – een vergunning verleend voor de fusie tussen het TweeSteden ziekenhuis en het Elisabeth ziekenhuis in Tilburg,[38] de fusie tussen het Spaarne ziekenhuis en het Kennemer Gasthuis[39] en de fusie tussen Orbis en Atrium in Limburg.[40] Interessant aan deze vergunningsbesluiten zijn onder meer de overwegingen van de NMa over de 'ziekenhuismarkt in transitie'. Voor de relevante marktafbakening in deze drie fusiezaken verwijzen schrijvers naar de kroniek van 2011. Gezien het feit dat de zorgsector al een aantal jaren ruim aan bod is gekomen in de Kronieken concentratiecontrole en de wijze van marktafbakening en beoordeling niet of nauwelijks afwijkt, hebben schrijvers besloten slechts een tweetal besluiten te behandelen en verwijzen zij verder naar de besluiten van de NMa en naar de eerdere kronieken.

Tilburgse ziekenhuisfusie

Op 31 mei 2012 hebben het TweeSteden ziekenhuis en het Elisabeth ziekenhuis een vergunning bij de NMa

31. Besluit RvB NMa 19 december 2008, zaak 6397.
32. Rb. Rotterdam 18 november 2010, LJN BO4372.
33. Rb. Rotterdam 26 april 2012, LJN BW4162 en Rb. Rotterdam 10 mei 2012, LJN BW5478.
34. Besluit NMa 27 februari 2012, zaak 7326.
35. Besluit NMa 5 april 2012, zaak 7375.
36. Besluit NMa 27 april 2012, zaak 7334.
37. Besluit NMa 30 november 2012, zaak 7534.
38. Besluit NMa 2 november 2012, zaak 7295.
39. Besluit NMa 2 november 2012, zaak 7332.
40. Besluit NMa 2 november 2012, zaak 7326.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

aangevraagd om te kunnen fuseren. In het vergunningsbesluit omschrijft de NMa allereerst de ziekenhuismarkt als een markt in transitie. Hier voert de NMa een aantal argumenten voor aan. Ten eerste heeft van 2011 op 2012 een tweetal wijzigingen plaatsgevonden in de financierings- en bekostigingsstructuur. Enerzijds is het vrij onderhandelbare deel van de ziekenhuiszorg uitgebreid van 34 procent naar 70 procent. Anderzijds wordt in de periode 2012-2014 de *ex post* risicoverevening/nacalculatie geleidelijk afgebouwd. Beide wijzigingen hebben gevolgen voor de (prijs)onderhandelingen tussen zorgverzekeraars en ziekenhuizen. Zorgverzekeraars worden geprikkeld om scherp in te kopen en ziekenhuizen worden geprikkeld om op kwaliteit te presteren. Een tweede kenmerk van de ziekenhuismarkt in transitie is het Bestuurlijk Hoofdlijnenakkoord waarin zorgverzekeraars en ziekenhuizen hebben afgesproken zich in te spannen voor een beperking van de groei in zorgkosten. Specialisatie en spreiding van ziekenhuiszorg staat centraal. Ten derde is het prestatie- en tariferingssysteem in 2012 gewijzigd ten opzichte van 2011. De omschrijving van te declareren prestaties is van DBC's[41] (40.000) overgegaan naar DOT's[42] (4.000). Alhoewel de prikkels voor zorgverzekeraars om selectief zorg in te kopen hierdoor niet veranderen, heeft de wijziging in het prestatie- en tariferingssysteem wel gevolgen voor de onderhandelingen met ziekenhuizen. Prijsvergelijking tussen 2011 en 2012 van de producten die ziekenhuizen aanbieden, is namelijk niet goed mogelijk en derhalve is het lastig om reële prijzen te bepalen voor de DOT's. De NMa concludeert dat de prikkels en mogelijkheden voor zorgverzekeraars om scherp in te kopen zijn toegenomen. Zorgverzekeraars en ziekenhuizen ervaren echter wel knelpunten in de onderhandelingen in 2012. Tegelijkertijd zijn hun inschattingen voor de toekomst positief. Onzeker is echter hoe de onderhandelingen in de toekomst zullen verlopen.

Vervolgens omschrijft de NMa op welke wijze ziekenhuizen met elkaar concurreren. Ziekenhuizen concurreren met elkaar op prijs, hoeveelheid en kwaliteit. Zorgverzekeraars streven naar het terugbrengen van volume. Dit beleidsdoel staat los van het concentratietoezicht. Om die reden neemt de NMa deze concurrentieparameter niet mee in haar beoordeling. Bij de beoordeling van de fusie richt de NMa zich opmerkelijk genoeg enkel op de mogelijke gevolgen van de fusie voor de prijs van ziekenhuiszorg. Kwaliteit is echter volgens de zorgverzekeraars en de ziekenhuizen ook een belangrijke concurrentieparameter in de zorg. De NMa vindt het echter moeilijk om de mogelijke gevolgen van de fusie voor de kwaliteit van ziekenhuiszorg te beoordelen, mede omdat de NMa elk medisch inzicht in ziekenhuiszorg ontbeert, en laat deze beoordeling dan ook achterwege. Dit doet (wederom) de vraag rijzen of de NMa wel de juiste toezichthouder is om fusies in de ziekenhuissector te beoordelen. De zienswijze van de NZa lijkt de NMa in ieder geval niet te helpen. Evenals in andere besluiten merkt de NMa op dat de econometrische modellen die de NZa hanteert altijd een prijsstijging zullen voorspellen, zodra enige overlap bestaat tussen de werkgebieden van de concentratiepartners. De NZa houdt namelijk bij de berekening van eventueel prijsstijgingen geen rekening met efficiency- en synergievoordelen die door de concentratie zouden kunnen worden behaald. Toch komt de NMa tot het oordeel dat het risico bestaat dat de mededinging significant zal worden beperkt door de concentratie. De NMa vreest dat, als gevolg van de concentratie, prijsverhogingen zullen ontstaan op de relevante markt. De reden hiervoor is de onzekerheid die samenhangt met de transitiefase waarin de markt zich momenteel bevindt en die ertoe leidt dat het mogelijk is dat de zorgverzekeraars in de nabije toekomst nog onvoldoende in staat blijken te zijn de ziekenhuizen na de concentratie op prijs te disciplineren. De NMa verleent echter wel een vergunning, maar spreekt met het TweeSteden ziekenhuis en het Elisabeth ziekenhuis een prijsplafond af, om zodoende (onwenselijke) prijsstijgingen te voorkomen.

Na lezing van het vergunningsbesluit blijft in ieder geval bij schrijvers een onbevredigend gevoel achter vanwege de vele 'lastige' onderwerpen en 'moeilijkheden' waar de NMa in de ziekenhuissector blijkbaar tegenaan loopt, maar waar zij niet uitkomt en die zij verder lijkt te negeren. Zo negeert de NMa de rol van kwaliteit als concurrentieparameter omdat zij 'het medisch inzicht ontbeert'. Schrijvers zijn echter van oordeel dat de NMa niet met oogkleppen een fusie moet beoordelen. De NMa zou zich niet moeten blindstaren op eventuele prijsontwikkelingen als de kwaliteit als concurrentieparameter de gefuseerde entiteit kan disciplineren en het kwaliteitsniveau stijgt als gevolg van de fusie. Schrijvers zeggen niet dat de prijsontwikkeling volledig moet worden genegeerd, maar de NMa zou wel 'beter haar best mogen doen' om alle relevante informatie mee te nemen bij haar beoordeling. In ieder geval noopt het op haar rustende zorgvuldigheidsbeginsel hiertoe. Ten aanzien van het prijsplafond als zogenoemde gedragsremedie is reeds eerder kritiek geuit in de Zeeuwse ziekenhuisfusie.[43] Schrijvers zien het prijsplafond daarnaast als een potentieel risico voor de kwaliteit van ziekenhuis-

41. 'Diagnosebehandelcombinatie', oftewel het totale traject vanaf de diagnose van de specialist tot en met de (eventuele) ziekenhuis-/medisch specialistische behandeling die hieruit volgt.
42. 'DBC's op weg naar transparantie', het traject om te komen tot een verbeterd declaratiesysteem voor ziekenhuizen. De NZa geeft aan dat de nieuwe DBC-zorgproducten een aanzienlijke verbetering zijn ten opzichte van de oude DBC-systematiek omdat de nieuwe producten medische beter herkenbaar zijn, specialisme overstijgend zijn en aansluiten op het internationale diagnosestelsel ICD10.
43. M. Varkevisser en F.T. Schut, 'Zorgspecifieke fusietoets is overbodig en ongewenst', *TvT* 2011, nr. 1: 'Zo moet sterk worden getwijfeld aan de effectiviteit van het ingestelde prijsplafond (voorwaarde 1), waarbij de gemiddelde prijs van het fusieziekenhuis het landelijke gemiddelde niet mag overtreffen. Behalve dat het lastig zal zijn om bij de vaststelling van het prijsplafond adequaat te corrigeren voor verschillen in patiëntenpopulatie, zal pas twee jaar later duidelijk worden of het prijsplafond in het lopende jaar al dan niet wordt overschreden. De voorwaarde is dus niet alleen praktisch moeilijk uitvoerbaar, maar biedt het fusieziekenhuis bovendien de gelegenheid om twee jaar lang hoge prijzen te vragen waarbij onzeker is of de NMa deze extra opbrengsten op termijn kan terugvorderen.'

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

zorg, omdat de betrokken ziekenhuizen hierdoor mogelijk niet of minder worden gestimuleerd om te innoveren om de kwaliteit van hun producten en diensten te verbeteren. Bij een kwalitatieve verbetering van bepaalde producten of diensten beperkt het prijsplafond namelijk de ziekenhuizen om hun prijzen te verhogen. Zodoende wordt het voor de ziekenhuizen moeilijker om hun investeringskosten terug te kunnen verdienen.
Tot slot verdient het ondernemingsbegrip nog aandacht bij bespreking van de Tilburgse ziekenhuisfusie. De NMa stelt zich namelijk op het standpunt dat een ziekenhuis een economische eenheid vormt tezamen met de (brug)maatschappen die werkzaam zijn in het ziekenhuis. Volgens de NMa hebben deze (brug)maatschappen geen zelfstandige toegang tot de markt, maar zijn ze afhankelijk van de contracten die het ziekenhuis met de zorgverzekeraars maakt. Daarnaast stelt de NMa dat een medisch specialist in beginsel enkel aan één ziekenhuis zijn diensten kan verlenen, tenzij toestemming wordt gegeven om tevens voor een ander ziekenhuis te werken. Reuder en VerLoren van Themaat merken op dat de NMa echter tot begin november 2012 meende dat maatschappen van vrijgevestigde specialisten zelfstandige, van een ziekenhuis te onderscheiden ondernemingen zijn.[44] Uit het concentratiebesluit is niet duidelijk te herleiden waarom de NMa nu haar visie heeft veranderd en ook valt het nodige af te dingen op herijking van haar visie. Verschillende specialisten binnen een maatschap werken in de praktijk immers voor meerdere ziekenhuizen. De nieuwe visie creëert dus ook lastige mededingingsrechtelijke vraagstukken binnen een dergelijke maatschap. Dit geldt des te meer gezien de stellingname van de NMa in het zogenoemde *Paprika*-besluit.[45] In dit besluit heeft de NMa enerzijds een overtreding van het kartelverbod geconstateerd tussen twee (verkoop)dochterondernemingen van de telerscoöperatie FresQ, en anderzijds coöperatie Pamosa en ZON als één onderneming gekwalificeerd vanwege het dubbele lidmaatschap van hun leden. Lopen specialisten in een maatschap waarbij de maatschap voor verschillende ziekenhuizen werkt nu ook een risico? In het belang van de rechtszekerheid heeft de NMa inmiddels wel wat uit te leggen.
De vergunningsbesluiten inzake *Orbis/Atrium* en *Spaarne Ziekenhuis/Kennemer Gasthuis* wijken qua beoordelingskader en uitkomst niet af van het verguningsbesluit in de Tilburgse ziekenhuisfusie. Om die reden zullen schrijvers deze besluiten niet nader bespreken.

Parnassia Bavo Groep B.V. – Stichting Emergis

Op 27 februari 2012 heeft de NMa geoordeeld dat voor de concentratie tussen Parnassia Bavo Groep (PBG) en Stichting Emergis (Emergis) een vergunning is vereist. PBG is voornemens om, nadat Emergis omgezet is in een besloten vennootschap, alle aandelen van Emergis B.V. te verwerven en hiermee uitsluitende zeggenschap te verkrijgen over Emergis. Emergis is actief op het gebied van GGZ in heel Zeeland. PBG is via haar PsyQ-vestiging in Goes actief op het gebied van niet-klinische GGZ voor volwassenen en ouderen. De NMa beoordeelt in het meldingsbesluit wat de gevolgen van de concentratie zullen zijn op de markten voor niet-klinische GGZ aan volwassenen en ouderen en niet-klinische GGZ aan kinderen en jeugdigen. De activiteiten van partijen op de markt voor niet-klinische GGZ voor volwassenen en ouderen overlappen elkaar in de gemeente Goes. De NMa onderzoekt op drie verschillende geografische markten wat de gevolgen van de concentratie voor deze productmarkt zullen zijn. Daarbij kijkt de NMa naar (1) Noord- en Zuid-Beveland, (2) Walcheren, Noord- en Zuid-Beveland en (3) heel Zeeland. Ten aanzien van niet-klinische GGZ voor kinderen en jeugdigen is geen geografische overlap tussen partijen, maar onderzoekt de NMa wel of de concentratie tot gevolg heeft dat potentiële concurrentiedruk wegvalt.
Emergis is van oudsher de grootste aanbieder van GGZ-zorg in Zeeland. PsyQ is een van de grotere concurrerende aanbieders. PBG is op verzoek van zorgverzekeraar CZ enkele jaren geleden met PsyQ actief geworden in Zeeland. De toetreding van PBG tot deze markt is succesvol gebleken. Volgens CZ is PsyQ samen met een derde aanbieder de partij waar de meest disciplinerende concurrentiedruk op Emergis van uitgaat. De NMa concludeert dan ook dat als gevolg van de concentratie een belangrijke bron van actuele concurrentiedruk op Emergis wegvalt. Daarnaast concludeert de NMa dat er onvoldoende potentiële concurrentiedruk van derden is. De NMa heeft daarom redenen om aan te nemen dat de voorgenomen concentratie een significante belemmering van de mededinging tot gevolg zou kunnen hebben op de markt voor niet-klinische GGZ voor volwassenen en ouderen, met als resultaat het in het leven roepen of versterken van een economische machtspositie. De NMa onderzoekt tevens of het wegvallen van potentiële concurrentiedruk van PBG op Emergis op de markt voor niet-klinische GGZ voor kinderen en jeugdigen een significante belemmering van de mededinging vormt. Gezien de aanwezigheid van een actuele grote concurrent in Zeeland op de markt voor niet-klinische GGZ voor kinderen en jeugdigen en het feit dat PBG op deze markt niet eerder heeft laten zien succesvol te kunnen en willen toetreden buiten haar traditionele werkgebieden, voorziet de NMa op deze markt echter geen problemen na de concentratie.

Ontheffing standstill

In 2012 is driemaal op de voet van artikel 40 Mw een ontheffing van de *standstill*-verplichting van artikel 34 Mw verleend. Een dergelijke ontheffing wordt in bijzondere omstandigheden verleend wanneer sprake is van 'gewichtige redenen'.

44. B. Reuder en W. VerLoren van Themaat, 'NMa schept onzekerheid over maatschapsfusies', *Zorgvisie* 2012, nr. 49.
45. Besluit NMa 15 mei 2012, zaak 7036.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

In *Rabobank-Friesland Bank*[46] was de NMa van oordeel dat sprake was van gewichtige redenen bij de verkrijging van zeggenschap over (het vermogen van) Friesland Bank door Rabobank om een ontheffing van de *standstill*-verplichting te rechtvaardigen.[47] De reden hiervoor was dat Friesland Bank voornemens was op korte termijn (voor het einde van de *standstill*-termijn) haar jaarcijfers te publiceren en uit die cijfers bleek dat de financiële ratio's ten opzichte van het vorige jaar significant waren verslechterd. Dit zou tot onrust onder de klanten van Friesland Bank leiden en om dat te voorkomen was een structurele oplossing nodig. De overname door Rabobank was de gewenste structurele oplossing en dat werd ook gestaafd door De Nederlandsche Bank (DNB).

Op 31 oktober 2012 heeft de NMa voorts een ontheffing van de *standstill*-verplichting verstrekt voor de verkrijging van uitsluitende zeggenschap over de winkels van i-Am Store door iCentre. Partijen hebben aangevoerd dat i-Am Store een grote betalingsachterstand had bij de Belastingdienst en de Belastingdienst heeft ook aan de NMa aangegeven dat enkel een overname op korte termijn een eventueel faillissement zou kunnen voorkomen. Daarnaast weigerde de Rabobank om de financieringsfaciliteit verder uit te breiden. Tevens was de kans groot dat de exploitatie van de zeven winkels moest worden gestaakt omdat de belangrijkste leverancier (Apple Benelux) geen producten meer leverde, en een kredietlijn had ingetrokken en personeel dreigde over te stappen naar andere winkels. Volgens partijen dreigde derhalve faillissement en iCentre was enkel voornemens om de winkels over te nemen als geen sprake was van faillissement of surseance van betaling. Tot slot was een snelle overname van groot belang omdat de maanden november en december commercieel de belangrijkste maanden van het jaar zijn. De NMa is gezien het voorgaande van oordeel dat sprake was van gewichtige redenen en verstrekt zodoende de ontheffing.

Tot slot heeft de NMa ook een ontheffing verleend voor de overname van Groothuis door TBS.[48] Dit besluit is echter verkort afgedaan en geeft dus verder geen inzicht in de redenen voor de ontheffingverlening.

Bancaire sector - counterfactual

Naast de ontheffing van de *standstill*-verplichting, heeft de Nma in *Rabobank-Friesland Bank*[49] de verkrijging van zeggenschap over (het vermogen van) Friesland Bank door Rabobank goedgekeurd. De activiteiten van partijen overlapten op de volgende productmarkten: (1) bancaire producten voor zakelijke klanten, (2) bancaire producten voor particuliere klanten, (3) betaalkaarten en (4) vermogensbeheer. Ten aanzien van de productmarkt voor bancaire producten voor zakelijke klanten heeft de NMa, conform de beschikking van de Europese Commissie inzake *Fortis/ABN AMRO Assets*[50] tevens de mededingingsrechtelijke effecten beoordeeld op een mogelijke markt voor bancaire producten voor het midden- en kleinbedrijf (MKB). Of een verder onderscheid kan worden gemaakt naar type bancair product heeft de NMa in het midden gelaten. Ook met betrekking tot de markt voor bancaire producten voor particuliere klanten heeft de NMa in het midden gelaten of een nader onderscheid moet worden gemaakt naar type bancair product. Ten aanzien van de productmarkt voor betaalkaarten is de NMa uitgegaan van een aparte markt voor *card issuing* en een aparte markt voor *card acquiring*. Ten slotte heeft de NMa ook in het midden gelaten of de markt voor vermogensbeheer mogelijk nader onderverdeeld moet worden naar het soort belegging. Voor wat betreft de geografische reikwijdte van de hiervoor genoemde (deel)markten is de NMa uitgegaan van een nationale omvang.

Bij de materiële beoordeling van de concentratie geeft de NMa aan dat zij is uitgegaan van de *counterfactual* waarbij er, gegeven het feit dat Friesland Bank niet langer als zelfstandige bank kan voortbestaan, niet langer zelfstandige concurrentiedruk uitgaat van deze bank. Bovendien was gebleken dat in dat scenario additioneel afbreuk wordt gedaan aan de mededinging in de bancaire sector als geheel, aangezien een faillissement van de bank, ook volgens DNB, bijzondere negatieve consequenties zou hebben voor de Nederlandse economie gezien de maatschappelijke onrust en het negatieve effect op het vertrouwen in de bancaire sector. Dit zou volgens de NMa niet enkel de maatschappelijke functie van de banken raken, maar ook de concurrentiekracht van banken en de onderlinge concurrentieverhoudingen tussen banken. Bij het uitblijven van een tijdige structurele oplossing zou het (consumenten)vertrouwen in de bancaire sector worden aangetast en dit maakt het voor banken moeilijker (spaar)geld aan te trekken. Uiteindelijk oordeelt de NMa dat de concurrentiesituatie ten aanzien van de markten voor bancaire producten voor zakelijke klanten en particuliere klanten niet verslechtert door de geringe toevoeging van het marktaandeel van Friesland Bank aan Rabobank en gezien het feit dat deze markten al (in hoge mate) geconcentreerd waren. Ten aanzien van de mogelijke Friese markt voor krediet aan MKB-klanten geldt dat partijen wel een hoog gezamenlijk marktaandeel hebben, maar acht de NMa het onvoldoende aannemelijk dat hierdoor de daadwerkelijke mededinging op significante wijze kan worden belemmerd. De redenen hiervoor zijn (1) de aanwezigheid in Friesland van meerdere concurrenten die vergelijkbare producten aanbieden, (2) de signalering door DNB van een beweging naar meer supraregionale bancaire markten en (3) het niet opwegen van de mogelijke nadelige effecten tegen de geschetste negatieve ontwikkelingen voor de mededinging in het geschetste *counterfactual* scenario. Ook ten aanzien van de overige relevante

46. Besluit NMa 27 april 2012, zaak 7149.
47. Besluit NMa 30 maart 2012, zaak 7149.
48. Besluit NMa 8 augustus 2012, zaak 7483.
49. Besluit NMa 27 april 2012, zaak 7149.
50. Beschikking van de Europese Commissie van 3 oktober 2007 in zaak COMP/M.4844 - *Fortis/ABN AMRO Assets*.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

markten concludeert de NMa dat het niet aannemelijk is dat de daadwerkelijke mededinging op significante wijze kan worden belemmerd en zij verleent derhalve haar goedkeuring aan de concentratie.

Voetbalrechten

Op 29 november 2012 besloot de NMa dat voor de concentratie tussen Fox, Eredivisie Beheer (EBV) en Eredivisie Media & Marketing (EMM) geen vergunning is vereist.[51] Fox was voornemens zeggenschap te verkrijgen in EBV en EMM. Het betreft de verkrijging van 51 procent van de aandelen in EBV en een financieel belang van 51 procent in het kapitaal van de commanditaire vennootschap EMM. Partijen hebben deze concentratie gemeld op 29 augustus 2012. Fox is een onderdeel van de Fox Entertainment Groep, wereldwijd een grote speler in de mediabranche. De groep houdt zich bezig met produceren en in licentie geven van televisiekanalen, produceren en distribueren van films en televisieprogramma's, exploiteren van omroepen, aanbieden van satelliet-televisiediensten, uitgeven van kranten en boeken, verlenen van informatie- en marketingdiensten en exploitatie op het gebied van digitale media. EMM is actief op het gebied van het exploiteren van uitzendrechten van de Nederlandse Eredivisieclubs. EMM exploiteert zowel de liverechten als de samenvattingsrechten. In het kader van de samenvattingen is een licentie verleend aan de NOS. EMM exploiteert daarnaast collectieve rechten op het gebied van sponsoring, *merchandising*, reclame en gok- en spelconcepten met betrekking tot de Eredivisie. EBV is de beherend vennoot van EMM. De transactie leidt ertoe dat Fox uitsluitende zeggenschap krijgt in EBV en in EMM. Bij de transactie speelt ook Eredivisie C.V. (ECV) een rol. In deze commanditaire vennootschap hebben de Eredivisieclubs hun uitzendrechten gebundeld. ECV verleent ten aanzien van deze rechten een licentie aan EMM. Schrijvers verwijzen naar het onderdeel 'Informele zienswijzen' in deze kroniek waarin wordt ingegaan op een informele zienswijze omtrent de licentie voor de samenvattingen.

De NMa onderscheidt drie direct bij de concentratie betrokken productmarkten: (1) de markt voor uitzendrechten van audiovisuele content, (2) de markt voor doorgifte van televisiesignalen op *wholesale*-niveau, en (3) de markt voor televisieadvertenties. Deze drie markten zijn van belang voor de mogelijke horizontale effecten van de concentratie terwijl voor de beoordeling van de verticale effecten zowel de relatie tussen de markt voor uitzendrechten en de *wholesale*-markt als de relatie tussen de *wholesale*-markt en de *retail*-markt van belang is. Ten aanzien van de markt voor uitzendrechten van audiovisuele content en de *wholesale*-markt is volgens de NMa een nader onderscheid mogelijk (respectievelijk naar type content en vrij toegankelijke versus betaaltelevisie). De NMa overweegt echter dat dit nadere onderscheid in het midden kan blijven omdat dit de beoordeling van de transactie niet beïnvloedt. Met betrekking tot de uitzendrechten volgt dit uit het feit dat geen overlap bestaat tussen de activiteiten van partijen naar type content. Voor zover enige effecten voor de mededinging zijn te signaleren, moeten deze effecten dus op de markt als geheel worden geconstateerd. Voor de *wholesale*-markt geldt eenzelfde redenering. EMM is enkel actief via een betaalzender terwijl de kanalen van Fox in het basispakket of pluspakketten worden opgenomen. De markt voor televisieadvertenties is in het verleden onderscheiden van de markt voor advertenties via gedrukte media, radio of internet. De NMa ziet geen aanleiding hiervan af te wijken. De relevante geografische markten worden voor de drie betrokken markten nationaal afgebakend.

De NMa behandelt vervolgens eerst de mogelijke horizontale effecten op deze drie markten. De conclusie luidt, kort gezegd, dat de positie van partijen bijzonder klein is en dat er daarom geen reden is om aan te nemen dat de concentratie leidt tot een significante belemmering van de mededinging. Ook in de mogelijke verticale effecten van de voorgenomen concentratie ziet de NMa geen reden om aan te nemen dat de concentratie tot een significante belemmering van de mededinging zal leiden. De NMa behandelt de mogelijke *input foreclosure* en oordeelt dat, hoewel Fox een uitgebreide contentcatalogus heeft, televisiezenders diverse mogelijkheden hebben om aantrekkelijke uitzendrechten voor content te verwerven. De content van EMM blijft buiten beschouwing aangezien de exploitatie van de voetbalrechten onderwerp is van de hiervoor behandelde informele zienswijze. Zodoende komt de unieke positie van deze content niet aan bod in het besluit. Vervolgens kijkt de NMa naar mogelijke *market foreclosure* doordat de televisiezenders van partijen uitsluitend content van elkaar zouden afnemen. Gelet op de zeer beperkte positie van de televisiezenders van partijen, ziet de NMa ook hier geen gevaar voor significante belemmering van de mededinging. De NMa besluit dan ook dat voor de concentratie geen vergunning is vereist.

Glasvezel

Naast de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam inzake *KPN/Reggefiber*[52] maakte de glasvezelsector ook in 2012 onderdeel uit van de markten waarnaar de NMa onderzoek moest doen in het kader van concentratiecontrole. In 2012 nam de NMa twee besluiten die zagen op geplande overnames door (wederom) KPN binnen deze sector. Het eerste besluit[53] ziet op de overname van de ondernemingen Lijbrandt Telecom, Glashart Media en Reggefiber Wholesale. Alle drie de ondernemingen zijn onderdeel van Reggefiber Group (waarin KPN geza-

51. Besluit NMa 29 november 2012, zaak 7500.

52. Zie het onderdeel 'Sancties en rechtspraak' voor een bespreking van de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam.

53. Besluit NMa 13 april 2012, zaak 7325.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

menlijke zeggenschap heeft). De activiteiten van KPN en de Reggefiber-vennootschappen overlappen elkaar op het gebied van televisie, internettoegang, vaste telefonie, doorgifte van televisiesignalen, en op het gebied van *wholesale* breedbandtoegang. Tevens zijn er verticale relaties tussen de activiteiten van partijen. De NMa overweegt echter dat een beoordeling van deze relaties achterwege kan blijven omdat de concentratie niet tot een dusdanige versterking van de posities van partijen leidt dat de verticale relaties tot een significante beperking van de mededinging zal leiden.

De NMa komt vervolgens toe aan een afbakening van de betrokken relevante markten. De NMa overweegt dat op de markt voor televisie sprake is van substitueerbaarheid tussen de verschillende infrastructuren zoals kabel, koper, digitale tv, satelliet en glasvezel. De NMa gaat dan ook uit van een markt voor televisiediensten die levering van televisiesignalen via al deze infrastructuren omvat. Ook op de markt voor internettoegang maakt de NMa, in navolging van de OPTA, geen onderscheid tussen internettoegang via koper-, kabel- en glasvezelnetwerken. De toezichthouders achten de productkenmerken van de diensten die over de infrastructuren worden geleverd voldoende uitwisselbaar. Op de markt voor vaste telefonie wordt door de OPTA onderscheid gemaakt tussen enkelvoudige en tweevoudige gesprekken (zoals ISDN-verbindingen). Aangezien de activiteiten van partijen enkel overlappen op de markt voor enkelvoudige gesprekken, wordt alleen deze markt meegenomen in de verdere beoordeling. De markt voor *wholesale* breedbandtoegang (WBT) vormt een bouwsteen voor het aanbieden van *retail*-diensten aan eindgebruikers. Binnen deze markt maken OPTA en NMa onderscheid tussen lage kwaliteit en hoge kwaliteit WBT. Het onderscheid ligt in de gegarandeerde bandbreedte voor afnemers in verhouding tot de maximale bandbreedte. De NMa gaat hier uit van een markt voor lage kwaliteit WBT. Ten aanzien van de markt voor doorgifte van televisiesignalen maakt de NMa geen onderscheid tussen de doorgifte van analoge en digitale signalen. Binnen deze markt kan mogelijk een nader onderscheid worden gemaakt tussen de doorgifte van televisiesignalen en de verwerving van distributierechten daarvan, maar dit onderscheid kan, gelet op de materiële beoordeling, in het midden blijven. Ten aanzien van de relevante geografische markt overweegt de NMa dat nader onderzoek verricht zou moeten worden om tot een sluitend oordeel te komen. In eerdere besluiten kwam de NMa tot nationale markten voor internettoegang en vaste telefonie. Op de *retail*-markt voor televisie werd eerder uitgegaan van regionale markten, gelijk aan de verzorgingsgebieden van de kabelmaatschappijen. De *wholesale*-markt voor lage kwaliteit WBT is eerder nationaal afgebakend. Ten slotte heeft de NMa eerder in het midden gelaten of de geografische markt voor doorgifte van televisiesignalen landelijk of regionaal, ter grootte van het verzorgingsgebied, zou moeten worden afgebakend. De over te nemen activiteiten zien enkel op het glasvezelnetwerk van Reggefiber dat geen landelijke dekking heeft. Dit vormt volgens de NMa een aanwijzing om de concentratie aan de hand van regionale markten te beoordelen. Aangezien de materiële beoordeling echter niet wordt beïnvloed door de geografische marktafbakening, laat de NMa de exacte geografische afbakening in het midden.

Vervolgens gaat de NMa in op de gevolgen van de concentratie. Voor de markt voor lage kwaliteit WBT geldt dat Reggefiber Wholesale hierop nauwelijks meer actief is. Daardoor acht de NMa het niet aannemelijk dat de producten van KPN en Reggefiber pre-concentratie disciplinerende invloed op elkaar uitoefenen. Het is dan ook niet aannemelijk dat de concentratie een effect zal hebben op deze markt. Op de markt voor doorgifte van televisiesignalen voorziet de NMa evenmin problemen. Deze conclusie volgt met name uit marktonderzoek waarbij aanbieders van *retail*-diensten aangeven geen of nauwelijks hinder te zullen ondervinden indien Glashart Media stopt met het aanbieden van doorgifte van televisiesignalen. Op de *retail*-markten ziet de concentratie op de overname van Lijbrandt door KPN. Het gaat hierbij om een overgang van gezamenlijke zeggenschap naar uitsluitende zeggenschap doordat KPN gezamenlijke zeggenschap heeft in Reggefiber, de moeder van Lijbrandt. De NMa acht het echter niet aannemelijk dat de concentratie leidt tot een significante belemmering van de mededinging op de mogelijke *retail*-markten. De redenen hiervoor zijn dat (1) een overgang van gezamenlijke naar uitsluitende zeggenschap, over het algemeen, tot een minder vergaande wijziging van de marktstructuur leidt, (2) uit strategische documenten blijkt dat Lijbrandt een andere (concurrentie)positie inneemt dan KPN en (3) het gezamenlijke marktaandeel van partijen op zowel de nationale *retail*-markten als de *retail*-markten gelijk aan het dekkingsgebied van Reggefiber niet groter is dan 50 procent. Nu op de betrokken markten geen redenen zijn om aan te nemen dat de concentratie leidt tot een significante belemmering van de mededinging, is geen vergunning vereist.

Het tweede besluit[54] ziet op de overname van de ondernemingen Concepts ICT, Edutel Beheer, Xtra Media Services en KickXL, alle vier onderdeel van Reggeborgh Glasvezel Investeringen. De NMa oordeelde op 13 april 2012[55] dat voor deze concentratie wél een vergunning was vereist. De vier *targets* zijn *service providers* die *retail*-diensten aanbieden via het glasvezelnetwerk in verschillende gemeenten in Nederland. De NMa start haar beoordeling met de achtergrond van de infrastructuurnetwerken voor communicatiediensten. Vervolgens overweegt de toezichthouder dat de activiteiten van partijen overlappen op de markten voor televisie, internettoegang en vaste telefonie. KPN is daarnaast actief op de verticaal gerelateerde markt voor WBT en ontbundelde toegang. De NMa gaat uit van dezelfde relevante productmarkten als in het hiervoor besproken besluit met betrekking tot de Reggefiber-vennootschappen. Ten aanzien van de geografische markten overweegt de NMa dat er aanwijzingen zijn dat de markten voor televisie,

54. Besluit NMa 16 oktober 2012, zaak 7326.
55. Besluit NMa 13 april 2012, zaak 7326.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

internettoegang en vaste telefonie een regionale omvang hebben als gevolg van de locatiegebonden infrastructuren. Daarnaast zijn er echter ook aanwijzingen voor ruimere markten omdat er doorgaans wel een landelijk prijsbeleid wordt gevoerd; regionale verschillen zijn immers niet uit te leggen aan de consument. Een definitieve afbakening laat de NMa echter achterwege aangezien het de materiële beoordeling niet beïnvloedt.

Ten aanzien van de gevolgen van de concentratie op nationaal niveau stelt de NMa vast dat de gezamenlijke marktaandelen en de beperkte toevoeging aan de bestaande marktaandelen van KPN geen reden geven om aan te nemen dat de concentratie op de relevante markten zal leiden tot een significante belemmering van de mededinging. Op de lokale markten zijn wel gebieden aan te wijzen waar partijen een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 50 procent hebben. De NMa beoordeelt dan ook of voldoende actuele en potentiële concurrentiedruk uitgaat van kabelmaatschappijen en *service providers* op het glasvezelnetwerk en het kopernetwerk. De NMa concludeert dat de kabelmaatschappijen een belangrijk alternatief vormen; de aangeboden producten zijn als substituten aan te merken terwijl geen capaciteitsrestricties of wezenlijke overstapdrempels aanwezig zijn. Ook de andere spelers op het glasvezelnetwerk oefenen concurrentiedruk uit op partijen. Dit geldt op dit moment ook voor aanbieders via het kopernetwerk. Dit netwerk zal in de toekomst echter niet mee kunnen komen met het glasvezelnetwerk waardoor de concurrentiedruk zal verminderen.

Vervolgens beoordeelt de NMa de potentiële concurrentiedruk aan de hand van de mogelijkheden voor toetreding tot de relevante markt. Toetreding via het kabel- of kopernetwerk of via de aanleg van een nieuwe infrastructuur acht de NMa niet aannemelijk. Het is niet aannemelijk dat het kopernetwerk wordt gemoderniseerd waardoor het in afnemende mate een alternatief zal vormen voor het glasvezelnetwerk; toetreding via deze infrastructuur is dan ook onaantrekkelijk. Toetreding tot het kabelnetwerk is niet mogelijk vanwege technische barrières en het niet faciliteren door kabelbedrijven. Aanleg van een nieuw netwerk is theoretisch mogelijk maar de NMa acht dit onwaarschijnlijk. Hierdoor resteert de toetreding via partijen die al actief zijn op het kopernetwerk door middel van uitbreiding van hun diensten via het glasvezelnetwerk. De NMa acht een dergelijke toetreding, hoewel het kopernetwerk ook binnen de relevante markt valt, vergelijkbaar met een nieuwe toetreding gelet op de verouderde koperinfrastructuur. De NMa concludeert dat de benodigde bouwstenen voor toetreding beschikbaar zijn[56] en er voorbeelden zijn van recente toetredingen. Daarom wordt toetreding als een realistische mogelijkheid gezien waar een zekere mate van disciplinering van uitgaat. Gelet hierop komt de NMa tot de eindconclusie dat de voorgenomen concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan niet op significante wijze zal belemmeren en verstrekt de vergunning.

Remedies en wijzigingen van de melding

In 2012 heeft de NMa veelvuldig pas een goedkeuringsbesluit gegeven dan wel een vergunning verleend, nadat partijen remedies of wijziging van de melding hebben aangeboden. Schrijvers hebben vorig jaar reeds opgemerkt dat de NMa in hun ogen terughoudender wordt in de meldingsfase en waar mogelijk de grenzen van haar bevoegdheden oprekt indien zij beschikt over een drukmiddel om partijen ertoe te doen bewegen een ver(der)gaande remedie te accepteren. Ook wanneer vraagtekens gezet kunnen worden bij de mededingingsrechtelijke noodzakelijkheid ervan. Schrijvers zijn van oordeel dat deze trend ook in 2012 is doorgezet.

Krokettenfusie – NPM Capital/Lion Capital/Buitenfood/Ad van Geloven/JV

Een voorbeeld waarin de opgelegde remedie uiteindelijk een streep door de concentratie zelf heeft gezet, is de vergunningverlening onder voorwaarden voor de verkrijging van gezamenlijke zeggenschap door NPM Capital en Lion Capital over de ondernemingen Buitenfood (Royaan) en Ad van Geloven (de zogenoemde 'krokettenfusie').[57] NPM Capital is via Royaan actief op het gebied van de productie en verkoop van diepvriessnacks, zowel onder merknamen als *private label*. In het *retail*-kanaal verkoopt Buitenfood bevroren snacks onder merknamen zoals Van Dobben, Bakker, Mayam en Tjendrawasih. In het *out-of-home* kanaal (*OOH*-kanaal) verkoopt Buitenfood onder de merknamen Van Dobben, Buitenhuis, Kwekkeboom, Laan Snacks, Mayam, KB en Willie Dokter. Voor Lion Captial geldt dat ook Ad van Geloven actief is op het gebied van de productie en verkoop van diepvriessnacks, zowel onder merknamen als *private label*. In het *retail*-kanaal verkoopt Ad van Geloven bevroren snacks onder merknamen zoals Mora, Hebro en de Bourgondiër. In het *OOH*-kanaal verkoopt Ad van Geloven onder de merknamen Ad van Geloven, Welten Snacks, Van Lieshout Snacks en Van Geloven Meestercroquette.

Gezien het feit dat de NMa tot zeer enge relevante productmarkten is gekomen in het vergunningsbesluit en partijen hierdoor zeer hoge gezamenlijke marktaandelen hebben op specifieke productmarkten, is vooral de marktafbakening – en de keuze voor bepaalde economische modellen – zeer interessant. Waarschijnlijk zal hierover nog veel worden gezegd of geschreven door mededingingseconomen. Ten aanzien van de relevante productmarkten maakt de NMa allereerst een onderscheid tussen productie en verkoop van diepvriessnacks en van verse, niet ingevroren snacks. Daarnaast is de NMa van oordeel dat een onderscheid moet worden

56. Onder meer op basis van de remedie in de zaak 6397/*KPN-Reggefiber*.

57. Besluit NMa 14 september 2012, zaak 7313.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

gemaakt naar distributiekanaal en wel naar het *retail*-kanaal enerzijds en het *OOH*-kanaal anderzijds. Voor beide distributiekanalen is de NMa van oordeel, met verwijzing naar eerdere besluiten, dat zowel *downstream* (voldoende competitieve interactie tussen merk en *private label*) als *upstream* geen nader onderscheid moet worden gemaakt naar merk dan wel *private label*. Ten aanzien van de *upstream* markt brengt de NMa hiervoor de volgende redenen naar voren:

1. voor eindgebruikers is merk en *private label* inwisselbaar;
2. *retailers*, inkooporganisaties en groothandels in het *OOH*-kanaal baseren de kwaliteit en prijzen van hun *private label* diepvriessnacks op die van merkproducten; en
3. merkproducenten kunnen relatief makkelijk *private label* producten aanbieden.

Vervolgens kijkt de NMa of onderscheid moet worden gemaakt naar productcategorieën diepvriessnacks. Met verwijzing naar verschillende marktonderzoeken merkt de NMa allereerst op dat consumenten nagenoeg niet zullen overstappen naar een andere productcategorie diepvriessnacks indien de prijs in het *retail*-kanaal met 5-10 procent stijgt. Consumenten switchen eerder binnen een productcategorie naar een ander merk of *private label*. Ook blijkt dat afnemers in het *OOH*-kanaal bij een dergelijke algehele prijsstijging nagenoeg niet overstappen en blijkt uit een marktstudie van partijen dat consumenten vooraf reeds hebben bepaald welke productcategorie diepvriessnacks zij willen afnemen in het *retail*- en *OOH*-kanaal. Partijen betogen nog dat Mora en Van Dobben geen concurrentiedruk op elkaar uitoefenen, maar de NMa is, met toepassing van het *nested logit* model,[58] het hier niet mee eens en is van oordeel dat deze merken concurrenten van elkaar zijn.[59] Uiteindelijk komt de NMa tot het oordeel dat er onvoldoende vraagsubstitutie is tussen de productcategorieën frikadellen, kroketten, gehaktsnacks, kaassoufflés, kipsnacks (binnen reguliere snacks) en tussen de productcategorieën bitterballen, minimixsnacks, minikaassnacks, minikipsnacks en mini overige snacks (binnen minisnacks) om deze tot dezelfde relevante productmarkt te rekenen. Ten aanzien van de aanbodsubstitutie is de NMa van oordeel dat investeringskosten, de benodigde opstarttermijn en onzekerheid met betrekking tot de afzet eraan in de weg staan dat vanuit de aanbodzijde sprake is van een disciplinering die vergelijkbaar is met de vraagsubstitutie. De NMa concludeert dan ook ten aanzien van het onderscheid naar productcategorieën diepvriessnacks dat de vraag- en aanbodsubstitutie onvoldoende aannemelijk is en dat wordt uitgegaan van de volgende zeer enge relevante productmarkten voor de productie en verkoop in het *retail*-kanaal en het *OOH*-kanaal:

- kroketten;
- frikadellen;
- gehaktsnacks;
- bitterballen;
- kaassoufflés;
- minikaassnacks;
- minimixsnacks;
- minikipsnacks;
- bami/nasisnacks;
- broodsnacks; en
- kipsnacks.

Ten aanzien van de geografische omvang van de productie en verkoop van het merendeel van de hiervoor genoemde productcategorieën voor zowel het *retail*-kanaal als het *OOH*-kanaal overweegt de NMa dat deze Nederland is. Ten aanzien van Aziatische snacks, minikipsnacks, kipsnacks en broodsnacks overweegt de NMa dat de geografische omvang ten minste Nederland is en mogelijk ruimer.

Met betrekking tot de uitgangspunten van de beoordeling van de marktpositie hebben partijen betoogd dat de productie van *private label* producten in haar geheel aan de *retailers* c.q. groothandels *OOH* moet worden toegerekend. De reden hiervoor is dat de marketing, positionering en prijs van *private label* diepvriessnacks juist door *retailers* en groothandels *OOH* wordt bepaald. Producenten hebben daardoor geen controle over de afzet van *private label* producten. Het meenemen van de eigen productie van *private label* producten in het marktaandeel van partijen zou alleen gerechtvaardigd zijn, indien *retailers* en groothandels *OOH* niet alleen de merkproducten, maar ook de *private label* producten uitsluitend van partijen kunnen afnemen. Volgens partijen zijn er echter meerdere alternatieve producenten voor *private label* producten. De NMa gaat hierin niet mee en is allereerst van oordeel dat de verschillende productcategorieën op vier verschillende manieren met elkaar concurreren:

1. merk Royaan en merk Ad van Geloven;
2. merk Royaan en *private label* Ad van Geloven;
3. *private label* Royaan en merk Ad van Geloven; en
4. *private label* Royaan en *private label* Ad van Geloven.

Vervolgens is de NMa van oordeel dat de mate van concurrentiedruk afhankelijk is van de mate waarin merk en *private label* in de ogen van de eindgebruiker inwisselbaar zijn en dat hiervan sprake is. Bij de beoordeling van de positie van partijen *upstream* voor de productie en verkoop van de verschillende productcategorieën in zowel het *retail*- als het *OOH*-kanaal moet volgens de NMa dan ook hun gehele *private label* productie worden meegenomen bij de bepaling van het marktaandeel. Het niet meenemen zou volgens de NMa leiden tot een onderschatting van de werkelijke concurrentiekracht,

58. Het *nested logit* model is een economisch model dat wordt gebruikt om de kansen voor bepaalde keuzes tussen elkaar uitsluitende opties te voorspellen.

59. Partijen hebben diverse onderzoeken naar prijscorrelatie tussen verschillende categorieën diepvriessnacks gedaan en hebben deze onderzoeken gebruikt om te betogen dat partijen niet elkaars meest nabije concurrenten zijn en de relevante productmarkten ruimer zouden moeten worden afgebakend dan naar individuele productcategorieën. De NMa vindt in deze onderzoeken echter ook aanwijzingen dat de merken wel met elkaar concurreren. Tevens heeft de NMa kwantitatief onderzoek verricht waarbij aan de hand van de door partijen overlegde scanner data door middel van een *nested logit* model een vraagvergelijking is geschat.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

aangezien partijen de belangrijkste producent zijn van *private label* diepvriessnacks.
Bij de uiteindelijke beoordeling komt de NMa tot de conclusie dat door de concentratie op de markten voor de productie en verkoop van kroketten en bitterballen, in het *retail*-kanaal de mededinging significant zal worden belemmerd. Op deze markten hebben partijen een gezamenlijk marktaandeel van 80-90 procent respectievelijk 90-100 procent en is de te verwachten concurrentiedruk van de overige producenten zeer gering. Ook acht de NMa het niet aannemelijk dat nieuwkomers of potentiële concurrenten uit het *OOH*-kanaal concurrentiedruk zullen uitoefenen en is onvoldoende sprake van compenserende afnemersmacht. Ten aanzien van de overige markten is de NMa van oordeel dat geen significante belemmering van de mededinging zal plaatsvinden door de concentratie.
Om de vergunningsaanvraag toch nog vlot te trekken hebben partijen op 22 juli 2012 een voorstel ingediend om tegemoet te komen aan de geconstateerde mededingingsrechtelijke bezwaren. Na een markttest is het voorstel gewijzigd en uiteindelijk hebben partijen aangeboden om een exclusieve licentie voor een periode van zes jaar te verlenen aan een derde partij voor het gebruik van het merk Van Dobben in het Nederlandse *retail*-kanaal, alsmede niet meer onder het merk Van Dobben actief te zijn met kroketten, bitterballen en minikroketten (en met producten die qua onderscheidende kenmerken (blokjesvlees, korte en dikke vorm) vergelijkbaar zijn). Na deze periode van zes jaar zullen zowel partijen als de licentienemer niet meer onder het merk Van Dobben actief zijn. De licentienemer zal derhalve een periode van zes jaar hebben om het merk te *rebranden*. Dit kan het eigen merk zijn of een nieuw merk. Ook zal het de licentienemer zijn toegestaan om de receptuur zowel te gebruiken voor de *gerebrande* snacks na de *rebranding* als gedurende en na de periode van zes jaar voor *private label* producten. Gelet op het bijzondere karakter van het remedievoorstel zullen partijen de concentratie pas effectueren nadat de NMa de voorgestelde licentienemer en de conceptlicentieovereenkomst heeft goedgekeurd en de licentieovereenkomst ook is getekend. Om de levensvatbaarheid en het concurrentievermogen van het merk Van Dobben in het *retail*-kanaal te monitoren, zal een *monitoring trustee* worden aangesteld en deze zal ook toezicht houden op het verkoopproces en of partijen wel voldoende inspanningen verrichten om een geschikte licentienemer te vinden. Naar het oordeel van de NMa neemt het quasistructurele remedievoorstel de bezwaren van de NMa weg, aangezien het gezamenlijke marktaandeel na de concentratie gelijk zal blijven aan het huidige marktaandeel van Ad van Geloven. Tevens merkt de NMa op dat een dergelijke remedie moet voldoen aan kort gezegd de volgende voorwaarden:

a. het moet gaan om een goed bekend en sterk merk;
b. de licentie gaat gepaard met de overdracht van *know-how* en een deel van de activa met het oog op de productie van de desbetreffende producten om de levenszekerheid veilig te stellen;
c. de licentie is exclusief en omvattend (zij mag dus niet beperkt blijven tot een reeks producten op een specifieke markt) en omvat de intellectuele-eigendomsrechten;
d. de licentieperiode is voldoende lang.

De NMa is van oordeel dat het remedievoorstel hieraan voldoet en concludeert dan ook dat door het voorstel de licentienemer (ook na de *rebranding*) een daadwerkelijke concurrent is en dat de geconstateerde bezwaren zullen worden weggenomen. Het is alleen jammer dat we nooit zullen weten of deze conclusie juist is. Partijen hebben op 12 oktober 2012 naar buiten gebracht dat zij afzien van de concentratie. Het remedievoorstel lag uiteindelijk toch te zwaar op de maag.

Euretco-Intres

Ook in *Euretco-Intres*[60] waren remedies nodig om de overname van Intres door Euretco, onderdeel van Avedon Capital Partners, goedgekeurd te krijgen. Euretco is een *retail service* organisatie (RSO) die actief is op het gebied van het verlenen van ondersteunende diensten aan zelfstandige detailhandelaren en vooral actief op het gebied van mode, wonen en sport. Euretco is daarnaast actief op het gebied van *franchising* (SPORT 2000, Runnersworld, Decorette, Vivante, Topform, Lampenier, Duimeland), *private labels*[61] en *converting*.[62] Via Avedon Capital Partners met Marlies Dekkers Holding B.V. is Euretco verder actief op het gebied van productie van lingerie en het aanbieden van lingeriefranchiseformules. Intres is als RSO actief op het gebied van het verlenen van ondersteunende diensten aan zelfstandige detailhandelaren en vooral actief op het gebied van mode, wonen, sport en media. Intres is daarnaast actief op het gebied van *franchising* (Intersport, Coach, Livera, Libris, Blz. en Morgana) en *private labels*.
Ten aanzien van de relevante productmarkten stelt de NMa vast dat de in de tabel op de volgende pagina opgenomen mogelijke markten door de concentratie worden beïnvloed.

Bijna voor alle bovengenoemde relevante productmarkten (enkel niet de detailhandelmarkten) gaat de NMa uit van nationale markten. Ten aanzien van *retail services* overweegt de NMa dat er wel enige concurrentiedruk vanuit het buitenland bestaat, maar dat de druk onvoldoende is om op dit moment uit te gaan van een ruimere omvang van de markt. De NMa laat verder in het midden of de detailhandelmarkten een lokale of nationale dimensie hebben, aangezien de materiële beoordeling hierdoor niet wordt beïnvloed. Wanneer de NMa de concentratie inhoudelijk beoordeelt, dan blijkt dat de NMa mededingingsrechtelijke bezwaren ziet ten aanzien

60. Besluit NMa 27 juni 2012, zaak 7316 (*Euretco-Intres*)
61. In het geval van *private labels* produceren fabrikanten producten in opdracht en voor rekening en risico van een detail- of groothandel die de producten vervolgens onder eigen merknaam verkoopt. De detail- of groothandel bepaalt voor deze producten waar en hoe deze worden verkocht en neemt de marketing voor zijn rekening.
62. Onder *converting* wordt verstaan: vermarkten van aansprekende producten met een sterke merknaam (als leverancier van goederen).

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Mogelijke markt(en) / activiteit	Euretco	Intres
(Potentiële) horizontale overlap		
a) Retail services	X	X
b) Inkoop van artikelen op het gebied van mode (inclusief lingerie), wonen en sport	X	X
c) Aanbieden van franchisediensten op het gebied van lingerie	X	X
d) Aanbieden van franchisediensten op het gebied van sportartikelen	X	X
e) Detailhandel in lingerie	X	X
f) Detailhandel in sportartikelen	X	X
g) Private labels op het gebied van mode	X	X
(Potentiële) verticale relatie		
h) Productie en levering van lingerie	X	
i) Converting op het gebied van mode (baby- en kinderkleding)	X	

van de bovengenoemde markten voor zover het sport betreft. Samen zouden partijen bijvoorbeeld een marktaandeel van 70-80 procent verkrijgen op de markt voor het aanbieden van sportfranchiseformules. Op de overige relevante markten (of delen ervan) ziet de NMa geen mededingingsrechtelijke bezwaren. Een opvallend punt hierbij is terug te vinden in voetnoot 34 van het besluit. De NMa overweegt hier dat het marktaandeel op de Nederlandse markt voor inkoop van sportartikelen wordt berekend inclusief de marktaandelen van de *franchise*-nemers. Partijen hadden betoogd dat deze marktaandelen buiten beschouwing moeten worden gelaten. Zonder op de hoogte te zijn van de exacte achtergrond van de zaak lijkt wel wat te zeggen voor het betoog van partijen. Uit de besluiten en mededelingen van de Commissie blijkt dat in een *franchise*-relatie doorgaans geen sprake is van zeggenschap over de *franchise*-nemer en dat de omzet van *franchise*-nemers dan ook niet meegenomen moet worden in de omzetberekening van de betrokken ondernemingen.[63] In beginsel zouden de marktaandelen van de *franchise*-nemers niet moeten worden betrokken bij de marktaandelen van partijen. Nu de NMa geen overweging wijdt aan dit betoog, is onduidelijk of dit in de oordeelsvorming is meegenomen en of het in het onderhavige geval überhaupt relevant is. Het had de NMa dan ook gesierd als zij zich nadrukkelijker had uitgelaten over dit standpunt van partijen en haar beweegredenen om de marktaandelen van *franchise*-nemers mee te nemen bij het marktaandeel van partijen.
De NMa was voornemens om ten aanzien van de activiteiten van partijen voor zover het sport betreft aanvullende vragen te stellen aan partijen en heeft in een gesprek haar bezwaren geuit. Partijen hebben vervolgens de melding gewijzigd en de wijziging ziet op het afstoten van de SPORT 2000-*franchise*.[64] Op grond hiervan is Euretco gehouden om een aparte vennootschap op te richten (SPORT 2000 Nederland B.V. (of soortgelijk)) en hierin de onderneming SPORT 2000 in te brengen. De onderneming Sport 2000 moet bestaan uit de exploitatie van de *franchise*-formule SPORT 2000 in Nederland op grond van de licentieovereenkomst tussen Euretco en SPORT 2000 International AG, mede met behulp van de activa en het personeel die onderdeel vormen van SPORT 2000. Verder zal Euretco een voorafgaand door de NMa goed te keuren *Hold-Separate Manager* aanstellen die SPORT 2000 zal leiden gedurende de voorgeschreven periode tussen de datum van het besluit en het moment waarop de aandelen worden overgedragen aan een onafhankelijke door de NMa voorafgaand schriftelijk goedgekeurde koper. Euretco zal tevens gedurende deze periode de economische levensvatbaarheid, de verkoopbaarheid en het concurrentievermogen van SPORT 2000 waarborgen in overeenstemming met een goede ondernemingspraktijk en zich onthouden van instructies aan de leiding van SPORT 2000. Na overdracht van de aandelen van SPORT 2000 aan de koper is Euretco gehouden gedurende een termijn van tien jaar geen direct of indirect belang te verwerven in het geheel of een gedeelte van SPORT 2000, tot twee jaar na overdracht geen personeel te werven van SPORT 2000, tot tien jaar na overdracht niet actief te werven onder de bestaande *franchise*-nemers van SPORT 2000 en tot drie jaar geen nieuwe leden, noch *franchise*-nemers aan te nemen onder de bestaande *franchise*-nemers (*passive sales*), voor zover zij zich aanmelden bij Euretco met een sportwinkel. In de transactiedocumentatie moet een boeteclausule worden opgenomen om Euretco ervan te weerhouden om gedurende de genoemde periodes bestaande *fran-*

63. Vgl. Zaak M.940 (*UBS/Mister Minit*) van de Europese Commissie en de Geconsolideerde mededeling over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening 2004/139/EG betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (2008/C 95/01).

64. De voorwaarden van de remedie worden uitvoerig besproken in het besluit en schrijvers geven in deze kroniek slechts een samenvatting.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

chise-nemers actief te werven, respectievelijk als lid aan te nemen.
Als gevolg van deze wijziging is de NMa van oordeel dat de twee grootste sportfranchiseformules concurrenten van elkaar blijven en de combinatie Euretco/Intres een minder sterke positie zal krijgen op de detailhandelmarkten voor de verkoop van sportartikelen, de markt voor het aanbieden van sportfranchiseformules en de markt voor de inkoop van sportartikelen. Ten aanzien van de markt voor het aanbieden van sportfranchiseformules geldt dat het marktaandeel van partijen aanzienlijk blijft (40-50 procent), maar is de toevoeging slechts beperkt. Daarbij komt dat kan worden aangenomen dat de *franchise*-formules Runnersworld en Coach gezien hun omvang/spreiding en uitstraling een minder sterke aantrekkingskracht hebben op potentiële *franchise*-nemers dan de formule SPORT 2000 maar dat dit probleem door de afstoting wordt ondervangen. Tevens is aannemelijk dat partijen ook als *franchise*-gever met name gedisciplineerd zullen worden op de detailhandelsmarkt door de concurrentiedruk die uitgaat van andere (algemene) sportwinkels. De NMa heeft derhalve redenen om aan te nemen dat de wijziging van de melding de mogelijke mededingingsrechtelijke bezwaren wegneemt en verstrekt daarom een goedkeuringsbesluit.

NS Reizigers – Reisinformatie

Op 25 mei 2012 heeft de NMa een melding ontvangen van de voorgenomen concentratie waarbij NS Reizigers (NS), onderdeel van NS Groep en waarvan de Nederlandse Staat enig aandeelhouder is, uitsluitende zeggenschap verkrijgt over het bedrijfsonderdeel Operatie van ProRail, voor zover dat verantwoordelijk is voor het leveren van reisinformatie, en de daarmee samenhangende activa en passiva (hierna: 'Reisinformatie'). Uiteindelijk heeft de NMa op 3 oktober 2012 geoordeeld dat voor de concentratie geen vergunning vereist is. Hiervoor was wel eerst een wijziging van de melding noodzakelijk. In het besluit gaat de NMa uit van twee relevante (mogelijke) productmarkten, namelijk:

1. de markt voor het verstrekken van actuele reisinformatie aan spoorvervoerders en reizigers over het spoor; en
2. de markt voor (betwistbaar) openbaar vervoer per spoor.

De geografische reikwijdte van beide relevante productmarkten is nationaal van aard.
Bij de materiële beoordeling van de concentratie overweegt de NMa allereerst dat de toegang van spoorvervoerders tot reisinformatiediensten geregeld is in artikel 14 Wet personenvervoer 2000 (Wp2000).[65] Hierop houdt de minister van I&M toezicht. Naast artikel 14 Wp2000 kunnen spoorvervoerders voor de feitelijke doorgifte van informatie op stations (bijvoorbeeld via omroepberichten) en het gebruik van de 'presentatiemiddelen' (CTA-bakken en de omroepinstallaties op de stations) waarmee reisinformatie kan worden doorgegeven, een beroep doen op artikel 67 Spoorwegenwet. Op artikel 67 Spoorwegenwet houdt de NMa toezicht. In beide gevallen gaat het om sectorspecifieke regulering. Bij de beoordeling van concentraties abstraheert de NMa in beginsel van het bestaan van sectorspecifieke regulering. Indien bij de concentratiebeoordeling sectorspecifieke regulering wordt meegenomen, kunnen volgens de NMa bepaalde structuurverslechteringen worden toegestaan die zonder de sectorspecifieke regulering was verboden.
Als gevolg van de concentratie gaan de activiteiten van ProRail op het gebied van reisinformatie in hun geheel over naar NS. Ook na de concentratie zal er slechts één aanbieder zijn van actuele reisinformatie via informatieborden en omroepberichten op (trein)stations. Wel treedt volgens de NMa een verandering op in de verhouding tussen de aanbieder van reisinformatie en de afnemers ervan, te weten de (andere) spoorvervoerder. Gezien het feit dat de minister van I&M reeds het voornemen heeft geuit om op delen van het hoofdrailnet de stoptreindiensten aan te besteden is de verwachting dat meer concessies via aanbestedingen zullen worden vergeven. NS staat hierbij in concurrentie met de andere spoorvervoerders. De NMa is van oordeel dat de mogelijkheid bestaat dat NS zich anders dan ProRail zal opstellen ten aanzien van de andere spoorvervoerders als afnemers van reisinformatie. NS heeft in potentie de mogelijkheid om de toegang tot en de prijs en kwaliteit van de reisinformatie in te zetten om de concurrentieverhoudingen tussen haar en de andere spoorvervoerders op een voor haar gunstige wijze te beïnvloeden. Hierdoor zou de mededinging kunnen worden belemmerd. Om de mogelijke belemmering te onderzoeken heeft de NMa nader gekeken naar:

a. de toegang tot Reisinformatie;
b. de kwaliteit van de dienstverlening in het algemeen;
c. de kwaliteit in verhouding tot de kosten van de dienstverlening;
d. de mogelijkheid van NS om te hoge kosten door te berekenen; en
e. bedrijfsvertrouwelijke informatie die mogelijk ter beschikking van NS komt als gevolg van de overname.

De NMa ziet bij nagenoeg alle hierboven genoemde onderwerpen van het onderzoek mededingingsrechtelijke problemen. Enkel ten aanzien van de kwaliteit van de dienstverlening in het algemeen acht de NMa het niet-aannemelijk dat door de concentratie mededingingsrechtelijke problemen ontstaan. Ten aanzien van de overige onderwerpen zien de bezwaren van de NMa kort gezegd op het feit dat Reisinformatie na de overname verticaal geïntegreerd zal zijn met NS en NS derhalve twee petten op zal hebben (die van leverancier en afnemer). Hierdoor is het volgens de NMa aannemelijk dat de toegang tot de reisinformatie niet onder non-discriminatoire voorwaarden zal kunnen worden verkregen en dat NS na de overname mindere kwaliteit in verhouding tot de kosten aan haar concurrenten zal leveren dan wel

65. In dit artikel is geregeld dat 'de vervoerder (…) onder redelijke en objectief gerechtvaardigde voorwaarden gegevens omtrent het door hem te verrichten vervoer [verstrekt] aan degene die hierom verzoekt ten behoeve van het voeden en actualiseren van reisinformatiesysteem.'

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

hogere kosten zal doorberekenen. Tevens is het aannemelijk dat de NMa door de overname planningsgegevens van de andere spoorvervoerders zal verkrijgen en deze bedrijfsvertrouwelijke informatie mogelijk voordelen voor NS zal opleveren bij aanbestedingsprocedures in de toekomst.

Om deze mogelijke mededingingsproblemen weg te nemen hebben partijen op 1 oktober 2012 de melding gewijzigd en hierdoor is de NMa uiteindelijk akkoord gegaan met de concentratie. De voorgestelde wijziging houdt in dat NS de algemene verplichting op zich neemt om zich non-discriminatoir te gedragen ten opzichte van openbare personenvervoerders over het Nederlandse spoorwegnet, die gebruik willen maken van actuele reisinformatiediensten op treinniveau via presentatiemiddelen op stations. NS zal hiertoe een standaardreisinformatieovereenkomst en standaardleveringsvoorwaarden gebruiken en deze ook publiceren op de website van NS dan wel op verzoek toezenden.[66] Ten aanzien van de tariefberekening heeft NS de verplichting op zich genomen om kostengeoriënteerde tarieven in rekening te brengen aan zowel afnemers als aan NS Groep en hierbij moet worden uitgegaan van een winst- en verliesrekening.[67] De winst- en verliesrekening zal op juistheid, volledigheid en consistentie worden gecontroleerd door een externe accountant en van een accountantsverklaring worden voorzien. Indien een afnemer van mening is dat NS niet op juiste wijze invulling heeft gegeven aan het principe dat alleen de exploitatiekosten via het tarief in rekening zijn gebracht, dan kan hij dit ter toetsing voorleggen aan een onafhankelijke accountant. Indien deze accountant van oordeel is dat voornoemd principe niet juist is toegepast, dan zal een geschillencommissie een definitief oordeel moeten geven. Om de kwaliteit van de dienstverlening te garanderen is NS gehouden om de kwaliteit maandelijks te laten beoordelen door een onafhankelijke derde en aan de hand van kwaliteitsindicatoren (KPI's) met behulp van het kwaliteitsmeetsysteem van InfoPlus. NS dient hierbij ten minste dezelfde KPI's als ProRail te hanteren en dezelfde normen en meetsystematiek te hanteren. Deze kwaliteitsrapportages zullen worden verstrekt aan de afnemers van de reisinformatie. Mocht er een verschil zitten in de relatieve kwaliteit die wordt geboden aan een afnemer en die wordt geboden aan NS Groep, dan is voorzien in een boetemechanisme. Geschillen hierover kunnen ook worden voorgelegd aan de onafhankelijke geschillencommissie. Schrijvers zijn van mening dat de remedie op het eerste gezicht daadwerkelijk de mededingingsbezwaren kan wegnemen wanneer deze correct wordt toegepast, maar '*the proof of the pudding is in the eating*.'

66. De te verschaffen informatie bevat in ieder geval de informatie die ProRail voor de concentratie publiceerde in Netverklaringen, en zal ten minste de volgende elementen omvatten: (1) een omschrijving van de dienstverlening, (2) een omschrijving van de verschillende opties betreffende de dienstverlening waaruit de afnemers kunnen kiezen, waaronder de mogelijkheid te kiezen voor maatwerk, (3) de levertijd, (4) de leveringsvoorwaarden van de dienstverlening, en (5) informatie over de tarieven voor de dienstverlening en de wijze waarop NS deze tarieven zal vaststellen.
67. De wijze van berekening van de exploitatiekosten (bestaande uit de afschrijvingskosten, de kosten voor uitbesteed werk t.b.v. de dienstverlening, huisvestingskosten, financieringskosten, personeelskosten en een forfaitaire additionele kostenpost van 1,5 procent als onvoorziene kosten) zijn in het besluit uitgeschreven.

Supermarkten

In 2012 beoordeelde de NMa drie concentraties op het gebied van supermarkten. De meest omvangrijke concentratie zag op de overname van C1000 door Jumbo.[68] De twee andere transacties hebben zijdelings met deze overname te maken aangezien zij deels zagen op het afstoten van een aantal supermarkten door Jumbo in het kader van een remedie. Coop heeft in dat kader 54 supermarkten van Jumbo overgenomen[69] terwijl Ahold 82 supermarkten van Jumbo heeft overgenomen.[70] De afbakening van de relevante markten is in alle drie de besluiten hetzelfde. De NMa onderscheidt, op basis van eerdere besluiten, drie branches waar de activiteiten van partijen overlappen:

1. verkoop van dagelijkse consumptiegoederen via supermarkten;
2. inkoop van dagelijkse consumptiegoederen voor afzet via detailhandel; en
3. het aanbieden van *franchise*-diensten op het gebied van supermarkten.

De NMa laat in het midden of de markt voor verkoop van consumptiegoederen een nationale of regionale dimensie heeft; beide geografische markten worden onderzocht in het besluit. De inkoopmarkt voor dagelijkse consumptiegoederen kent een nationale dimensie.

De NMa start in *Jumbo/C1000* met de beoordeling van de nationale markt voor verkoop van consumptiegoederen via supermarkten. Gelet op de beperkte marktaandelen van partijen en de aanwezigheid van sterke(re) concurrenten, acht de NMa geen redenen aanwezig om aan te nemen dat de mededinging op significante wijze zou kunnen worden beperkt. Op de plaatselijke markten maakt de NMa eerst een schifting tussen markten waar partijen een gezamenlijk marktaandeel van meer of minder dan 50 procent hebben. Op de markten waar het marktaandeel onder de 50 procent ligt, neemt de NMa aan dat partijen voldoende zullen worden gedisciplineerd door winkels van concurrenten. Voor zeventien lokale markten waar het gezamenlijk marktaandeel boven de 50 procent ligt, neemt de NMa aan dat de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zou kunnen worden belemmerd. Naast de lokale markten naar stad of dorp, analyseert de NMa mogelijke overlapgebieden waarbij is uitgegaan van gebieden binnen een straal van vijftien minuten reistijd per auto. De NMa gaat hierbij uit van dezelfde scheiding tussen gebieden waar partijen meer of minder dan 50 procent gezamenlijk marktaandeel hebben. Binnen één gebied ziet de NMa redenen om aan te nemen dat de mededinging op significante wijze zal worden belemmerd. Om de gesig-

68. Besluit NMa 21 februari 2012, zaak 7323.
69. Besluit NMa 25 juli 2012, zaak 7429.
70. Besluit NMa 26 juli 2012, zaak 7423.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

naleerde mededingingsrechtelijke problemen weg te nemen, heeft Jumbo de melding van de voorgenomen concentratie gewijzigd. De wijziging houdt, kort gezegd, in dat Jumbo in de achttien lokale 'probleemmarkten' supermarkten van Jumbo en C1000 zal afstoten. Als gevolg van deze wijziging zal het gezamenlijke marktaandeel van partijen op de betrokken markten teruggebracht worden tot minder dan 50 procent. De NMa overweegt dat kan worden aangenomen dat partijen hierdoor worden gedisciplineerd door de winkels van concurrenten zodat haar mededingingsrechtelijke bezwaren worden weggenomen. Ten aanzien van de inkoopmarkt voor dagelijkse consumptiegoederen overweegt de NMa dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat de concentratie de mededinging op significante wijze zou belemmeren, gelet op de beperkte gezamenlijke marktaandelen van partijen op deze markt en de aanwezigheid van grote(re) concurrenten zoals Ahold en Superunie. De markt voor *franchise*-diensten wordt buiten beschouwing gelaten gelet op de geringe toevoeging van Jumbo aan C1000 en het beperkte gezamenlijke marktaandeel van partijen. De NMa concludeert dan ook dat geen vergunning voor de concentratie is vereist.

De besluiten inzake *Coop/Jumbo* en *Ahold/Jumbo* volgen dezelfde lijn. In *Coop/Jumbo* constateert de NMa op één markt, te weten Schoonebeek, een potentiële belemmering van de mededinging. Aan het besluit wordt dan ook de voorwaarde verbonden dat Coop haar winkel in Schoonebeek zal afstoten. De voorgestelde concentratie inzake *Ahold/Jumbo* leidt niet tot mededingingsrechtelijke bezwaren. Ten aanzien van de nationale markt voor verkoop van consumptiegoederen via supermarkten overweegt de NMa dat het, relatief grote, marktaandeel van Ahold slechts beperkt toeneemt als gevolg van de concentratie. Op geen van de lokale markten overschrijdt het gezamenlijk marktaandeel de 50 procent. Op de inkoopmarkt voor consumptiegoederen leidt de concentratie slechts tot een beperkte toevoeging aan het marktaandeel van Ahold. De NMa heeft dan ook geen reden om aan te nemen dat de concentratie de mededinging op significante wijze zal belemmeren.
Hoewel van theoretische aard, valt het schrijvers op dat de NMa ten dele lijkt terug te grijpen op de oude beoordelingstest waarbij enkel wordt gekeken of een economische machtspositie wordt gecreëerd of versterkt en pas later kijkt of de mededinging significant wordt belemmerd. De NMa hanteert in de supermarktzaken als 'zeef' een gezamenlijk marktaandeel van partijen van meer of minder dan 50 procent en kijkt dan pas naar de daadwerkelijke effecten op de regionale markten. Schrijvers begrijpen echter volkomen dat het nagenoeg ondoenlijk is voor de NMa om voor alle betrokken regionale markten de specifieke omstandigheden te onderzoeken. Dit zou bovendien een onmogelijke last op de meldende partijen leggen om te voldoen aan informatieverzoeken met alle bijkomende kosten en vertragingen. Ook zal het de uitkomst waarschijnlijk niet veranderen en het is naar het oordeel van schrijvers dan ook een juiste en praktische werkwijze.

Weigering vergunning - Continental Bakeries - A.A. ter Beek

In de zogenoemde 'beschuitfusie' (*Continental Bakeries - A.A. ter Beek*) besloot de NMa tot een, weinig voorkomende, weigering om een vergunning te verlenen voor de voorgenomen concentratie. De voorgenomen concentratie ziet op de overname door Continental Bakeries van het volledige aandelenkapitaal van A.A. ter Beek (holding van onder meer Bolletje). Op 10 oktober 2011 hebben Continental Bakeries en A.A. ter Beek dit voornemen vastgelegd in een intentieovereenkomst. Op 13 december 2011 is de concentratie gemeld bij de NMa waarna de NMa op 17 april 2012 besloot dat een vergunning was vereist.[71] Partijen hebben op 5 juni 2012 de aanvraag om een vergunning ingediend.
De betrokken ondernemingen zijn beide actief op het gebied van productie en verkoop van onder meer ontbijtkoek en beschuit. Partijen houden zich enkel bezig met het *upstream* niveau: productie van ontbijtkoek en beschuit en verkoop aan zogenoemde *retailers*. Aangezien de vraag van *retailers* is gerelateerd aan de vraag van de consument, betrekt de NMa ook de *downstream* markt in de analyse van de relevante markt. In een eerdere beschikking heeft de Europese Commissie vastgesteld dat afzonderlijke markten bestaan voor beschuit en ontbijtkoek en partijen gaan hier ook van uit, zodat de vraag rest of er afzonderlijke markten bestaan voor ontbijtkoek en beschuit. Uit onderzoek blijkt dat er slechts zeer geringe vraagsubstitutie is bij zowel beschuit als ontbijtkoek en andere producten.[72] Aangezien ook de mogelijkheden voor aanbodsubstitutie beperkt zijn, gaat de NMa uit van een aparte relevante productmarkt voor de productie en verkoop van beschuit en een aparte relevante productmarkt voor de productie en verkoop van ontbijtkoek. Vervolgens bekijkt de NMa of er afzonderlijke productmarkten zijn voor de merkproducten en de *private label* producten. Waar partijen stellen dat consumenten zeer merktrouw zijn, blijkt dit niet uit marktonderzoek en het onderzoek naar de vraagsubstitutie. Op de *downstream* markt gelden de *private label* producten dan ook als substituten van merkbeschuit en merkontbijtkoek. Uit het marktonderzoek blijkt dat het aannemelijk is dat producenten en *retailers* in hun *upstream* onderhandelingen rekening houden met deze vraagsubstitutie. Er zijn dus geen afzonderlijke productmarkten voor *private label* producten en merkproducten. De NMa gaat verder uit van een Nederlandse markt voor de productie en verkoop in het *retail*-kanaal van de beide producten. Tussen Nederland en het buitenland vindt nauwelijks import en export plaats. Daarnaast blijkt dat marges en prijzen in Nederland lager liggen dan elders zodat het niet aantrekkelijk is voor buitenlandse partijen om actief te worden in Nederland.
De NMa komt vervolgens toe aan de bespreking van de gevolgen van de concentratie op de twee betrokken rele-

71. Besluit NMa 17 april 2012, zaak 7321.
72. Volgens *retailers* kopen consumenten én beschuit én ontbijtkoek én mogelijke andere zogenoemde broodvervangers. Tevens is uit onderzoek gebleken dat 91 procent van de consumenten beschuit zou blijven kopen wanneer de prijs met 5-10 procent zou stijgen.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

vante markten. De markt voor productie en verkoop van beschuit aan *retailers* is reeds sterk geconcentreerd waarbij A.A. ter Beek en Continental Bakeries een gezamenlijk marktaandeel van 70-80 procent hebben. Naast de betrokken ondernemingen zijn drie andere partijen actief op de relevante markt. Twee van de drie – Borggreve en Bergbanket – vormen geen reëel alternatief. Borggreve levert exclusief aan Aldi Nederland en heeft blijkbaar geen interesse in uitbreiding in Nederland terwijl Bergbanket zich richt op ambachtelijk beschuit en niet meedingt met de *private label* tenders van de *retailers*. Van der Meulen, het derde alternatief, is dan ook de enige partij die reële concurrentiedruk kan uitoefenen op de concentratie. Van der Meulen richt zich vrijwel alleen op *private label* beschuit en heeft aangegeven zich meer op buitenlandse *retailers* te richten gelet op de aantrekkelijkere marktvoorwaarden. Het is dan ook niet uitgesloten dat Van der Meulen haar overcapaciteit inzet voor de buitenlandse markt zodat zij op een bepaald moment niet meer kan meebieden op de *private label tenders*. Daarmee zou in wezen alle concurrentiedruk voor de concentratie wegvallen. Gelet op deze omstandigheden concludeert de NMa dat er onvoldoende actuele concurrentiedruk is om partijen na de voorgenomen concentratie te disciplineren op de Nederlandse markt voor productie en verkoop van beschuit via het *retail*-kanaal. De NMa verwacht ook onvoldoende concurrentiedruk door mogelijke uitbreiding van huidige producenten of toetreding door nieuwe partijen. De relevante markt groeit niet en er is sprake van aanzienlijke overcapaciteit die grotendeels ter beschikking staat van partijen. Daarbij zijn aanzienlijke investeringen vereist om een nieuwe beschuitlijn op te zetten. Uit marktonderzoek blijkt ten slotte dat het niet waarschijnlijk is dat buitenlandse partijen na een prijsverhoging als gevolg van de concentratie zullen toetreden.

De NMa onderzoekt tevens de mogelijke rol van compenserende marktmacht van *retailers*. De NMa overweegt dat beschuit een *must stock* artikel is voor *retailers* zodat zij in die zin afhankelijk zijn van de producenten. Na de concentratie zijn er, zoals hiervoor uiteengezet, een beperkt aantal alternatieve producenten van beschuit. Voor de *private label* producten zijn er na de concentratie zelfs maar twee opties: partijen en Van der Meulen. De *retailers* hebben dus volgens de NMa bijzonder weinig opties om aan beschuit te komen. Alles bij elkaar acht de NMa in ieder geval onvoldoende compenserende afnemersmacht aanwezig. De NMa concludeert dan ook dat het voldoende aannemelijk is dat de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt op significante wijze zou worden belemmerd door de voorgenomen concentratie. Een interessante vraag is of de werkelijke marktmacht van de *retailers* niet groter is. Partijen zijn naast de betrokken relevante markten ook actief in de productie en verkoop van andere 'deegproducten'. Hoewel deze markten voor de mededingingsrechtelijke beoordeling buiten beschouwing blijven, kunnen deze producten door *retailers* mogelijk wel bij de prijsonderhandelingen worden betrokken. Denkbaar is dat in dergelijke besprekingen gedreigd kan worden met een boycot van andere producten van een bepaalde partij. *Retailers* geven in het marktonderzoek echter aan dat zij producenten op productniveau benaderen en de andere producten die zij afnemen geen rol spelen bij de inkoop van beschuit. Nu is het uiteraard voor de *retailers* logisch dat zij langs deze lijn verklaren, maar daarmee is de mogelijkheid van het betrekken van andere producten bij de onderhandelingen niet meteen tot nul teruggebracht. Schrijvers kunnen zich goed indenken dat *retailers* dat wel gaan doen als zij worden geconfronteerd met een prijsverhoging van een van de producten van een leverancier en dit gebeurt in de praktijk ook.

Een sterker argument in dit kader is dat deze mogelijkheid voor *retailers* wordt beperkt door het feit dat zij met betrekking tot beschuit, een *must stock* artikel, na de concentratie nog maar met een klein aantal partijen in zee kunnen gaan. Een *retailer* heeft dus mogelijk een beperkte onderhandelingspositie. Schrijvers vragen zich echter wel af of de inkoopmacht van de *retailers*, zeker gezien de discussie in de agri&food sector over de macht van de supermarkten, niet voor voldoende evenwicht kan zorgen. De Europese Commissie geeft bijvoorbeeld in het persbericht bij het onderzoek naar de innovatie in de voedingssector[73] zelf aan dat de concentratie in de *retail*-sector de laatste jaren is toegenomen en de *retailers* steeds meer *private label* producten succesvol hebben geïntroduceerd. Hierdoor is hun inkoopmacht toegenomen en wordt ook gewaarschuwd voor oneerlijke handelspraktijken. Daarnaast is het de vraag of de *retailers* niet mogelijk een (buitenlandse) toetreder zouden kunnen 'sponsoren' bij het opzetten van een nieuwe productielijn, bijvoorbeeld met een leveringscontract voor langere duur. Daardoor zou de concurrentie toenemen en de prijs onder druk komen te staan. Hier gaat de NMa echter niet op in.

Op de markt voor productie en verkoop van ontbijtkoek via het *retail*-kanaal ligt de situatie heel anders. Hier nemen partijen een relatief bescheiden positie in met een marktaandeel van 20-30 procent. Met name Peijnenburg (50-60 procent) en Modderman (10-20 procent) hebben voldoende omvang om partijen na de voorgenomen concentratie te kunnen disciplineren. De NMa acht het dan ook niet aannemelijk dat de daadwerkelijke mededinging op deze markt op significante wijze zou worden belemmerd.

Voordat de NMa aan haar eindconclusie toekomt, behandelt zij nog het voorstel van partijen voor aan de vergunning te verbinden voorschriften. Dit voorstel ziet op de afstoting van een productielijn voor beschuit van A.A. ter Beek. Deze productielijn zou worden geïnstalleerd bij een koper, met scholing van het personeel van de koper. De NMa overweegt dat een dergelijk voorstel alleen de mededingingsproblemen wegneemt op het moment dat het afgestoten bedrijfsonderdeel in staat is om daadwerkelijk, effectief en op duurzame wijze te concurreren met de bij de voorgenomen concentratie betrokken partijen. Volgens de NMa is hiervan geen sprake in het onderhavige geval. Een partij die de ver-

73. Nieuwsbericht Europese Commissie, 11 december 2012.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

eiste investering zou doen, kan deze investering in één jaar terugverdienen en er is geen garantie dat die partij daarna beschuit zal blijven produceren aangezien de uittreedkosten laag zijn. Hoewel er iets te zeggen is voor deze redenering van de NMa, rijst wel de vraag of het omgekeerde niet net zo verdedigbaar is. De keerzijde van de medaille is immers dat de productielijn kennelijk zo winstgevend is dat de investering in één jaar terug te verdienen is. Wat let de koper dan om de productie en verkoop voort te zetten? Gelet op de eerdere overwegingen van de NMa is het meer voor de hand liggend dat de productiecapaciteit zou worden aangewend om (mede) voor buitenlandse markten te produceren; dit neemt de NMa niet mee in haar overweging. Het enkele feit dat de investering is terugverdiend en de uittreedkosten laag zijn, acht zij voldoende voor het oordeel dat het voorstel onvoldoende zekerheid biedt voor het wegnemen van de mededingingsbezwaren. Deze motivering is in ieder geval voor schrijvers onbevredigend. Daarbij blijkt uit het besluit van de NMa niet of zij een markttest heeft uitgevoerd ten aanzien van het remedievoorstel en schrijvers hebben begrepen dat dit niet heeft plaatsgevonden. Gezien de uitkomst van de vergunningsaanvraag bevreemdt schrijvers dit en kunnen mogelijk vraagtekens worden gezet bij de zorgvuldigheid van het onderzoek. Nu de NMa de aangeboden remedie afwijst, weigert de NMa de vergunning en dat mag toch een unicum worden genoemd in Nederland. Waarschijnlijk worden deze vraagstukken niet verder behandeld in beroep. Vlak voor het ter perse gaan van dit nummer maakte A.A. ter Beek bekend dat zij in onderhandeling was met het Duitse Borggreve omtrent de overname van Bolletje. Eind goed, al goed voor Bolletje maar helaas geen filmische *cliffhanger* tot de Kroniek concentratiecontrole 2013.