

Kroniek

Kroniek concentratiecontrole 2015

Stefan Molin en Gurgen Hakopian*

Inleiding

Deze kroniek beschrijft de belangrijkste ontwikkelingen op het gebied van concentratiecontrole in Nederland in 2015. Zoals gebruikelijk begint de kroniek met een overzicht van de belangrijkste cijfers. Vervolgens komen de informele zienswijzen die ACM in 2015 heeft afgegeven, sancties en rechtspraak en besluiten van ACM in de meldingsfase en vergunningsfase aan bod. Tot slot gaan wij kort in op de onderzoeken die ACM heeft uitgevoerd naar de prijseffecten van fusies in de telecom- en supermarktsector, waarvan de resultaten eind 2015 zijn gepubliceerd.

54

De cijfers¹

Meldingen van fusies, overnames en joint ventures (concentraties)	89
Aantal gemelde fusies die niet meldingsplichtig waren	2
Ingetrokken meldingen	2
Ontheffing van wachtperiode	4
Besluiten op meldingen van concentraties	88
Vergunning voor concentraties vereist	3
Vergunningsaanvragen	3
Ingetrokken vergunningsaanvragen	0
Besluiten op vergunningsaanvraag	3
Opbrengst meldingen en vergunningen	€ 1.339.025

Informele zienswijzen

ACM heeft in 2015 twee informele zienswijzen afgegeven met betrekking tot de toepassing van het concentratietoezicht.

De eerste zienswijze² betreft de volwaardigheid van een gemeenschappelijke onderneming. Ondernemingen C en X zijn voornemens ieder een belang van 50 procent te verwerven in D. Zij zullen gezamenlijke zeggenschap kunnen uitoefenen over D en daarmee indirect over

* Mr. S.C.H. Molin is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek in Amsterdam. Mr. G.R. Hakopian is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek in Brussel.

1. Bron: Jaarverslag ACM 2015, <<https://jaarverslag.acm.nl/jaarverslag-2015/concentraties>>.

2. Informele zienswijze van 25 augustus 2015, zaak 15.0735.15.

dochter E. Het doel van de samenwerking van partijen is om tot een kostendekkende exploitatie van E te komen. E zal ongeveer 75 procent van haar omzet behalen met levering aan haar moederondernemingen tegen zo laag mogelijke kosten. De prijs die E aan derden rekent, zal anders zijn dan de prijs voor haar moeders. Bij capaciteitsbeperkingen zal de vraag van de moeders altijd voorrang krijgen. Bovendien zullen de twee bestuursleden van D nog werkzaam zijn voor de moeders door wie ze zijn voorgedragen. Op basis hiervan concludeert ACM dat hier hoogstwaarschijnlijk geen sprake is van een onderneming die duurzaam alle functies vervult van een zelfstandige economische eenheid.

De casus van de tweede zienswijze³ is als volgt: ondernemingen A, B en C zijn voornemens te fuseren. A heeft drie aandeelhouders: Aandeelhouder 1, Aandeelhouder 2 en Aandeelhouder 3. A heeft in 2014 een omzet behaald van € 10,6 miljoen. B is een 100 procent dochter van Aandeelhouder 4. B heeft in 2014 een omzet behaald van € 5,9 miljoen. C heeft drie aandeelhouders, te weten Aandeelhouder 5, Aandeelhouder 6 en Aandeelhouder 7. C heeft in 2014 een omzet behaald van € 7,7 miljoen. Aandeelhouder 4 en Aandeelhouder 7 behalen elk afzonderlijk als groep meer dan € 150 miljoen omzet. Er wordt een nieuwe vennootschap (hierna: NewCo) opgericht waarin iedere hierboven genoemde aandeelhouder maximaal een zesde belang verkrijgt. Het dagelijks bestuur zal bestaan uit drie bestuurders waarop een Raad van Commissarissen toezicht houdt. De vraag is of deze concentratie meldingsplichtig is.

Nu ACM niet beschikt over nadere details over de zeggenschapsverhoudingen van de aandeelhouders in NewCo na de concentratie, gaat zij bij de beantwoording van deze vraag in op een aantal verschillende scenario's. Scenario 1 gaat uit van een situatie waarin één of meer minderheidsaandeelhouders over vetorechten beschikken waarmee zij belangrijke beslissingen over het strategische commerciële gedrag van de onderneming kunnen blokkeren en dus uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap kunnen uitoefenen. Volgens ACM zou de transactie alleen meldingsplichtig zijn als ten minste Aandeelhouders 4 en 7 over dergelijke rechten zouden beschikken, nu de omzeldrempels van de Mw met de omzet van die aandeelhouders zouden worden overschreven. Er zijn geen andere varianten waarbij de transactie meldingsplichtig zou kunnen zijn.

Scenario 2 gaat uit van een situatie waarin geen van de minderheidsaandeelhouders zeggenschapsrechten heeft zoals hierboven beschreven. Er is sprake van een situatie waarbij wisselende coalities van aandeelhouders besluiten kunnen nemen en blokkeren. Een dergelijke situatie is in de regel geen concentratie. ACM stelt echter dat het op basis van de overgelegde informatie aannemelijk is dat door het combineren van de activiteiten van de voorheen onafhankelijke ondernemingen A, B en C één economische eenheid ontstaat. Deze transactie kan op basis van de Mededeling bevoegdheidskwesities als een fusie worden beschouwd. ACM merkt in dit scenario A,

B en C aan als de betrokken ondernemingen. Deze ondernemingen behalen een gezamenlijke omzet van minder dan € 30 miljoen, waardoor niet wordt voldaan aan de omzeldrempels van de Mw. De omzet van de Aandeelhouders 1-7 hoeft in dit geval niet te worden meegerekend: die aandeelhouders kunnen in dit scenario immers geen zeggenschap uitoefenen over NewCo.

Sancties en rechtspraak

ACM heeft in 2015 geen boetes opgelegd voor overtreding van de standstill-verplichting of voor andere overtredingen van de regels van het concentratieoetzicht. Wel heeft zowel de Rechtbank Rotterdam als het CBB zich uitgesproken over de beoordeling van een fusie door ACM. Dat is voor ACM in beide gevallen goed afgelopen.

NPCF/ACM

De Rechtbank Rotterdam heeft in 2015 één uitspraak gedaan op het gebied van concentratiecontrole. Het betreft een uitspraak van 9 april 2015 in het beroep van de Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie (hierna: NPCF) tegen de goedkeuring door ACM van de fusie van het Lievensberg Ziekenhuis en het St. Franciscus ziekenhuis, inmiddels gefuseerd tot het Bravis-ziekenhuis.⁴

In beroep stelt Bravis, het fusieziekenhuis, zich primair op het standpunt dat NPCF geen belanghebbende is bij het bestreden besluit, omdat NPCF niet kan worden aangemerkt als consumentenorganisatie als bedoeld in artikel 93 Mw.⁵ Bij de beoordeling van dit standpunt neemt de rechtbank het volgende in aanmerking. De leden van NPCF zijn patiënten-consumentenorganisaties, individuele patiënten kunnen geen lid worden van NPCF. Op basis van haar statuten stelt NPCF zich onder andere tot doel het behartigen van de gemeenschappelijke belangen van patiënten-consumentenorganisaties, waaronder mede is begrepen het uiten van klachten en het voeren van procedures over besluiten en maatregelen die de omvang en de kwaliteit van zorg negatief kunnen beïnvloeden met betrekking tot individuele patiënten en/of consumenten, de mededinging tussen zorgaanbieders, zorgverzekeraars en tussenpersonen kan beperken dan wel misbruik van een machtspositie in de hand kan werken. De statuten bepalen voorts dat NPCF in het kader van haar doelstelling ten behoeve van haar leden rechten kan bedingen en namens of in het belang van haar leden en/of (groepen van of individuele) patiënten en consumenten in rechte kan optreden.

De rechtbank oordeelt dat niet aannemelijk is geworden dat NPCF de collectieve belangen behartigt van patiënten en op die grond is aan te merken als consumentenorganisatie in de zin van artikel 93 Mw. De rechtbank

3. Informele zienswijze van 14 oktober 2015, zaak 15.0938.15.

4. Rb. Rotterdam 9 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2307 (NPCF/ACM).

5. 'Een stichting of vereniging die krachtens haar statuten tot taak heeft het behartigen van de collectieve belangen van consumenten.'

baseert zich daarbij ten eerste op het feit dat de behartiging van de collectieve belangen van patiënten niet als zodanig wordt genoemd in de statuten van NPCF. De statuten spreken slechts over patiënten-consumentenorganisatie. Ten tweede overweegt de rechtbank dat Zorgbelang Brabant, dat indirect lid is van NPCF en actief is in de regio waar de concentratie zich afspeelt, geen bezwaar heeft tegen de concentratie. Ten derde stelt de rechtbank dat de statutaire bevoegdheid van NPCF om te procederen in het belang van individuele patiënten haar niet kan helpen, nu die bevoegdheid veronderstelt dat NPCF daarbij in het verlengde handelt van de aan haar kenbaar gemaakte belangen en wensen van hetzij haar leden, hetzij (groepen van) individuele patiënten en consumenten. Volgens de rechtbank heeft NPCF onvoldoende aannemelijk gemaakt dat die belangen en wensen in het onderhavige geval aanwezig waren. Daarbij verwijst de rechtbank wederom naar het positieve standpunt van Zorgbelang Brabant over de fusie. Ten slotte overweegt de rechtbank dat voor zover NPCF beroep heeft ingesteld om te waarborgen dat concentraties in de zorgsector zorgvuldig worden beoordeeld (en dat dit haar meningsverschil met Zorgbelang Brabant verklaart), een dergelijk algemeen belang niet maakt dat NPCF voldoet aan de voorwaarden van artikel 93 Mw. Nu NPCF volgens de rechtbank ook geen belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 lid 3 Awb, verklaart de rechtbank het beroep niet-ontvankelijk. Aan de inhoud komt de rechtbank niet toe, wat mede gezien de overige ontwikkelingen in de ziekenhuissector die in deze kroniek zijn beschreven spijtig is. NPCF heeft geen hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak.

Ziggo/ACM

Het CbB heeft in 2015 één uitspraak gedaan op het gebied van concentratiecontrole. Het betreft een uitspraak van 6 oktober 2015 in het beroep van Ziggo tegen de goedkeuring door ACM van een concentratie tussen KPN en Reggefiber.⁶ Deze uitspraak is het sluitstuk van een lange juridische strijd met betrekking tot glasvezel-exploitant Reggefiber. Meer dan zeven jaar geleden verleende ACM onder voorwaarden goedkeuring voor de oprichting van een gezamenlijke onderneming⁷ door KPN en Reggefiber B.V., ook Reggefiber genaamd.⁸ De GO legt zich toe op de aanleg en exploitatie van glasvezelnetwerken ten behoeve van consumenten in Nederland. Maar liefst zes partijen stelden beroep in tegen dit goedkeuringsbesluit. De Rechtbank Rotterdam constateerde in een tussenuitspraak van 18 november 2010 dat het besluit een motiveringsgebrek bevatte, welk gebrek ACM op 16 december 2010 via de bestuurlijke lus heeft hersteld. De rechtbank heeft vervolgens op 10 mei 2012 einduitspraak gedaan, waarbij zij het besluit van ACM heeft vernietigd en de rechtsgevolgen van het besluit in stand heeft gelaten.

6. CbB 6 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:313 (*Ziggo/ACM*).

7. De gezamenlijke onderneming zal hierna gemakshalve worden aangeduid als GO, om onderscheid te maken tussen Reggefiber B.V. en de GO.

8. Besluit NMa 19 december 2008, zaak 6397 (*KPN – Reggefiber*).

Ziggo komt in hoger beroep op tegen diverse onderdelen van de tussenuitspraak en de einduitspraak van de rechtbank. Allereerst de procedurele argumenten. ACM voert aan dat Ziggo geen belang meer heeft bij haar beroep nu de GO al is opgericht. Ziggo had voorlopige voorziening moeten aanvragen om de concentratie tegen te houden indien zij daadwerkelijk iets wilde bereiken. Reggefiber voert tevens aan dat indien het bestreden besluit van ACM wordt vernietigd, de wettelijke beoordelingstermijn voor een concentratie zal zijn verstreken nu er wel een melding zou zijn ingediend waar ACM niet op heeft beslist (en dus geen vergunning vereist kan zijn voor de concentratie). Het CbB veegt dit punt terecht van tafel, nu een dergelijke interpretatie van de Mw de rechtsbescherming tegen besluiten van ACM zou uithollen. Als gevolg van de vernietiging herleeft volgens het CbB de rechtstoestand van vóór het bestreden besluit en daarmee tevens de mogelijkheid voor ACM een besluit te nemen. In een dergelijk geval zou het voor de hand liggen dat het CbB de termijn bepaalt waarbinnen dat besluit genomen kan worden. Ziggo heeft daarom wel degelijk een procesbelang. Het feit dat zij geen voorlopige voorziening heeft ingesteld maakt dat niet anders.

Ziggo betoogt vervolgens dat de rechtbank de bestuurlijke lus verkeerd heeft toegepast door ACM de gelegenheid te geven te reageren op de zienswijzen die naar aanleiding van de aanvullende motivering van ACM zijn ingediend. Het CbB passeert ook dit argument op basis van de constatering dat er geen rechtsregel is in de Awb die zich tegen toepassing van de bestuurlijke lus op deze wijze verzet.

Dan de inhoudelijke beoordeling. Het CbB begint met de vraag of het toetsingskader voor concentratiebesluiten dat zij in eerdere uitspraken heeft uiteengezet geldt voor besluiten in de meldingsfase zoals het onderhavige. De eerdere jurisprudentie van het CbB⁹ had immers uitsluitend betrekking op besluiten in de vergunningsfase. ACM en KPN stellen zich op het standpunt dat nu ACM in de meldingsfase een ruime beoordelingsvrijheid heeft, de rechter besluiten in de meldingsfase ook terughoudender moet beoordelen. Het CbB volgt dit betoog niet en overweegt als volgt:

‘Hoewel uit de opzet van het concentratietoezicht – een procedure in twee fasen – voortvloeit dat de beoordeling door ACM van de voorgenomen concentratie in de tweede fase indringender is dan in de eerste fase, leidt dit naar het oordeel van het College niet tot een verschil in de toetsing door de bestuursrechter van de rechtmatigheid van deze besluiten. In beide gevallen omvat de rechterlijke toetsing de vraag of ACM heeft voldaan aan haar verplichting aannemelijk te maken dat de concentratie al dan niet de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren (artikel 37, tweede lid, Mw) respectieve-

9. Zie bijvoorbeeld CbB 28 november 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ3274 (*NMa/Nuon*).

lijk dat deze als gevolg van de voorgenomen concentratie zou worden belemmerd (artikel 41, tweede lid, Mw), met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie.’

Het CBb ziet in de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak van de Unierechter geen aanknopingspunten voor een ander standpunt. Voor alle concentratiebesluiten van ACM geldt dus dezelfde rechterlijke toets. Met dit kader in het achterhoofd kijkt het CBb naar de inhoudelijke beoordeling van ACM en de rechtbank. Het grote discussiepunt is kort gezegd het volgende. ACM heeft de concentratie goedgekeurd met name op basis van het uitgangspunt dat het onwaarschijnlijk is dat in één geografisch gebied meerdere parallelle glasvezelaansluitnetwerken worden aangelegd. Dat uitgangspunt was gebaseerd op een drietal marktrapporten uit 2008. Ziggo noemt in hoger beroep een aantal ontwikkelingen dat zou illustreren dat het door ACM gehanteerde uitgangspunt onjuist was. ACM stelt echter dat dit *ex tunc* moet worden beoordeeld. Het CBb gaat hierin mee en overweegt op basis van rechtspraak van de Unierechter dat Ziggo had moeten aantonen dat ACM destijds een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt en dat de rapporten waar ACM zich op baseerde onjuist waren. Volgens het CBb is Ziggo hierin niet geslaagd, omdat zij haar stellingen op dit punt onvoldoende concreet heeft toegelicht en onderbouwd. Het CBb verklaart het hoger beroep daarom ongegrond. Interessant is nog de formulering van het CBb aangaande de conclusie van ACM in de meldingsfase:

‘Het College komt tot de conclusie dat ACM voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de onderhavige concentratie, mede gelet op de opgelegde remedies, de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan niet op significante wijze zou kunnen belemmeren.’

Op basis hiervan kan men betogen dat er geen rechtmatigheidsvermoeden bestaat voor concentraties, maar dat ACM aannemelijk moet maken of een concentratie de mededinging wel of niet belemmert. De motiveringseis voor het ene scenario is niet strenger dan voor het andere en bij twijfel heeft ACM geen verplichting om een concentratie goed te keuren. Overigens had KPN ruim voor publicatie van deze uitspraak, op 31 oktober 2014, uitsluitende zeggenschap verkregen over Reggefiber. ACM heeft die concentratie onvoorwaardelijk goedgekeurd. De strijd in telecomland is echter nog niet voorbij, nu Vodafone beroep heeft ingesteld tegen dat goedkeuringsbesluit.

Meldingen en vergunningsaanvragen

In het afgelopen jaar heeft ACM zoals gewoonlijk verreweg de meeste concentraties in de meldingsfase goedgekeurd. Daarbij heeft ACM de overgrote meerderheid van de besluiten verkort afgedaan: van de 85 besluiten van ACM in de meldingsfase bevatten slechts zes besluiten een inhoudelijke beoordeling. In de kronieken van voorgaande jaren is kritiek geuit op die aanpak, waarbij wij ons alleen maar kunnen aansluiten. Het is teleurstellend dat ACM niet meer bruikbare precedents produceert voor de praktijk. Daarnaast is het aan meldende partijen vaak moeilijk uit te leggen waarom zij ACM een administratieve vergoeding van inmiddels € 17.450 moeten betalen voor een besluit dat één pagina beslaat. Een systeem zoals dat bestaat in Duitsland, waarbij de vergoeding naar beneden wordt bijgesteld indien de complexiteit van de zaak geen hoge vergoeding rechtvaardigt, is wat dat betreft een elegantere oplossing.

Meldingsfase

In de paragrafen hieronder gaan wij in op twee besluiten van ACM in de meldingsfase waarin zij een vergunningseis heeft opgelegd.¹⁰ Een drietal andere besluiten van ACM in de meldingsfase die niet verkort zijn afgedaan laten wij in deze kroniek onbesproken. Twee van die besluiten betreffen goedgekeurde ziekenhuisfusies¹¹ die gezien de fusiegolf van de voorgaande jaren in deze sector weinig toevoegen aan de bestaande beschikkingspraktijk. Het derde besluit in dit rijtje is een relatief summiere goedkeuring van een concentratie in de GGZ-sector.¹²

Brocacef/Mediq

Op 23 juli 2015 oordeelt ACM dat voor de concentratie tussen Brocacef en Mediq een vergunning is vereist.¹³ De concentratie waarvan partijen melding hebben gedaan was meldingsplichtig bij de Europese Commissie, die de zaak echter op verzoek van partijen heeft doorverwezen naar ACM. De concentratie heeft alleen effecten op markten in Nederland.¹⁴ Brocacef en Mediq zijn actief in de distributieketen voor de farmaceutische sector in Nederland. De activiteiten van partijen overlappen op (1) de detailhandelsmarkten voor farmaceutische producten (kort gezegd: apotheken); (2) de groot-handelsmarkten voor farmaceutische producten (de markt waarop volgesorteerde groothandels leveren aan

10. Het besluit in de meldingsfase in *Staatsloterij/De Lotto* wordt verderop in the kroniek besproken, nu ACM ook het vergunningsbesluit in die zaak in 2015 heeft genomen.
11. Besluit ACM 19 maart 2015, zaak 14.1059.22 (*Reinier Haga Groep – 't Lange Ziekenhuis*) en besluit ACM 2 april 2015, zaak 15.0027.22 (*UMC Groningen – Ommelander Ziekenhuis Groep*).
12. Besluit ACM 8 december 2015, zaak 15.1009.22 (*Stichting De Jutters – Parnassia Groep*).
13. Besluit ACM 23 juli 2015, zaak 15.0484.22 (*Brocacef – Mediq*).
14. Besluit Europese Commissie 17 april 2015, zaak M.7494 (*Brocacef/Mediq Netherlands*).

intramurale instellingen en extramurale klanten); en (3) de *pre-wholesale* markten voor farmaceutische producten (de markt voor levering van logistieke diensten aan farmaceutische fabrikanten). ACM gaat in haar besluit uitvoerig in op de exacte afbakening van deze markten.

Allereerst de detailhandel. ACM is van mening dat er een aparte markt is voor producten en diensten aangeboden door openbare apotheken, die zich onderscheiden van dienstapotheken (die slechts op bepaalde tijden open zijn) en ziekenhuis- of instellingsapotheken (die niet openbaar toegankelijk zijn). Een verdere onderverdeling binnen de markt voor openbare apotheken vindt ACM niet nodig. Nu een apotheek ongeveer 92 procent van zijn omzet met receptgeneesmiddelen behaalt, kijkt ACM voor de beoordeling van de concentratie primair naar een mogelijke markt voor detailhandel in receptgeneesmiddelen door openbare apotheken. ACM laat in het midden of de geografische omvang van deze markt nationaal of lokaal is, nu de beoordeling daardoor niet wordt beïnvloed. Bij de groothandelsmarkt gaat ACM in beginsel uit van één markt voor geneesmiddelen, medische hulpmiddelen, OTC-geneesmiddelen (*over the counter*) en aanverwante logistieke diensten. Dit is vooral ingegeven door het feit dat volgesorteerde groothandels – de naam zegt het al – het volledige assortiment aan farmaceutische producten aanbieden. ACM concludeert wel dat er een verschil bestaat tussen de levering van deze producten aan ziekenhuizen en levering aan extramurale afnemers. Bij de levering aan ziekenhuizen worden andere (technische en logistieke) eisen gesteld, bestaat er een ander distributiemodel en zijn mogelijk slechts drie van de vijf volgesorteerde groothandels actief. Deze afbakening zal in een eventuele vergunningsfase nader worden onderzocht. De markten zijn nationaal. ACM identificeert geen relevante segmenten binnen de markt voor *pre-wholesale* diensten. Dit is één nationale markt.

Alvorens in te gaan op de gevolgen van de concentratie op deze markten kijkt ACM eerst hoe om te gaan met de franchise- en partnerapotheken van Brocacef en Mediq. Dit zijn er enkele honderden en het maakt nogal wat uit of deze apotheken onderdeel uitmaken van de gefuseerde onderneming of concurrenten zijn van de apotheken die partijen in eigendom hebben. De analyse van ACM pakt niet goed uit voor partijen: ACM rekent deze apotheken conform bestaande praktijk volledig toe aan Brocacef en Mediq. De redenen daarvoor zijn dat de franchisenemers en partners in kwestie voor het overgrote deel de centraal door Brocacef en Mediq met de zorgverzekeraars onderhandelde contracten volgen, bij de groothandels van Brocacef en Mediq inkopen en het door Brocacef en Mediq voorgeschreven assortiment en ontwikkelde zorgprogramma's voeren.

ACM ziet geen problemen op de markt voor groothandel aan extramurale afnemers en op de *pre-wholesale* markt. Op beide markten zijn voldoende andere spelers actief en uit het marktonderzoek zijn geen zorgen naar voren gekomen. Die zorgen zijn er wel op de detailhandelsmarkt en de markt voor de groothandel aan zieken-

huizen. Op de detailhandelsmarkt zou de gefuseerde onderneming de grootste apotheekketen van Nederland worden. Op nationaal niveau zouden Brocacef en Mediq een marktaandeel van 30-40 procent hebben, (meer dan) twee keer zo groot als de meest nabije concurrent NFZ. In 80 gemeenten zou als gevolg van de concentratie geen andere apotheekketen overblijven. ACM kijkt ook naar lokaal niveau en komt tot de conclusie dat Brocacef en Mediq in 50 gemeenten een marktaandeel van 40 procent of meer krijgen, gebaseerd op één of meer reisafstanden rond een apotheek (namelijk 1, 2, 3 of 5 km). Vervolgens kijkt ACM of partijen in die gemeenten elkaars meest nabije concurrenten zijn en of daar mededingingsproblemen te verwachten zijn. Die analyse sluit 17 gemeenten uit, waardoor 33 probleemgebieden overblijven. Partijen voeren ter verdediging aan dat zorgverzekeraars, die aan hen vergoedingen betalen voor het verstrekken van geneesmiddelen, over inkoopmacht beschikken en selectief kunnen contracteren. Het recente pessimisme van zorgverzekeraars ten aanzien van ziekenhuisfusies uit zich echter ook in deze markt: zorgverzekeraars geven in het marktonderzoek aan dat zij slechts zeer beperkt selectief contracteren en in ieder geval niet binnen een keten. Nu in veel gebieden weinig of geen alternatieven zijn voor zorgverzekeraars om consumenten heen te sturen, acht ACM het aannemelijk dat de mededinging in die gebieden (en op nationaal niveau) significant belemmerd zal worden.

Zoals gezegd ziet ACM ook bezwaren op de markt voor de groothandel aan ziekenhuizen. Deze markt is een biedmarkt – voor academische ziekenhuizen geldt zelfs een aanbestedingsplicht. Brocacef en Mediq hebben op deze markt slechts één concurrent: Alliance. Op basis van aanbestedingsgegevens en marktonderzoek schat ACM het gezamenlijk marktaandeel van partijen op 60-70 procent. Nu ziekenhuizen ook aangeven dat zij nadeel zullen ondervinden van de concentratie, concludeert ACM dat door de concentratie significante concurrentiedruk zal wegvallen. ACM acht het op voorhand niet aannemelijk dat ziekenhuizen over voldoende afnemersmacht beschikken. Toetreding door andere groothandels is door de hoge investeringskosten ook niet waarschijnlijk. Verder gaat er onvoldoende concurrentiedruk uit van directe levering door fabrikanten aan ziekenhuizen, nu die vooral worden ingezet voor dure geneesmiddelen en ziekenhuizen vaak één pakket willen afnemen. Ten slotte overweegt ACM dat de concentratie kan leiden tot marktcoördinatie, omdat er slechts twee spelers overblijven. Al deze punten zullen in een vergunningsfase nader worden onderzocht.

Partijen hebben op 17 augustus 2015 een vergunning aangevraagd. In de vergunningsfase zal ongetwijfeld onder andere nader onderzoek worden gedaan naar de sterke lokale posities die de concentratie op de apotheekmarkt zou creëren en zullen partijen wellicht gedwongen worden remedies aan te bieden. Gezien het feit dat Brocacef en Mediq in sommige gemeentes beschikken over marktaandelen van 90-100 procent, lijkt het op voorhand niet waarschijnlijk dat zij in de vergunningsfa-

se onvoorwaardelijke goedkeurig zullen kunnen verkrijgen voor de transactie.

Parnassia/Antes

Parnassia en Antes zijn beide gespecialiseerde aanbieders van geestelijke gezondheidszorg (hierna: GGZ) die op 30 september 2015 melding hebben gedaan van de voorgenomen overname van Antes door Parnassia. ACM oordeelt dat voor de concentratie een vergunning is vereist.¹⁵

De concentratie leidt ten eerste tot zeer hoge gezamenlijke marktaandelen op de markt voor klinische en ambulante sGGZ (specialistische GGZ) voor V&O (volwassen en ouderen) in de stad Rotterdam en de regio Rotterdam-Rijnmond. Partijen doen een poging om ACM zowel de productmarkt als de geografische markt anders te laten afbakenen, maar die poging slaagt niet. Bij de productmarkt voeren partijen aan dat onderscheid moet worden gemaakt tussen zorg die wordt gefinancierd uit de Zorgverzekeringswet en zorg die gefinancierd wordt vanuit de Wet langdurige zorg. ACM volgt dit betoog niet, nu de gefinancierde activiteiten identiek zijn. Partijen stellen tevens dat binnen de klinische en ambulante sGGZ voor V&O een afzonderlijke markt moet worden onderscheiden voor patiënten met een ernstige psychiatrische aandoening (EPA), waarop geen concurrentie mogelijk is. Ook dit argument veegt ACM van tafel, nu zorgverzekeraars niet op EPA onderscheiden bij hun inkoop. Bovendien blijkt uit het feit dat zorgverzekeraars andere zorgaanbieders in de gelegenheid kunnen stellen deze zorg aan te bieden, dat aanbodsubstitutie mogelijk is. Ten slotte betogen partijen dat de geografische markt ruimer is dan de regio Rotterdam-Rijnmond. ACM vindt in het marktonderzoek echter geen aanwijzingen die dit standpunt ondersteunen. Parnassia en Antes worden op zowel de markt voor klinische als ambulante sGGZ voor V&O in Rotterdam en Rotterdam-Rijnmond verreweg de grootste partijen (marktaandelen van 70-80 procent respectievelijk 80-90 procent). Bovendien zijn zij elkaars meest nabije concurrenten.

Een significante belemmering van de mededinging verwacht ACM ook op de mogelijke markten voor forensische psychiatrie in de regio Rotterdam-Rijnmond. Daar behalen partijen gezamenlijke marktaandelen van 70-80 procent tot 90-100 procent, afhankelijk van de precieze productmarktafbakening. Bovendien geeft de Dienst Justitiële Inrichtingen, die dit type zorg inkoop bij partijen, aan zich zorgen te maken over de landelijke gevolgen van de concentratie nu in Zuid-Holland en Utrecht een monopoliepositie zou ontstaan. In de vergunningsfase zal ACM kijken of binnen de markt voor forensische psychiatrie nader onderscheid moet worden gemaakt tussen vrijwillige en onvrijwillige psychiatrie en of forensische verslavingszorg een aparte productmarkt vormt. Deze afbakening zou grote gevolgen kunnen

hebben voor de overlap tussen de activiteiten van partijen.

Ten slotte verwacht ACM problemen op de markt voor verslavingszorg in Rotterdam en de regio Rotterdam-Rijnmond. Antes heeft een zeer hoog marktaandeel op die markt. Hoewel Parnassia niet actief is op de markt, moet zij volgens ACM wel worden aangemerkt als de belangrijkste potentiële concurrent van Antes. De disciplinerende maatregelen die uitgaan van de mogelijke toetreding van Parnassia zou door de concentratie wegvallen.

ACM heeft op basis van haar marktonderzoek ernstige twijfels of zorgverzekeraars over voldoende afnemersmacht beschikken om de gefuseerde onderneming te kunnen disciplineren. De door ACM bevestigde zorgverzekeraars zijn wel positief over de concentratie, maar dat is enkel het gevolg van bepaalde toezeggingen die Parnassia en Antes aan zorgverzekeraars hebben gedaan: partijen hebben onder andere een prijsplafond, gescheiden zorginkoop en keuzevrijheid voor de patiënt beloofd. Dit is een interessante variant op de gedragsremedie: kennelijk hebben partijen zorgverzekeraars op voorhand met deze toezeggingen benaderd met het oog op eventuele zorgen die ACM over de voorgenomen concentratie zou kunnen hebben. ACM is echter met name geïnteresseerd in de afnemersmacht van zorgverzekeraars *zonder* deze toezeggingen, en die is niet zo groot. Dat is vooral het gevolg van het feit dat zorgverzekeraars sterk afhankelijk zijn van partijen en terughoudend bij het verplaatsen van zorgbudget naar een andere aanbieder. Parnassia en Antes voeren nog een efficiëntieverweer waarbij zij stellen dat de door hen te realiseren efficiëntie- en kwaliteitsvoordelen rechtstreeks ten goede zullen komen aan de patiënt. ACM acht dit verweer echter te complex om in de meldingsfase te beoordelen. Partijen hebben op 23 december 2015 een vergunning aangevraagd.

Vergunningsfase

ACM heeft in 2015 drie concentraties in de vergunningsfase beoordeeld. In twee van de drie zaken heeft ACM de vergunning verleend, één concentratie heeft ACM verboden. Dat was de fusie tussen het Albert Schweitzer Ziekenhuis en de Rivas Zorggroep. Het was de eerste ziekenhuisfusie die ACM verbood, waarmee een einde kwam aan een jarenlange golf van goedkeuringen in deze sector.

De Persgroep/Mecom

Op 11 februari 2015 heeft ACM onder voorwaarden een vergunning verleend voor de overname van Mecom door De Persgroep N.V.¹⁶ Het is het meest uitgebreide besluit van ACM in 2015.

De Persgroep en Mecom zijn beide actief op het gebied van uitgeven, drukken en distribueren van dagbladen, het verkopen van advertentieruimte en het exploiteren

15. Besluit ACM 6 december 2015, zaak 15.0992.22 (*Parnassia Groep B.V. – Stichting Antes*).

16. Besluit ACM 11 februari 2015, zaak 14.1067.24 (*De Persgroep Publishing N.V. – Mecom Group Plc*).

van de bij die dagbladen behorende nieuwssites, apps en webshops. De Persgroep is uitgever van de landelijke dagbladen de Volkskrant, Trouw en het Algemeen Dagblad, alsmede van het regionale dagblad Het Parool. Mecom is uitgever van zeven regionale dagbladen: BN/DeStem, Brabants Dagblad, De Gelderlander, De Stentor, De Twentsche Courant Tubantia, het Eindhovens Dagblad en de Provinciaal Zeeuwse Courant. Daarnaast geeft Mecom zo'n 140 huis-aan-huisbladen uit. De activiteiten van partijen overlappen op (1) de advertentiemarkten, (2) de drukmarkt en (3) de distributiemarkt voor dagbladen.

Op de advertentiemarkt is er overlap tussen de activiteiten van partijen op zowel de landelijke als de regionale en lokale markten. Het zijn, gezien de daling in oplage van dagbladen, markten met dalende inkomsten. Mediabureaus spelen een belangrijke bemiddelende rol op deze markten: 61 procent van advertentie-inkomsten komt tot stand door bemiddeling van een mediabureau. De belangrijkste concurrenten van partijen zijn TMG (uitgever van De Telegraaf) en NRC. Om te beoordelen of de landelijke en regionale dagbladen van partijen daadwerkelijk concurrenten zijn van elkaar, doet ACM onderzoek naar de preferenties van adverteerders en mediabureaus en de advertentie-inkomsten van alle uitgevers van dagbladen. Uit dit onderzoek komt naar voren dat partijen op landelijk niveau slechts zeer beperkte concurrentiedruk op elkaar uitoefenen. De groep adverteerders die zowel de landelijke dagbladen van De Persgroep als de regionale dagbladen van Mecom gebruikt, is beperkt. Bovendien ziet die groep partijen niet zozeer als alternatieven voor elkaar, maar gebruikt ze beide om een zo groot mogelijke dekking te realiseren. ACM acht het ook niet aannemelijk dat de concentratie zal leiden tot gecoördineerde effecten tussen partijen en de grootste concurrent, TMG. De belangrijkste reden hiervoor is een gebrek aan transparantie: advertentietarieven komen tot stand door bilaterale onderhandelingen tussen dagbladuitgevers, adverteerders en mediabureaus en zijn niet zichtbaar voor de concurrent. ACM kijkt vervolgens of de concentratie lokale effecten heeft. Ook dit acht ACM niet aannemelijk, nu de adverteerders die gebruikmaken van de diensten van partijen van een dusdanige omvang zijn dat zij niet zomaar een prijsstijging zullen accepteren. Bovendien hebben zij voldoende uitwijkmogelijkheden: er zijn vele huis-aan-huisbladen en diverse andere regionale dagbladen waar de adverteerders naartoe kunnen. Toetreding tot de markt voor lokale en regionale advertenties is volgens ACM laagdrempelig voor huis-aan-huisbladen. Ten slotte gaat er ook een zekere mate van concurrentiedruk uit van andere media, zoals reclamefolders, direct mailing, out-of-home advertising en internet.

De beoordeling van de gevolgen van de concentratie op de Nederlandse drukmarkt is weinig spannend. ACM onderzoekt hier of derden die niet over eigen drukfaciliteiten beschikken na de concentratie voldoende alternatieven zullen overhouden. De conclusie is dat dat het

geval is, kort gezegd omdat er grote overcapaciteit is op de markt. Ook hier dus geen problemen.

Problemen zijn er wel op de landelijke distributiemarkt. Een bijzonder kenmerk van die markt is dat de dagbladuitgevers de distributie om efficiëntieredenen geografisch hebben verdeeld, waardoor per gebied slechts één distributeur actief is, namelijk de distributeur van de uitgever met de meeste abonnees in dat gebied. De Persgroep en TMG laten hun landelijke dagbladen buiten hun eigen distributiegebied verspreiden door elkaar, Mecom en NDC (in Noord-Nederland). NDC en Mecom zijn zelfvoorzienend, omdat ze geen landelijke dagbladen hebben en alleen regionale dagbladen in hun eigen distributiegebied verspreiden. Een belangrijk element in deze verhoudingen is de wederzijdse afhankelijkheid tussen de uitgevers voor distributie buiten het eigen gebied, en dan met name de wederzijdse afhankelijkheid tussen De Persgroep en TMG. In de meldingsfase oordeelde ACM al dat de afhankelijkheid van TMG van partijen veel groter wordt dan andersom. In de vergunningsfase onderzoekt ACM of De Persgroep en Mecom als gevolg daarvan ook daadwerkelijk de mogelijkheid en de prikkel hebben om verslechterde distributievoorwaarden op te leggen. ACM komt tot de conclusie dat dat waarschijnlijk is, omdat TMG niet terug zou kunnen slaan: TMG zou bij een verslechtering van de tarieven en voorwaarden van partijen zelfstandig een distributiesysteem moeten opzetten in de distributiegebieden van partijen of daarmee geloofwaardig kunnen dreigen. Gelet op de schaalnadelen bij de distributie van dagbladen, zouden de uitrolkosten in het distributiegebied van partijen voor TMG echter dermate hoger worden dan voor partijen in het gebied van TMG, dat deze dreiging voor De Persgroep en Mecom wegvalt. ACM concludeert dat dit ook negatieve gevolgen zal hebben op de lezers- en advertentiemarkten, nu distributie een belangrijke kostenpost is bij de verkoop van dagbladen. Partijen bieden daarom een remedie aan, die kort gezegd inhoudt dat andere distributeurs tot 2025 gebruik kunnen maken van een referentieaanbod op basis van reciprociteit, waarbij De Persgroep en de andere distributeurs bij elkaar inbesteden en bij elkaar uitbesteden. Bovendien bieden partijen aan om de lopende distributieovereenkomst met TMG op basis van de huidige voorwaarden te verlengen tot 2025. ACM vindt dit een goede oplossing en verleent de vergunning.

Staatsloterij/De Lotto

Op 7 december 2015 heeft ACM een vergunning verleend voor de voorgenomen fusie tussen de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (hierna: de Staatsloterij) en Stichting Nationale Sporttotalisator (hierna: de Lotto).¹⁷ Zowel het meldingstraject als het vergunningstraject heeft zich in 2015 afgespeeld. Dit was niet het eerste fusievoornemen van partijen: de Staatsloterij en de Lotto waren al in de jaren negentig van plan om samen te gaan, maar dat plan werd in 1999 door destijds de NMa geblokkeerd.

17. Besluit ACM 7 december 2015, zaak 15.0783.24 (SENS – SNS).

Beide partijen bieden kansspelen aan, een in Nederland streng gereguleerde markt. Met uitzondering van de Staatsloterij, die haar winst afdraagt aan de staat, dragen alle marktpartijen hun winst af aan goede doelen. In de meldingsfase¹⁸ betogen partijen dat zij actief zijn op verschillende productmarkten, omdat de kansspelen die partijen aanbieden (loterijen en lottospelen) wezenlijk verschillen in productkenmerken en spelkarakteristieken. Partijen baseren dat op het feit dat het uitkeringspercentage bij lottospelen significant lager ligt, de trekking bij lottospelen vaker plaatsvindt, de jackpotsystemen verschillen en er weinig overstappende deelnemers zijn. ACM gaat hier echter niet in mee en gaat voornamelijk op basis van eerdere besluiten uit van een markt die bestaat uit zowel loterijen als lottospelen, met de kanttekening dat in de vergunningsfase nader zal moeten worden onderzocht of deze kansspelen daadwerkelijk tot dezelfde productmarkt behoren. De geografische markt is nationaal van omvang. Partijen en ACM verschillen daarover niet van mening. Nu het besluit in de vergunningsfase het interessantst is, staan wij niet te lang stil bij de beoordeling van ACM in de meldingsfase. Kort gezegd komt ACM tot de voorlopige conclusie dat na de fusie van partijen slechts één andere speler overblijft, namelijk de Goede Doelen Loterij (hierna: GDL). ACM is van mening dat de Staatsloterij en de Lotto daadwerkelijk met elkaar concurreren en dat zij nabije concurrenten van elkaar zijn. Die concurrentiedruk valt weg door de fusie. Bovendien acht ACM de kans aanwezig dat de fusie zal leiden tot gecoördineerde effecten, nu slechts twee marktspelers overblijven.

In de vergunningsfase doet ACM zoals beloofd nader onderzoek naar de daadwerkelijke concurrentiedruk die partijen op elkaar uitoefenen. ACM doet ook nader onderzoek naar het regelgevend kader. Ten aanzien van dat laatste concludeert zij dat de prikkels voor aanbieders van kansspelen om te concurreren door de Nederlandse regulering worden gedempt. Het aanbieden van kansspelen is vergunningsplichtig, waarbij onder andere de wijze van prijsbepaling, de maximumverkoop prijs van de loten, de bestemming van de opbrengsten van de gehouden spelen, de hoogte van het afdrachtpercentage en de hoogte van het uitkeringspercentage aan prijzen geld in de vergunning worden geregeld. Dit leidt tot een markt met zeer gedifferentieerde producten. Om de concurrentiedruk die partijen op elkaar uitoefenen in kaart te brengen, bevraagt ACM marktpartijen, doet zij kwantitatief onderzoek en analyseert zij interne documenten van partijen.¹⁹ De branchevereniging van de tabakshandelaren die de producten van partijen verkopen, geeft aan dat de loterijen en lottospelen die partijen aanbieden zeer weinig met elkaar concurreren. Concurrent GDL vindt dat er wel concurrentie is, maar ACM hecht meer waarde aan de constatering van de afnemers van partijen, ook nu die aansluit bij de bevindingen van

ACM zelf. Uit het door ACM uitgevoerde dataonderzoek komt namelijk naar voren dat het aantal verkochte loten van de verschillende loterijen en lottospelen van de ene fusiepartij slechts in beperkte mate verband houdt met variaties in concurrentieparameters (zoals lotprijs, jackpot of uitkeringspercentage) van de loterijen of lottospelen van de andere fusiepartij. Deze uitkomst komt grotendeels overeen met de onderzoeken van SEO en AT Kearney waar de Staatsloterij en de Lotto zich op beroepen. Vervolgens analyseert ACM meer dan 600 interne documenten van partijen. Hieruit blijkt dat hoewel er wel enige concurrentie is tussen partijen, zij meer bezig zijn met het vergroten van de omzet binnen het eigen marktsegment dan met de andere spelers op de markt. De Staatsloterij en de Lotto richten zich vooral op het verbeteren van hun eigen positie en het werven en behouden van hun klanten en reageren daarbij niet op elkaar. Op basis van dit alles concludeert ACM dat het onwaarschijnlijk is dat de fusie unilaterale effecten zal opleveren. In een markt waarin de positie van partijen voornamelijk is bepaald door het regelgevend kader en niet door normale concurrentie, is er niet direct een verband tussen de hoge gezamenlijke marktaandelen van partijen (52 procent) en de concurrentiedruk die zij op elkaar uitoefenen. Ook acht ACM het onwaarschijnlijk dat sprake kan zijn van gecoördineerde effecten tussen de gefuseerde onderneming en GDL. Wat geldt voor de relatie tussen de Staatsloterij en de Lotto geldt namelijk ook voor de relatie tussen partijen en GDL: zij zijn elk primair actief in hun eigen marktsegment, terwijl uitbreiding naar elkaars marktsegment vanwege het regelgevend kader zeer moeilijk is. ACM kijkt ten slotte nog naar de markt voor online kansspelen. Die markt wordt in de toekomst waarschijnlijk geliberaliseerd, waarbij vele verschillende partijen zouden kunnen toetreden. De vraag is of partijen in staat zullen zijn om hun positie op de mogelijke markt voor loterijen en lottospelen in te zetten op het gebied van online kansspelen, zodanig dat dit tot een significante belemmering van de mededinging kan leiden. ACM vindt dit op basis van een aantal redenen niet aannemelijk. Ten eerste zijn spelers die deelnemen aan offline kansspelen veelal een ander type speler dan spelers die deelnemen aan online kansspelen. Ten tweede zijn er zeer veel geïnteresseerde aanbieders om de markt te betreden, waaronder buitenlandse partijen die reeds zonder vergunning actief zijn en dus al beschikken over informatie van bestaande spelers. Ten derde laten ervaringen met liberalisering van deze markt in andere landen zien dat bestaande spelers hevige concurrentie hebben ondervonden van nieuwe toetreders en veelal marktaandeel hebben verloren. ACM verleent daarom de vergunning. De zaak krijgt echter nog een staartje, nu de Stichting Loterijverlies beroep heeft ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam tegen het goedkeuringsbesluit van ACM. Volgens Loterijverlies zou de fusie schuldeisers van de Staatsloterij benadelen, omdat

18. Besluit ACM 18 augustus 2015, zaak 15.0701.22 (SENS – SNS).

19. ACM heeft ook onderzoek laten uitvoeren door Blauw naar consumentenvoorkeuren, maar acht de resultaten van dat onderzoek onvoldoende bruikbaar.

die schuldeisers zich niet meer rechtstreeks op de Staatsloterij zouden kunnen verhalen.²⁰

Albert Schweitzer Ziekenhuis – Rivas Zorggroep

Op 18 maart 2014 besloot ACM dat een vergunning was vereist voor de fusie van het Albert Schweitzer Ziekenhuis (hierna: ASz) en de Rivas Zorggroep (hierna: Rivas). Die vergunningsaanvraag hebben partijen op 9 september 2014 ingediend. De beoordeling van de fusie in de meldingsfase is uitgebreid beschreven in de kroniek van vorig jaar. Daarbij was de verwachting uitgesproken dat ACM de vergunning zou verlenen. Die verwachting is niet uitgekomen: ACM verbood op 15 juli 2015 de fusie.²¹ Een unicum: het is de eerste ziekenhuisfusie die ACM heeft tegengehouden en het eerste verbodsbesluit van ACM sinds haar besluit in *Bolletje*.

In de meldingsfase waren de relevante productmarkten de markten voor klinische en niet-klinische ziekenhuiszorg. Deze afbakening blijft staan in de vergunningsfase: tot zover niets nieuws onder de zon. De relevante geografische markt was volgens ACM het gezamenlijke werkgebied van partijen. In de vergunningsfase zou nader onderzoek gedaan worden naar de precieze afbakening van de geografische markt, en dat is ook gebeurd. Dit onderzoek is voornamelijk ingegeven door het feit dat zorgverzekeraars in de meldingsfase hadden aangevoerd dat de door ACM berekende uitstroom van patiënten uit het gezamenlijke werkgebied van patiënten (23 procent voor klinische en 27 procent voor niet-klinische algemene ziekenhuiszorg) niet alleen basiszorg betrof maar voornamelijk complexe zorg die ASz en Rivas niet aanbieden. Op basis van verschillende onderzoeken concludeert ACM in de vergunningsfase dat dit inderdaad het geval is: de meeste patiënten die naar een ziekenhuis buiten het werkgebied van ASz en Rivas reizen, doen dat niet voor de algemene ziekenhuiszorg die partijen zelf aanbieden. ACM kan echter niet precies bepalen hoeveel kleiner de uitstroom dan is en beschouwt de hierboven genoemde uitstroomepercentages daarom als het gunstigste scenario voor partijen. Met andere woorden: de uitstroom is maximaal 23-27 procent maar hoogstwaarschijnlijk kleiner, dus kan de geografische markt volgens ACM niet groter zijn dan in de meldingsfase bepaald.

ACM begint haar inhoudelijke beoordeling met de stelling dat de gezamenlijke marktaandeelen van partijen op beide productmarkten tussen 70 en 80 procent liggen. Uit de uitstroomecijfers van beide ziekenhuizen blijkt dat voor ASz het Erasmus MC en het Maastricht Ziekenhuis de belangrijkste concurrenten zijn, gevolg door Rivas. Voor Rivas is ASz de belangrijkste concurrent. Uit onderzoek van ACM naar doorverwijzingen door huisartsen ontstaat hetzelfde beeld. Zorgverzekeraars en patiënten geven ten slotte ook aan dat partijen belangrijke concurrenten zijn van elkaar. De conclusie van ACM

is dan ook dat ASz en Rivas grote concurrentiedruk op elkaar uitoefenen, die wegvalt door de fusie.

Zoals gebruikelijk bij de beoordeling van ziekenhuisfusies, kijkt ACM vervolgens of deze conclusies wellicht gemitigeerd worden door optimistische opvattingen van patiënten en zorgverzekeraars over hun mogelijkheden om een ziekenhuis met een dergelijke positie te disciplineren. Waar die opvattingen in het verleden vaak positief waren, is de afgelopen twee jaar een trend van overwegend pessimisme waarneembaar, vooral waar het zorgverzekeraars betreft. Zo ook hier. Verzekeraar VGZ geeft aan dat ASz en Rivas elkaar in de regio 'scherp houden' en dat zij na de fusie niet zonder de combinatie kan – niet contracteren is geen optie. CZ heeft minder zorgen en is neutraal: zij zegt in beginsel mogelijkheden te hebben om ziekenhuizen bij de inkoop van zorg te disciplineren, maar is toch ook niet zeker of zij daadwerkelijk de optie heeft het fusieziekenhuis voor bepaalde zorg niet te contracteren. Achmea schaart zich aan de zijde van VGZ en geeft aan dat zij over onvoldoende compenserende afnemersmacht beschikt om het fusieziekenhuis te kunnen disciplineren. VGZ en Achmea geven desgevraagd aan dat hun onderhandelingspositie als gevolg van een aantal ziekenhuisfusies in het verleden is verslechterd en dat zij zijn geconfronteerd met prijsstijgingen. Dit heeft vooral te maken met het feit dat zorgverzekeraars patiënten in de praktijk niet naar een ander ziekenhuis weten te krijgen als er geen reële alternatieven beschikbaar zijn in de eigen regio. Zorgverzekeraars kampen met een vertrouwensprobleem en zijn bang voor reputatieschade als zij zorg verplaatsen. Achmea heeft zelfs te maken gehad met een burgerprotest toen zij ermee dreigde een bepaald ziekenhuis niet te contracteren. Dit alles heeft tot gevolg dat zorgverzekeraars radicaal van mening zijn veranderd over hun disciplineringsmogelijkheden. ACM neemt dit zeer serieus en concludeert dan ook dat selectieve inkoop slechts een effectief middel kan zijn indien er alternatieven zijn in een bepaalde regio. Dat geldt ook voor andere mogelijke instrumenten, zoals het inzetten van benchmarks in onderhandelingen, bevoorschotting en het hanteren van zorgkostenplafonds. ACM komt daarom tot de conclusie dat de fusie zal leiden tot een significante belemmering van de mededinging. Nu ASz en Rivas in belangrijke mate concurrentiedruk op elkaar uitoefenen, valt een belangrijk alternatief in de regio weg. ACM acht het niet aannemelijk dat zorgverzekeraars partijen voldoende zullen kunnen disciplineren.

ASz en Rivas doen nog een poging om de geconstateerde mededingingsproblemen weg te nemen door een remedie aan te bieden. Het remedievoorstel is tweeledig. Het eerste deel is een prijsplafond: partijen bieden aan dat gedurende een periode van twee jaren na de fusiedatum de individuele prijsontwikkeling van ASz ten opzichte van de zorgverzekeraars op jaarbasis niet meer zou bedragen dan de landelijke prijsontwikkeling. Het tweede deel ziet op het behoud van het zorgprofiel van het Beatrixziekenhuis van Rivas: partijen doen de toezegging om gedurende een periode van vijf jaar na de fusiedatum de thans aangeboden medisch specialismen

20. Zie het persbericht van de stichting op <www.loterijverlies.nl/Besluit-ACM-fusie-Staatsloterij-en-Lotto-onrechtmatig>.

21. Besluit ACM 15 juli 2015, zaak 14.0982.24 (*Stichting Albert Schweitzer Ziekenhuis – Stichting Rivas*).

in het Beatrixziekenhuis aan te blijven bieden met de aard en omvang zoals in het jaar voorafgaand aan de fusiedatum gebruikelijk was. ACM ziet hier echter geen brood in, met name omdat het gaat om gedragsremedies. ACM stelt zich op het standpunt dat zij niet kan voorzien hoe lang de looptijd van een dergelijke remedie zal dienen te zijn, nu er geen aanwijzingen zijn dat de marktsituatie in de toekomst dusdanig wijzigt dat de mededingingsproblemen worden weggenomen.

Ontheffing standstill

Op basis van artikel 40 Mw kan ACM wegens gewichtige redenen ontheffing verlenen van de verplichting van artikel 34 Mw om na de melding van een concentratie een wachperiode van vier weken in acht te nemen. Deze mogelijkheid is met name relevant bij (dreigende) faillissementen. In 2015 heeft ACM een viertal ontheffingen verleend, waarvan wij er drie hieronder kort bespreken.²²

Egeria/Imtech T&I

Op 17 augustus 2015 vraagt RCPT Beheer B.V., onderdeel van de Egeria-groep, bij ACM ontheffing aan voor de overname van Imtech T&I Group B.V. (hierna: T&I). ACM verleent de ontheffing dezelfde dag.²³ Deze overname vindt plaats in de context van het veelbesproken faillissement van Imtech op 13 augustus 2015 en de daarop volgende verkoop van de diverse onderdelen van het concern, waaronder T&I. Het ontheffingsverzoek is dan ook gebaseerd op de precaire financiële situatie van T&I, dat dringend behoefte heeft aan werkkapitaal. Dit kapitaal kan na faillissement van de holdingmaatschappijen van het Imtech-concern enkel van buitenaf komen. Egeria betoogt dat T&I zonder kapitaalinjectie haar leveranciers niet kan betalen, waardoor de continuïteit van de onderneming ernstig in gevaar komt. Dat heeft ook grote gevolgen voor de werknemers van T&I, die allen hun baan kunnen verliezen. Egeria geeft aan dat zij enkel bereid is tot een kapitaalinjectie indien zij op zo kort mogelijke termijn zeggenschap verkrijgt over T&I. ACM overweegt dat met name het feit dat T&I niet kan voldoen aan haar betalingsverplichtingen en de afnemende bereidheid van leveranciers om hun dienstverlening aan T&I voort te zetten, het aannemelijk maakt dat er in dit specifieke geval onherstelbare schade zal optreden aan de concentratie indien de wettelijke wachperiode van vier weken in acht moet worden genomen.

Relevant Holdings/B.A.S. Groep

Op 15 oktober 2015 vraagt Relevant Holdings B.V. (hierna: Relevant) bij ACM ontheffing aan voor haar overname van bepaalde activa van de (op 7 oktober) al

gefaillieerde B.A.S. groep,²⁴ te weten 24 iCentre-winkels, 32 Dixons-winkels en 13 MyCom-winkels. In 2013 had ACM al ontheffing verleend voor de overname van de iCentre-winkels door B.A.S.²⁵ De financiële problemen duren echter voort en strekken zich nu ook uit tot de Dixons- en MyCom-winkels. Relevant voert aan dat een aantal kredietverzekeraars van B.A.S. de kredietlimieten heeft verlaagd. Tevens hebben enkele leveranciers de eigen kredietlimieten naar beneden bijgesteld, waardoor B.A.S. nauwelijks voorraad kan inkopen. Ook kan B.A.S. geen nieuw krediet aantrekken, nu zij onder de bestaande faciliteiten in verzuim is. Verder zijn de over te nemen winkels officiële wederverkopers van Apple. Relevant voert aan dat de winkels die status door de financiële problemen hoogstwaarschijnlijk op korte termijn zullen verliezen, omdat zij niet langer aan de voorwaarden daarvoor kunnen voldoen. Ten slotte betoogt Relevant dat een ontheffing vereist is opdat zij snel kan gaan onderhandelen over de huurcontracten en de huurachterstanden niet verder oplopen. ACM volgt dit betoog en acht het aannemelijk dat de winkels niet langer kunnen worden bevoorrad. Bovendien is gebleken dat Apple, zolang er geen duidelijkheid bestaat over de toekomst, de winkels nog slechts voor enkele dagen blijft ondersteunen. ACM acht het daarom voldoende aannemelijk dat een snelle overname van belang is voor de continuïteit van de bedrijfsvoering van de winkels en verleent de ontheffing.

Holland Pharma/DA Retailgroep

De derde en laatste ontheffing van de standstill-verplichting die ACM in 2015 heeft verleend²⁶ betreft de overname door Holland Pharma Exploitatie B.V. (hierna: Holland Pharma) van bepaalde activa van DA Retailgroep B.V. (hierna: DA) en Retail Shared Service Centre B.V. (hierna: RSSC). Het verzoek is ingediend op de dag van faillissement van DA en RSSC. DA en RSSC zijn actief in de drogisterijsector, vrijwel uitsluitend via een franchiseformule. Holland Pharma voert aan dat DA en RSSC de lopende kosten van de onderneming, waaronder de transportkosten om de winkels te bevoorraden, niet kunnen betalen. Hierdoor plaatsen franchisenemers bestellingen bij andere groothandels. Om grootschalige overstap van franchisenemers te voorkomen, is het van groot belang om snel een doorstart te maken. ACM erkent dat inachtneming van de wachperiode tot onherstelbare schade kan leiden aan de voorgenomen concentratie. Voorts stelt ACM dat de benodigde tijd voor de beoordeling van de voorgenomen concentratie in deze zaak niet op voorhand kort in is te schatten. Het verzoek wordt daarom op de dag van de aanvraag toegewezen.

22. De vierde ontheffing is de overname van Etam door FIPH, besluit ACM 9 mei 2015, zaak 15.0493.23 (FIPH en Etam).

23. Besluit ACM 17 augustus 2015, zaak 15.0845.23 (Egeria – Imtech T&I Group).

24. Besluit ACM 19 oktober 2015, zaak 15.1025.23 (Relevant Holdings – winkels iCentre, Dixons en MyCom).

25. Besluit ACM 18 juni 2013, zaak 13.0377.23 (B.A.S. Dexcom – winkels van iCentre).

26. Besluit ACM 29 december 2015, zaak 15.1275.23 (Holland Pharma Exploitatie B.V. – DA Retailgroep B.V. en Retail Shared Service Centre B.V.).

Onderzoeken naar prijseffecten fusies

Op 15 december 2015 publiceerde ACM de resultaten van twee onderzoeken naar de prijseffecten van fusies. Het eerste onderzoek, uitgevoerd in samenwerking met de Europese Commissie en de Oostenrijkse telecomautoriteit RTR, ziet op de prijseffecten van twee telecomfusies in Oostenrijk en Nederland in respectievelijk 2006 en 2007.²⁷ Het tweede onderzoek betreft de prijseffecten van de drie grote supermarktfusies in Nederland tussen 2009 en 2012.²⁸ Hieronder vatten wij de bevindingen van beide onderzoeken kort samen.

Telecomfusies

In 2007 nam T-Mobile in Nederland Orange over. De Commissie keurde die transactie onvoorwaardelijk goed.²⁹ Het gezamenlijke onderzoek van de Commissie, ACM en RTR probeert in kaart te brengen welke effecten deze fusie heeft gehad op de prijs. De methodologie die de toezichthouders gebruiken, is kort gezegd gebaseerd op een vergelijking tussen Nederland en landen waar geen concentratie heeft plaatsgevonden (de controlelanden). Op basis daarvan construeert men een zogenoemde counterfactual-prijs, met andere woorden de prijsontwikkeling die in Nederland zou hebben plaatsgevonden indien geen concentratie zou hebben plaatsgevonden. Vervolgens kan men een schatting maken van de prijseffecten die de fusie veroorzaakt zou kunnen hebben. Voor een volledige beschrijving van de economische en statistische methodes die de toezichthouders gebruikt hebben, verwijzen wij naar het uitgebreide onderzoeksrapport.³⁰ Ten aanzien van Nederland concludeert het rapport dat, hoewel de prijzen na de fusie van T-Mobile en Orange niet zijn gestegen, er in vergelijking met de controlelanden wel een relatieve prijsstijging is geweest. Dat was met name het geval voor grootverbruikers van mobiele diensten, die met een prijsstijging van circa 10-15 procent zouden zijn geconfronteerd. Het is volgens de onderzoekers echter moeilijk vast te stellen in hoeverre deze ontwikkeling moet worden toegeschreven aan de fusie van T-Mobile en Orange. Het is goed mogelijk dat in ieder geval de overname van Telfort door KPN in 2005 mede aan deze prijseffecten heeft bijgedragen. Interessant is dat het onderzoek naar de Oostenrijkse telecomfusie, *T-Mobile/Tele.ring*,³¹ geen prijsstijging laat zien. In die zaak had de Commissie de gefuseerde onderneming opgedragen om een deel van haar activiteiten af te stoten aan Hut-

chison 3G. Die remedie heeft blijkbaar het gewenste effect gehad.

Supermarktfusies

Tussen 2009 en 2012 verleende ACM voorwaardelijke goedkeuring voor drie supermarktfusies: *Jumbo/Super de Boer*,³² *Schuitema/Super de Boer*³³ en *Jumbo/C1000*.³⁴ Bij alle drie de fusies zijn één of meer winkels afgestoten om goedkeuring te verkrijgen. ACM heeft de effecten van deze fusies laten analyseren door onderzoeksbureau Lear.³⁵ Lear gebruikt daarbij twee soorten data: volume en omzetcijfers van 170 winkels, van zowel de fuserende partijen als concurrenten, en gegevens betreffende de breedte van het productassortiment per winkel. Het onderzoek richt zich allereerst op de vraag of de fusies het prijsbeleid van de gefuseerde ondernemingen hebben beïnvloed. Om die vraag te beantwoorden kijkt Lear allereerst naar het verschil tussen het prijsbeleid van de gefuseerde partijen op lokale markten waar overlap bestaat en lokale markten waar die overlap niet bestaat. Vervolgens kijkt Lear naar het verschil in het prijsbeleid van de gefuseerde partijen en van hun concurrenten. Op basis daarvan is geen prijsstijging als gevolg van de fusies waarneembaar. De bevindingen betreffende de productassortimenten zijn minder positief. Gezien de beperkte beschikbaarheid van andere data kijkt Lear daarvoor alleen naar de fusie van C1000 en Jumbo en concludeert dat die fusie een negatief effect heeft gehad op de variatie in het productassortiment van partijen: een vermindering van 4 tot 5 procent. Hoewel over het algemeen de productassortimenten in alle supermarkten zijn uitgebreid, was de uitbreiding bij de gefuseerde onderneming volgens Lear minder groot dan het geval zou zijn in een scenario zonder fusie. Lear merkt daarom op dat het uiteindelijke effect van de fusie voor consumenten negatief kan zijn omdat zij minder keuze hebben. Lear merkt echter ook dat het aanbod voor de fusie te groot kan zijn geweest en dat de vermindering in variatie betrekking kan hebben gehad op bepaalde specifieke producten. Bovendien worden deze negatieve effecten deels opgevangen door de remedies die ACM heeft opgelegd. De aanbeveling van Lear is om bij de beoordeling van fusies meer rekening te houden met andere factoren dan prijzen. Opvallend is dat ACM in haar samenvatting van het onderzoek met name benadrukt dat de consument volgens het onderzoek vrijwel overal meer te kiezen heeft nu assortimenten over het algemeen zijn uitgebreid.

Conclusie

In het afgelopen kroniekjaar hebben geen noemenswaardige wijzigingen plaatsgevonden op het gebied van wetgeving en beleid. De in de vorige kroniek verwachte

27. Zie <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15073/Geringe-prijzdaling-belkosten-na-Nederlandse-telecomfusie-in-2007/>.

28. Zie <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15069/Supermarkten-niet-duurder-door-fusies/>.

29. Besluit Europese Commissie 20 augustus 2007, zaak COMP/M.4748 (*T-Mobile-Orange Netherlands*).

30. Zie <www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=15067>.

31. Besluit Europese Commissie 26 april 2006, zaak COMP/M.3916 (*T-Mobile Austria-Tele.ring*).

32. Besluit NMa 4 december 2009, zaak 6802 (*Jumbo – Super de Boer*).

33. Besluit NMa 5 maart 2010, zaak 6879 (*Schuitema – Super de Boer*).

34. Besluit NMa 21 februari 2012, zaak 7323 (*Jumbo – C1000*).

35. Zie <www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=15070>.

ontwikkelingen op het gebied van minderheidsparticipaties en de plannen van minister Schippers om ACM een grotere rol te geven bij concentraties in de zorgsector laten nog even op zich wachten.³⁶ 2015 zal met name de boeken ingaan als het jaar waarin voor het eerst een ziekenhuisfusie werd verboden. Daarbij is interessant dat zorgverzekeraars dergelijke fusies steeds minder positief beoordelen en in feite hebben toegegeven dat zij de effecten daarvan in het verleden hebben onderschat. Hoewel de ziekenhuiszorg een zeer specifieke sector is, illustreert dit goed het belang dat in ieder geval in Nederland wordt gehecht aan de meningen van afnemers bij de beoordeling van concentraties. Zijn die meningen positief, dan is er veel mogelijk. Zijn ze dat niet, dan kan de balans al snel omslaan in het nadeel van de meldende partijen.

Het was in ieder geval een goed jaar voor ACM wat betreft de rechterlijke toetsing van haar besluiten. De twee uitspraken in 2015 vielen beide in haar voordeel uit. Dat bijzonder goede *track-record* van ACM in beroepszaken heeft zich vooralsnog niet doorgezet in 2016, gezien het geslaagde hoger beroep in *Bolletje*. Het is afwachten of dat in het beroep van Vodafone in *KPN – Reggefiber* anders zal zijn.

36. Minister Schippers streeft ernaar het wetsvoorstel 'Herpositionering taken NZa en deregulering' begin 2016 naar de Tweede Kamer te sturen.