



Kroniek Concentratiecontrole 2005

mr Y. de Vries en mr. W.W. Geursen

Het jaar 2005 was een druk jaar voor de NMa. Hoewel het aantal meldingen licht daalde ten opzichte van 2004, is het aantal tweede fase-zaken aanzienlijk toegenomen. Met name de zorgsector is sterk in beweging geweest. Een derde van alle besluiten en driekwart van de besluiten op een vergunningsaanvraag hadden betrekking op de zorgsector. Hieruit kan worden afgeleid dat de fusiegolf in de zorgsector zich in 2005 onverminderd heeft voortgezet en zelfs een ware vloedgolf is geworden. De zorgsector zal daarom ook in deze kroniek uitgebreid aan bod komen.

In deze bijdrage zal eerst een beknopt cijfermatig overzicht worden gegeven van het verslagjaar. Daarna zal worden stilgestaan bij de procedurele ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan en vervolgens zal nader worden ingegaan op de inhoudelijke beoordeling van een aantal zaken, waarbij specifiek aandacht zal worden besteed aan de ontwikkelingen in de zorgsector.

De cijfers

Met name het aantal tweede fase-zaken is ten opzichte van 2004 fors toegenomen. De NMa besloot in vijf zaken dat een vergunning was vereist. Dat is meer dan in de drie voorafgaande jaren bij elkaar genomen.¹ De NMa nam in 2005 zeven tweede fase-besluiten. Drie daarvan hadden betrekking op het heroverwegen van in het verleden opgelegde remedies.² De overige vier betroffen besluiten op een vergunningsaanvraag.³ Ook in dit opzicht was 2005 een uitzonderlijk jaar. Er zijn in 2005 geen vergunningen geweigerd, hoewel in twee gevallen voorschriften / reme-

dies zijn verbonden aan de vergunning.⁴ De cijfers van 2005 zijn, vergeleken met 2004, als volgt:⁵

	2004	2005
Meldingen	83	80
Ingetrokken meldingen	4	5
Besluiten totaal	71	80
Verkorte besluiten	30 ⁶	26
Ontheffingen wachtperiode	3	2
Vergunning vereist	1	5
Besluit in vergunningsfase	0	7

Maar liefst 26 besluiten hadden betrekking op de zorgsector, ten opzichte van 9 in 2004. In de vergunningsfase hadden drie van de vier besluiten op een vergunningsaanvraag betrekking op de zorgsector.

Tot slot werden twee concentratiebesluiten vernietigd door de rechtbank Rotterdam. Het betrof het tweede fase-besluit in zaak 3386/Nuon-Reliant⁷ en het eerste fase-besluit

- 1 In 2002 werd bijvoorbeeld slechts één keer geoordeeld dat een vergunning was vereist, in 2003 twee keer en in 2004 één keer, in 1998, 1999 en 2000 besloot de NMa vaker (zes keer) dat een vergunning was vereist.
- 2 Besluit van 8 juli 2005/De Telegraaf-De Limburger, besluit van 8 december 2005, zaak 1538/De Telegraaf-De Limburger, besluit van 8 december 2003, zaak 3386/Nuon-Reliant Energy Europe, zoals gewijzigd op 21 januari 2005.
- 3 Besluit van 9 juni 2005, zaak 3897/Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord, besluit van 17 juni 2005, zaak 4245/Vizier-De Wendel, besluit van 28 juni 2005, zaak 4490/UPC-Canal+, besluit van 28 oktober 2005, zaak 5052/CZ-OZ.
- 4 Besluit van 17 juni 2005, zaak 4245/Vizier-De Wendel, besluit van 28 oktober 2005, zaak 5052/CZ-OZ.
- 5 NMa Jaarverslag 2005.
- 6 R.A. Struijlaart, T. Kroeze en G.W.A. van der Meent, 'Kroniek concentratiecontrole 2004', *M&M* 2005, nr. 4/5, blz. 116.
- 7 Rechtbank Rotterdam 1 juni 2005, Reg. nrs. 03/3131 MEDED-WILD, 04/135 MEDED-WILD, 04/137 MEDED-WILD, 04/1571 MEDED-BRO1 en 04/2061 MEDED-VERW, LJN AT8794.

Yvo de Vries en Wessel Geursen zijn beiden advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Den Haag. W.W. Geursen is tevens verbonden als docent aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden.

in zaak 5052/CZ-OZ.⁸ In de zaak Nuon-Reliant is hoger beroep ingesteld en in de zaak CZ-OZ heeft de NMa aangegeven van hoger beroep af te zien.⁹ Beide uitspraken zijn reeds behandeld in de eerder gepubliceerde kroniek 'Rechtspraak over de Mededingingswet 2005'¹⁰ en zullen in deze bijdrage niet afzonderlijk worden besproken.

De onzichtbare effecten van het concentratietoezicht

In haar Jaarverslag 2005 besteedt de NMa aandacht aan de 'onzichtbare' effecten van het concentratietoezicht. Daarmee wordt bedoeld: de positieve effecten die uitgaan van het feit dat bedrijven afzien van voorgenomen concentraties of deze alleen in substantieel gewijzigde vorm doorzetten omdat wordt verwacht dat de NMa bezwaren zal hebben. In het jaarverslag wordt dit ook wel het 'anticipatie-effect' genoemd.¹¹ De 'zichtbare' effecten van het concentratietoezicht, waaronder wordt verstaan de schade die is voorkomen door het optreden door de NMa tegen anti-competitieve concentraties, kwamen al eens aan de orde in het Jaarverslag 2002. De NMa kwam toen aan de hand van een modelanalyse van een niet gespecificeerd aantal zaken tot de voorzichtige conclusie dat in die zaken met het concentratietoezicht prijsstijgingen van gemiddeld 5-10% waren voorkomen.¹² Over het anticipatie-effect werd opgemerkt dat dit zich moeilijk laat kwantificeren.

In 2005 heeft de NMa getracht ook de omvang van het anticipatie-effect in kaart te brengen. Voor dat onderzoek werd het onderzoeksbureau Twynstra Gudde ingeschakeld. Het onderzoek hield, kort weergegeven, in dat 16 advocaten van 14 advocatenkantoren zijn geïnterviewd om zicht te krijgen in de vraag hoe vaak zij het anticipatie-effect waarnemen. Uit dit onderzoek, dat betrekking had op de periode 2000-2003, bleek dat 6% van de concentratie-initiatieven niet wordt doorgezet en 12% alleen in gewijzigde vorm wordt doorgezet omdat wordt verwacht dat de NMa bezwaren zal hebben.¹³ Dat zou betekenen dat ongeveer één op de vijf concentratieplannen niet wordt uitgevoerd of substantieel wordt aangepast, omdat mededingingsrechtelijke bezwaren worden verwacht. Een dermate hoog aantal doet ook de vraag rijzen of er ook concentraties zijn gewijzigd die de NMa (wellicht na een tweede-fase onderzoek) toch in zijn geheel zou hebben goedgekeurd. Het anticipatie-effect zal immers ook – of zelfs met name – optreden wanneer partijen onder tijdsdruk¹⁴ (en wanneer is dat niet het geval) zich een tweede-fase onderzoek niet kunnen permitteren en zich genoodzaakt zien reeds na een eerste-fase onderzoek goedkeuring te verkrijgen. In beginsel wordt er dan ten onrechte geanticipeerd, omdat er geen mededingingsprobleem is, maar vooral een tekort aan tijd. Het anticipatie-effect is dan niet slechts positief te noemen, omdat concentraties dan niet doorgaan die niet op mededingingsproblemen zouden stuiten.

In het onderzoeksrapport wordt ten slotte gesteld dat de NMa het anticipatie-effect zou kunnen versterken door transparantie te bevorderen, bijvoorbeeld door middel van

publicaties en informele zienswijzen nog meer inzicht te geven in wat haar visie is van bepaalde markten.¹⁵

Ondernemingsbegrip

In 2005 heeft de NMa de knoop door gehakt voor wat betreft de vraag of ziekenfondsen ondernemingen zijn. Deze vraag kwam reeds aan de orde in 2004. Toen overwoog het Hof van Justitie in het AOK-arrest dat de Duitse Krankenkassen geen ondernemingen zijn in de zin van artikel 81 EG, indien zij handelen in het kader van de uitvoering van hun uitsluitend sociale taken onder het Duitse socialezekerheidsstelsel.¹⁶ Omdat het Nederlands ziekenfondsstelsel veel overeenkomsten vertoonde met het Duitse stelsel, was dit een sterke aanwijzing dat ook de Nederlandse ziekenfondsen geen ondernemingen waren, voorzover het de wettelijke ziekenfondstaken betrof. Toch liet de NMa in zaak 3892/Amicon-DKV¹⁷ nog in het midden of ziekenfondsen ondernemingen zijn. De reden daarvoor was dat het AOK-arrest werd gewezen toen het onderzoek van de NMa reeds in een vergevorderd stadium verkeerde. In zaak 4667/Achmea-OZF-OZB¹⁸ liet de NMa ook nog in het midden of ziekenfondsen ondernemingen zijn. De concentratie zou namelijk niet op bezwaren stuiten als de betrokken ziekenfondsen wél als ondernemingen werden aangemerkt. In april 2005 erkende de plaatsvervangend dg-NMa echter, conform een advies van de Europese Commissie, dat de Nederlandse ziekenfondsen, in het licht van het AOK-arrest, inderdaad geen ondernemingen zijn.¹⁹ Daarbij werd

8 Rechtbank Rotterdam 7 december 2005, Reg. nr. 05/3047 HRK, LJN AU9053.

9 Daarnaast werd het tweede fase-besluit van 28 oktober 2005 ingetrokken, zie brief d.d. 29 december 2005 van de NMa aan de gemachtigde van CZ-OZ, kenmerk 5052-118.B488, gepubliceerd op de website van de NMa en NMa persbericht d.d. 30 december 2005, NMa trekt voorschriften bij overname OZ door CZ in.

10 K.J. Defares, C.E. Moolenburgh en M.M. Kaajan, 'Rechtspraak over de Mededingingswet in 2005', *M&M* 2006, nr. 3, p. 68.

11 NMa Jaarverslag 2005, blz. 87-88.

12 NMa Jaarverslag 2002, blz. 52-54.

13 Twynstra Gudde, *Onderzoek naar anticipatie op concentratiecontrole*, 2005, blz. 25-26. Onder 'initiatieven' wordt in dit verband verstaan 'ideeën die serieus door een mededingingsadvocaat worden onderzocht', Twynstra Gudde, reeds aangehaald, blz. 14. Omdat bij sommige concentraties meerdere van de geïnterviewde advocaten betrokken kunnen zijn geweest, zijn deze cijfers gevoelig voor dubbelstellingen.

14 Dat ook wordt geanticipeerd op problemen in verband met tijdsdruk wordt door Twynstra Gudde onderkend in het onderzoek, zie p. 5, 15, 16, 17, 33 en 39.

15 Twynstra Gudde, reeds aangehaald, blz. 30.

16 HvJEG, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK, arrest van 16 maart 2004, *Jurispr.* 2004, blz. I-2493.

17 Besluit van 30 maart 2004, zaak 3892/Amicon-DKV.

18 Besluit van 24 januari 2005, zaak 4667/Achmea-OZF-OZB.

19 Toespraak R. Jansen, Mededingingsregels in de Zorg, 26 april 2005 en NMa persbericht van 29 april 2005, 'NMa ziet ziekenfondsen niet als ondernemingen'. Deze situatie werd door de NMa als 'zeer onbevredigend' gezien vanwege de asymmetrie in het toezicht tussen ziekenfondsen en zorgaanbieders die daardoor zou ontstaan.

de kanttekening gemaakt dat ziekenfondsen met de inwerkingtreding van het nieuwe zorgstelsel per 1 januari 2006 'normale' ondernemingen zouden worden en als zodanig onderworpen zullen zijn aan het concentratietoezicht.²⁰ Dit nieuwe inzicht werd voor het eerst toegepast in het kader van de afwijzing van een groot aantal klachten tegen ziekenfondsen onder artikel 6 Mw en artikel 24 Mw.²¹ In zaak 5052/CZ-OZ²² heeft de NMa voor het eerst in het kader van het concentratietoezicht bevestigd dat ziekenfondsen geen ondernemingen zijn. Dit werd nogmaals bevestigd in zaak/5160 Trias-MVZ²³ en zaak 5105/VGZ-IZA-Trias.²⁴

Deze koerswijziging betekende niet dat ziekenfondsen in 2005 niets meer te duchten hadden van het concentratietoezicht. De NMa stelde zich namelijk op het standpunt dat bij concentraties tussen ziekenfondsen, die reeds op basis van het particuliere gedeelte van hun omzet gemeld moeten worden, een prospectieve analyse moet worden toegepast, waarbij gekeken moet worden naar de situatie onder het nieuwe zorgstelsel. Dit gebeurde in zaak 5052/CZ-OZ, die hierna nog afzonderlijk zal worden besproken, en in zaken 5160/Trias-MVZ en 5105/VGZ-IZA-Trias.

Het ondernemingsbegrip kwam ook aan de orde in zaak 5059/NOS-NOB cross media facilities²⁵ betreffende de overname van NOB door NOS. NOS en NOB zijn beiden overheids-ondernemingen. De meldende partijen stelden zich op het standpunt dat het samengaan van NOS en NOB slechts een herstructurering binnen de overheid betrof, kortom binnen dezelfde groep. Daarom zou er geen sprake zijn van een concentratie. Daartoe voerden zij aan dat NOS en NOB, hoewel zij niet onder dezelfde overheidsholding vielen, nauwelijks autonomie genoten. Het was tenslotte de Staat die had besloten tot het samengaan van NOS en NOB. De NMa volgde deze redenering niet en onderzocht of NOS en NOB gezien konden worden als een economisch geheel met een zelfstandige beslissingsbevoegdheid.²⁶ Het antwoord op die vraag luidde ontkennend. Daartoe achtte de NMa doorslaggevend dat de Staat in het verleden juist maatregelen had genomen om NOS en NOB juridisch en economisch gescheiden te houden. Deze maatregelen hielden in dat NOS en NOB onder aparte holdings waren geplaatst en over eigen management en zelfstandige beslissingsbevoegdheid beschikten. Daarmee stond voor de NMa vast dat het samengaan van deze twee overheidsbedrijven wél het karakter had van een concentratie. Deze benadering sluit aan bij de Mededeling betreffende het begrip betrokken onderneming, waarin staat dat van belang is of beide ondernemingen deel uitmaken van dezelfde holding en onderworpen zijn aan een bepaalde gecoördineerde strategie.²⁷

Deel van een onderneming

Het is reeds bekend dat een verzekeringsportefeuille en de daaraan verbonden activa en medewerkers moet worden beschouwd als een deel van een onderneming in de zin van artikel 27 sub a onder 2° MW.²⁸ In zaak 5183/ONVZ-VVAA²⁹ deed zich de vraag voor of ook de overdracht van het recht en de plicht om aan verzekerden een aanbod voor

een basisverzekering te doen, kan worden gezien als een deel van een onderneming. Meer specifiek waren ONVZ en VVAA, met het oog op de inwerkingtreding van het nieuwe zorgstelsel, overeengekomen dat VVAA aan ONVZ het recht en de plicht zou overdragen om aan de verzekerden van VVAA een aanbod te doen voor een basiszorgverzekering. Daarnaast zou ONVZ ook de verzekeringsadministratie en enkele personeelsleden van VVAA overnemen en op basis van een licentie tijdelijk gebruik mogen maken van de handelsnaam, het merk en het logo van VVAA. De (zekerheidshalve) meldende partijen waren van mening dat geen sprake was van een concentratie, omdat niet duidelijk was of de betreffende activiteiten konden worden aangemerkt als een ondernemingsactiviteit en ook niet kon worden vastgesteld welke omzet kon worden toegekend aan deze activiteit, aangezien nog moest blijken in welke mate deze zou worden overgenomen door ONVZ.

De NMa stelde zich de vraag of aan de betreffende activiteit marktomzet kan worden toegewezen.³⁰ Gelet op hetgeen zou worden overgedragen, was de NMa van mening dat dit wel zo was. Daarbij nam de NMa ook haar eerdere bevinding in zaak 5052/CZ-OZ in aanmerking dat verzekerden in het verleden in geringe mate bereid zijn gebleken om zelf over te stappen naar een andere verzekeraar,³¹ zodat het waarschijnlijk was dat ook in dit geval het merendeel van de verzekerden 'mee' zou gaan. Daarmee kon een en ander, aldus de NMa, worden gelijkgesteld met de overdracht van een ziektekostenverzekeringsportefeuille. Uit het besluit blijkt niet of deze omzet vervolgens slechts voor een bepaald deel of integraal is meegerekend. De gelijkstelling met een verzekeringsportefeuille doet echter vermoeden dat het laatste is gebeurd.

In een informele zienswijze heeft de NMa zich voorts uitgelaten over de vraag of activa die in het kader van een sale-and-lease-back constructie worden overgedragen als

20 Dat vloeit voort uit artikel 1 jo artikel 122 Zorgverzekeringswet, *Stb.* 2005, 358, i.w.tr. 2006, *Stb.* 2005, 649. In de memorie van toelichting wordt erkend dat hiermee wellicht wordt afgeweken van het uitgangspunt dat de Mededingingswet niet strenger of soepeler zal zijn dan het Europese mededingingsrecht. De wetgever achtte het echter om 'zwaarwegende redenen', met name het garanderen van voldoende concurrentie tussen zorgverzekeraars, mogelijk om een uitzondering te maken op dit uitgangspunt, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, blz. 196.

21 Besluiten van 26 mei 2005 in zaken 3473, 4119, 4697-4711 en 4728-4746.

22 Besluit van 7 juli 2005, zaak 5052/CZ-OZ.

23 Besluit van 30 september 2005, zaak 5160/Trias-MVZ.

24 Besluit van 23 november 2005, zaak 5105/VGZ-IZA-Trias.

25 Besluit van 30 augustus 2005, zaak 5059/NOS-NOB cross media facilities.

26 Conform de Mededeling betreffende het begrip 'betrokken onderneming', *Pb EG* 1998, C 66/14, nr. 55.

27 Mededeling betreffende het begrip 'betrokken onderneming', reeds aangehaald, nr. 56.

28 Zie bijvoorbeeld besluit van 29 juni 2004, zaak 4048/Interpolis-Careon.

29 Besluit van 3 oktober 2005, zaak 5183/ONVZ-VVAA.

30 Conform de Mededeling betreffende het begrip 'betrokken onderneming', reeds aangehaald, nr. 14 (in het besluit wordt abusievelijk verwezen naar nr. 11).

31 Besluit van 7 juli 2005, zaak 5052/CZ-OZ, rrs. 73-84.

een deel van een onderneming kunnen worden aangemerkt.³² Dat zou volgens de NMa wel het geval kunnen zijn, wederom voorzover aan de betreffende activa markttoezet kan worden toegewezen. Het feit dat naast deze activa geen werknemers worden overgedragen zou niet zonder meer betekenen dat geen sprake is van een deel van een onderneming. Dit moet volgens de NMa per geval worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden in de betreffende sector.

Zeggenschap

De NMa heeft in zaak 5074/Achmea-Rabobank³³ vastgesteld dat Rabobank (de facto) gezamenlijke zeggenschap zou verwerven over Eureko. Eureko is een holdingmaatschappij die verschillende Europese verzekeringsmaatschappijen houdt, waaronder de Nederlandse verzekeraar Achmea. De transactie betrof het voornemen van Rabobank om haar participatie van 5% in Eureko uit te breiden tot een percentage tussen de 35% en 45%. In ruil daarvoor zou Rabobank al haar aandelen in Interpolis inbrengen in Eureko en tevens haar distributiekanaal van lokale Rabobanken ter beschikking stellen. De Vereniging Achmea (een andere entiteit dan de verzekeraar Achmea) hield en behoudt de meerderheid van de aandelen in Eureko. De vraag rees of Rabobank, met de verwerving van dit minderheidsbelang, zeggenschap zou verkrijgen over Eureko.

De NMa concludeerde dat er *de facto* gezamenlijke zeggenschap zou ontstaan, ondanks het feit dat Rabobank op basis van de verhouding in aandeelhouderschap geen veto-recht zou verwerven. Volgens de NMa hing dit samen met de 'corporate governance' structuur, waarbij Rabobank samen met de Vereniging Achmea zitting zou nemen in een zogenaamde Coördinatie Commissie. Rabobank en Achmea zouden een gelijk aantal leden hebben in die commissie. Omdat voor elk besluit van die commissie een meerderheid is vereist, zouden zij ieder een veto-recht hebben, onder meer ten aanzien van zeer grote investeringen en (niet nader gespecificeerde) cruciale commerciële beslissingen. Ook zouden de raden van commissarissen van Eureko en de Rabobank en het bestuur van de Vereniging Achmea en Rabobank vervlochten raken. Achmea en Rabobank zouden voorts, om redenen die wegens de vertrouwelijkheid daarvan niet in de openbare versie van het besluit zijn opgenomen, elkaars afzonderlijke belangen en het gemeenschappelijke belang van Eureko respecteren en geen strategische allianties aangaan met derden die de concurrentiepositie van één van hen zou kunnen schaden. Deze vervlechting van de bestuursorganen zou volgens de NMa tot een 'versterking' van de gezamenlijke zeggenschap leiden. Daarmee stond voor de NMa vast dat Rabobank gezamenlijke zeggenschap zou verwerven over Eureko. De NMa kwalificeerde dit als een concentratie in de zin van artikel 27 sub b Mw met Rabobank en Achmea als betrokken ondernemingen. Aangezien Vereniging Achmea geen onderneming is, kon er geen sprake zijn van een gemeenschappelijke onderneming tussen twee ondernemingen in de zin van artikel 27 sub c Mw.

Bij de beantwoording van de vraag of een sale-and-lease-back van activa kan worden gezien als een concentratie gaf de NMa aan dat bepalend is of de koper in staat zal zijn om beslissende invloed uit te oefenen op de aldus verworven activa. Het komt voor dat in het kader van een sale-and-lease-back aanvullende afspraken worden gemaakt waardoor de verkoper een bepaalde mate van zeggenschap behoudt en de koper slechts zeer beperkte mogelijkheden krijgt om invloed uit te oefenen op de activiteiten. In een dergelijk geval kan niet worden gesproken van een verwerving van zeggenschap en heeft een dergelijke transactie niet het karakter van een concentratie.³⁴

Verskillende transacties één concentratie

In zaak 5265/NPM-HAK heeft de NMa wederom bevestigd dat verschillende transacties toch als één concentratie worden gezien als er sprake is van juridische of economische samenhang tussen die transacties.³⁵ Opmerkelijk aan deze zaak is echter dat dit werd aanvaard terwijl sprake was van twee verschillende verkopers. De transactie betrof de verwerving door NPM van alle aandelen in HAK B.V., een dochteronderneming van de Heinz Groep. Parallel aan deze transactie zou NPM alle aandelen verwerven in Jonker Fris B.V. en Premier Foods B.V., beide dochterondernemingen van de Premier Foods Groep. De meldende partijen waren van mening dat het twee verschillende concentraties betrof. Omdat bij de tweede concentratie de omzetzempels niet werden gehaald, zou deze niet gemeld hoeven te worden. De meldende partijen erkenden echter dat er sprake was van juridische samenhang, omdat de transacties contractueel afhankelijk van elkaar waren gemaakt. Daarnaast meenden zij dat er sprake was van economische samenhang omdat de te verwerven ondernemingen onder dezelfde holding zouden worden samengebracht en in de toekomst dezelfde strategie zouden volgen. Hoewel dat niet uitdrukkelijk uit het besluit blijkt, hebben de meldende partijen zich kennelijk op het standpunt gesteld dat het toch twee verschillende concentraties zou betreffen omdat de verkopers verschillend waren.

De NMa was van mening dat ook transacties waarbij verschillende verkopers betrokken zijn als één concentratie moeten worden beschouwd als tussen deze transacties juridische of economische samenhang bestaat. Daarbij verwees de NMa naar het besluit van de Europese Commissie in de zaak EQT/H6R/Dragoco, waarin werd aanvaard dat juridische samenhang ook kan bestaan als de verkopers verschillend

32 NMa Jaarverslag 2005, p. 69.

33 Besluit van 22 augustus 2005, zaak 5074/Achmea-Rabobank.

34 NMa Jaarverslag 2005, blz. 69.

35 Besluit van 29 november 2005, zaak 5265/NPM-HAK, volgens de lijn uitgezet in het besluit van 7 juli 1999, zaak 1132/FCDF-De Kievit.

zijn.³⁶ De NMa heeft – onzes inziens terecht – niet overgenomen dat er ook economische samenhang zou bestaan.³⁷ De intentie om de ondernemingen na de transactie onder één holding te brengen is tenslotte niet van belang voor de vraag of er op het moment van melding sprake is van economische samenhang tussen de over te nemen ondernemingen.

Ook in zaak 4490/UPC-Canal+³⁸ speelde de vraag of er sprake was van juridische of economische samenhang. UPC had de overname van bepaalde activiteiten van Canal+ aangemeld. Daarnaast had UPC echter ook een *Settlement Agreement* ondertekend, op grond waarvan zij alle abonnees van Canal+ Nederland die aangesloten zijn op het netwerk van UPC over zou nemen. De meldende partijen wezen erop dat er geen juridische samenhang was tussen deze transacties. De *Settlement Agreement* zou namelijk ook worden uitgevoerd als de aangemelde concentratie niet door zou gaan. De NMa achtte het echter mogelijk dat er wel economische samenhang zou bestaan, omdat bepaalde belangrijke bedrijfsmiddelen en activiteiten die in het kader van de concentratie zouden worden overgedragen, ook gebruikt zouden worden voor bepaalde diensten ten behoeve van de abonnees van Canal+ Nederland, zoals uitzendrechten voor bepaalde films en de financiële afhandeling van abonnementen. De meldende partijen waren echter van mening dat dit onvoldoende was voor het bestaan van economische samenhang. De NMa koos uiteindelijk voor een pragmatische benadering door in het midden te laten of dit het geval was, maar bij de (prospectieve) materiële beoordeling wel rekening te houden met deze andere transactie.

Dat juridische en economische samenhang ook kan bestaan tussen concentraties die in tijd ver uit elkaar zijn gelegen bleek in zaak 5049/Essent-CZOB.³⁹ Deze zaak vloeit voort uit de overname in 2002 van Razob door Essent (zaak 2879/Essent-Razob).⁴⁰ In het kader van de eerste concentratie had Essent in de meldingsfase toegezegd dat zij geen zeggenschap zou verwerven over CZOB, de composteringinstallaties van Razob, zolang zij haar meerderheidsbelang in een andere GFT-installatie niet had overgedragen aan een door de NMa goed te keuren koper. Uiteindelijk is de GFT-installatie niet verkocht maar opgeheven. Daarmee was de weg vrij voor de overname van CZOB. Hoewel de omzet van CZOB niet meer was dan € 30 miljoen, moest deze overname gemeld worden, omdat er sprake zou zijn van juridische en economische samenhang met de eerdere overname van Razob. Dat was reeds vastgesteld in het besluit uit 2002.⁴¹ De lange periode (van bijna 3 jaar) gelegen tussen de overname van Razob en CZOB werpt de vraag op of juridische en economische samenhang ook een temporele grens kent. In de EG-concentratieverordening ligt deze grens bij twee jaar.⁴² Deze temporele grens is echter niet overgenomen in de Mededingingswet. Met de aankomende wijziging van de Mededingingswet zal dit niet veranderen. Het nieuwe artikel 30 lid 2 Mw spreekt alleen van een 'door de raad in aanmerking te nemen periode'. Door geen exacte periode te noemen, wil de wetgever voorkomen dat marktpartijen hun transacties zo structureren dat deze net buiten de aangegeven periode vallen.⁴³ Hieruit

kan worden afgeleid dat er weliswaar een temporele grens bestaat, maar dat deze per geval zal moeten worden bepaald.

Ook bij een verwerving van uitsluitende zeggenschap door middel van opeenvolgende transacties kan het zo zijn dat meerdere transacties als één concentratie moeten worden beschouwd. Dat werd nogmaals bevestigd in zaak 4949/Kroymans-Van Heck.⁴⁴ Uit de intentieverklaring bleek dat Kroymans aanvankelijk gezamenlijke zeggenschap en binnen een periode van drie jaar uitsluitende zeggenschap zou verwerven over Van Heck. In het besluit wordt benadrukt dat de opeenvolgende verwerving van gezamenlijke en uitsluitende zeggenschap alleen als één concentratie kan worden gezien als de tussenliggende periode niet langer is dan drie jaar. Dat de NMa de termijn van drie jaar beschouwt als een harde termijn, was reeds bekend uit het besluit in zaak 3782/BCD-Sudtours.⁴⁵

Verschillende concentraties één melding

In bepaalde gevallen kan het praktisch zijn om in een en dezelfde melding verschillende concentraties aan te melden. Voor deze oplossing werd gekozen in zaak 5064/CoopCodis-Deen Winkels-Hoogvliet Super/DeWitKom@rt Supermarkten,⁴⁶ betreffende de overname van supermarktfilialen van dezelfde verkoper door drie verschillende kopers. Hoewel er geen twijfel over bestond dat het drie verschillende concentraties betrof, heeft de NMa aanvaard dat deze in één melding werden aangemeld. Deze concentraties zijn onder hetzelfde zaaknummer door middel van één besluit goedgekeurd.

36 Commissiebeslissing van 16 september 2002, zaak COMP/M.2926-EQT/H6R/Dragoco, in deze zaak hechtte de Commissie veel belang aan het feit dat de verwerving van de twee ondernemingen tot grotere synergieën zou leiden dan indien deze los van elkaar zouden zijn verworven. Met dat aspect zou ook rekening zijn gehouden bij het bepalen van de koopprijs.

37 Er is volgens de NMa sprake van 'economische samenhang' tussen ondernemingen (of delen daarvan) die het onderwerp zijn van achtereenvolgende transacties wanneer er sprake is van een of meer van de volgende omstandigheden: (i) de onderscheiden entiteiten worden in belangrijke mate onderling samenhangend ingezet voor de voortbrenging of distributie van goederen of diensten, (ii) er zijn belangrijke onderlinge toeleveringsrelaties tussen de entiteiten, (iii) er is fysieke of logistieke verbondenheid tussen de entiteiten, of (iv) bepaalde belangrijke bedrijfsmiddelen, waartoe ook gerekend moeten worden merken, intellectuele eigendomsrechten of licenties, zijn in gemeenschappelijk gebruik bij meerdere van deze entiteiten; zie NMa 1999 zaak 1132, FCDF-De Kievit, rnr. 32.

38 Besluit van 28 februari 2005, zaak 4490/UPC-Canal+.

39 Besluit van 20 juni 2005, zaak 5049/Essent-CZOB.

40 Besluit van 30 september 2002, zaak 2879/Essent-Razob.

41 Essent-Razob, reeds aangehaald, voetnoot 6.

42 Artikel 5 lid 2 EG-concentratieverordening.

43 Wetsvoorstel wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 19.

44 Besluit van 20 april 2005, zaak 4949/Kroymans-Van Heck.

45 Besluit van 15 december 2003, zaak 3782/BCD-Sudtours, aansluiting zoekend bij de Mededeling betreffende het begrip 'concentratie', *Pb EG* 1998, C 66/5, voetnoot 25.

46 Besluit van 25 juli 2005, zaak 5064/CoopCodis-Deen Winkels-Hoogvliet Super/DeWitKom@rt Supermarkten.

Omzetberekening

In het besluit in zaak 5059/NOS-NOB cross media facilities is de NMa uitgebreid ingegaan op de vraag of de Rijksomroepbijdrage moet worden aangemerkt als omzet in de zin van artikel 30 lid 1 Mw. De Rijksomroepbijdrage is een bijdrage van de Rijksoverheid die bestaat uit algemene middelen die door de Rijksoverheid worden toegewezen aan de publieke omroep en uit de reclameopbrengsten van de STER. De NOS krijgt, net als andere omroepinstellingen, jaarlijks financiële middelen uit de Rijksomroepbijdrage ter beschikking gesteld. Uit deze middelen financiert de NOS niet alleen haar publieke taken onder de Mediawet, zoals het indelen van zendtijd en het coördineren van programma's van de landelijke publieke omroep, maar ook haar ondernemingsactiviteiten. Die ondernemingsactiviteiten omvatten haar eigen omroepactiviteiten via radio en televisie. De meldende partijen stelden zich op het standpunt dat de Rijksomroepbijdrage niet als omzet kan worden beschouwd. Omdat de NOS verder nauwelijks omzet behaalt uit haar omroepactiviteiten, zou dat betekenen dat de omzetrempels van artikel 29 Mw niet werden overschreden. Meer in het bijzonder werd gesteld dat de Rijksomroepbijdrage geen omzet is omdat er geen verband bestaat tussen deze 'staatssteun' en de verkoop van goederen en diensten en de staatssteun niet nauwkeurig de economische kracht van de NOS weergeeft, aangezien de vaststelling daarvan afhankelijk is van politieke beslissingen die van jaar tot jaar kunnen verschillen.

De NMa besloot echter dat het gedeelte van de Rijksomroepbijdrage dat ten goede komt aan de ondernemingsactiviteiten van de NOS wél als omzet moet worden aangemerkt. De NMa erkende dat er geen directe economische relatie bestaat tussen de kijkers en luisteraars aan de vraagzijde en de aanbieders van uitzendingen aan de aanbodzijde. De financiering zou indirect plaatsvinden; in het geval van commerciële omroepen via advertentie-inkomsten en in het geval van publieke omroepen via zowel advertentie-inkomsten als belastingen. Deze inkomsten zouden volgens de NMa een indicatie geven van het economisch gewicht van de onderneming. Daarom zou de Rijksomroepbijdrage, als indirecte vergoeding voor het aanbieden van uitzendingen, wél tot de omzet gerekend moeten worden.

Bevredigend is deze uitleg niet. Het uitgangspunt is immers dat staatssteun die betrekking heeft op de normale bedrijfsuitoefening als omzet kan worden gerekend mits de onderneming de staatssteun zelf ontvangt en de staatssteun rechtstreeks verband houdt met de verkoop door deze onderneming van goederen en diensten en in de prijs tot uitdrukking komt.⁴⁷ In haar Jaarverslag 1999 heeft de NMa benadrukt dat van een rechtstreeks verband alleen sprake kan zijn als de toekenning van de steun afhankelijk is gesteld van de leveringen en de hoogte van de steun evenredig is aan de geleverde hoeveelheden.⁴⁸ Dat de steun aan de NOS werd verleend stond vast. De NMa heeft echter niet gemotiveerd waarom er sprake zou zijn van een rechtstreeks verband, in de hiervoor bedoelde zin, tussen de steunverlening en de

activiteiten van de NOS. Aangezien de Rijksomroepbijdrage wordt geheven over het totale aantal Nederlandse huishoudens en de minister over een ruime mate van vrijheid lijkt te beschikken bij het bepalen van de uiteindelijke hoogte van de vergoeding,⁴⁹ ligt een dergelijk rechtstreeks verband niet voor de hand. Het valt daarom te betwijfelen of de Rijksomroepbijdrage terecht als omzet is aangemerkt.

De NMa heeft zich voorts in twee informele zienswijzen uitgelaten over omzetberekening in concentratiezaken. Deze informele zienswijzen zijn verkort weergegeven in het Jaarverslag 2005. In de eerste informele zienswijze heeft de NMa de regel bevestigd dat bij de berekening van de omzet wordt uitgegaan van de omzet behaald in het voorafgaande kalenderjaar, maar dat onder bepaalde omstandigheden rekening kan worden gehouden met veranderingen die na dat jaar hebben plaatsgevonden. Omdat niet wordt uitgelegd wat de betreffende omstandigheden waren, heeft dit weinig nieuwswaarde.⁵⁰ De andere informele zienswijze betreft omzetberekening in het geval van franchiseondernemingen. De NMa heeft gepreciseerd dat bepaalde vergoedingen die aan een franchisegever worden verschaft niet tot diens netto omzet worden gerekend voorzover deze uitsluitend functioneert als doorgeeffluik van deze vergoedingen aan uiteindelijke franchisenemers.⁵¹

Uitzondering voor participatiemaatschappijen (artikel 28 Mw)

De NMa heeft zich in een informele zienswijze uitgelaten over de uitleg van de uitzondering voor participatiemaatschappijen in artikel 28 Mw lid 1 sub c Mw. In deze informele zienswijze, zoals beknopt weergegeven in het Jaarverslag 2005,⁵² wordt duidelijk gemaakt dat deze uitzondering alleen van toepassing is als de participatiemaatschappij zich niet inlaat met de dagelijkse bedrijfsvoering en het strategische commerciële beleid van de onderneming waarover zij zeggenschap verwerft en haar stemrechten alleen uitoefent om de volle waarde van haar belegging veilig te stellen. Het veilig stellen van deze belegging zou echter in bepaalde (crisis)situaties verdergaande bemoeienis kunnen rechtvaardigen mits deze tijdelijk van aard is. De NMa verlangt dat deze beperking ten aanzien van de uitoefening van de stemrechten contractueel wordt vastge-

47 Mededeling betreffende de berekening van de omzet, *Pb EG* 1998, C 66/25, nrns. 15-16.

48 NMa Jaarverslag 1999, p. 32.

49 Zie artikel 111 Mediawet, op grond waarvan de Minister slechts aan een wettelijk minimum is gebonden. De berekeningsformule voor het bepalen van het basisbedrag blijkt uit *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 707, nr. 3, p. 4, zoals gewijzigd, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 006, nr. 3, p. 1-2.

50 NMa Jaarverslag 2005, p. 68, zie bijvoorbeeld de besluiten in zaken 706/Sanderink Groep-K+V en 2744/Stichting Verantwoord Wonen-Vestia Groep, in verband met verwervingen respectievelijk afstotingen na afloop van het kalenderjaar.

51 NMa Jaarverslag 2005, p. 68-69.

52 NMa Jaarverslag 2005, p. 68.

legd zodat deze ook controleerbaar is. Ook eerder verlangde de NMa dat onder artikel 28 lid 1 sub c Mw.⁵³

Overtreding van het implementatieverbod (artikel 34 Mw)

In 2005 zijn geen boetes opgelegd voor het overtreden van het implementatieverbod van artikel 34 Mw (of artikel 41 Mw). De zaak 4490/UPC-Canal+ lijkt echter wel aanleiding te hebben gegeven tot een boete die pas in 2006 is opgelegd. Uit een persbericht van de NMa blijkt dat aan Chellomedia, een dochteronderneming van UPC, en aan Airfield Holding, de moedermaatschappij van Canal+, ieder afzonderlijk een boete is opgelegd van €17.500,- voor het overtreden van het implementatieverbod.⁵⁴ Chellomedia had eind 2004 een onderneming actief op het gebied van betaaltelevisie overgenomen van Airfield Holding. Kennelijk was in de overnameovereenkomst geen 'condition precedent' opgenomen inhoudende dat eerst goedkeuring moest worden verkregen van de NMa. Airfield verkreeg namelijk meteen na ondertekening van de overnameovereenkomst zeggenschap. De concentratie is pas later aangemeld. Het besluit is nog niet openbaar gemaakt, zodat niet duidelijk is wanneer de verlate aanmelding heeft plaatsgevonden. Het is waarschijnlijk geen toeval dat de overtreding aan het licht is gekomen in de periode dat de NMa onderzoek deed naar de overname van Canal+ door UPC.

In zaak 3244/Thuiszorg Den Haag-Stichting GDVV Groep⁵⁵ stelde de NMa vast dat de aangemelde concentratie reeds tot stand was gebracht zonder dat partijen zich dat hadden gerealiseerd. De concentratie betrof de oprichting door twee zorginstellingen van een stichting die het bestuur zou gaan vormen van deze zorginstellingen. De transactie was al in 2002 gemeld bij de NMa. Destijds meende de NMa dat er geen sprake was van een concentratie. De melding werd toen ingetrokken. Uiteindelijk zijn de meldende partijen echter een verdergaande vorm van samenwerking aangegaan. Op basis van de door partijen overgelegde gegevens en de 'waargenomen feitelijke omstandigheden' kwam de NMa tot de conclusie dat er reeds sprake was geweest van een fusie in de zin van artikel 27 sub a Mw. Opvallend is dat in het besluit met geen woord wordt gerept over de redenen waarom de NMa heeft afgezien van het opleggen van een boete.⁵⁶ De eerste melding werd op 28 november 2002 ingediend bij de NMa en de tweede melding op 23 november 2004. Tussentijds hebben partijen onverhoopt geconcentreerd. Omdat de tussenliggende periode korter is dan de in artikel 82 Mw genoemde verjaringstermijn van twee jaar,⁵⁷ is niet duidelijk waarom in dit geval is afgezien van het opleggen van een boete.

Ontheffing van het implementatieverbod (Artikel 40 Mw)

Aan degene die een concentratiemelding heeft ingediend kan op grond van artikel 40 lid 1 Mw ontheffing worden verleend van de verplichte wachtperiode (het implementatieverbod) van artikel 34 Mw wanneer daarvoor gewichtige redenen aanwezig zijn. Van gewichtige redenen

is sprake indien onherstelbare schade dreigt te worden toegebracht aan een voorgenomen concentratie door bijvoorbeeld een onomkeerbare waardevermindering van de over te nemen onderneming wanneer het implementatieverbod zou dienen te worden gerespecteerd, zoals na een faillissement van de over te nemen onderneming.

In 2005 nam de NMa twee besluiten onder artikel 40 Mw. Het ging om zaak 4971/TUI-HollandExel⁵⁸ en zaak 5064/CoopCodis-Deen Winkels-Hoogvliet Super/DeWitKom@rt Supermarkten. In beide besluiten werd het faillissement van de over te nemen partijen niet afgewacht, maar gaf de NMa reeds daarvoor ontheffing van het implementatieverbod. Dit mag opmerkelijk genoemd worden, omdat in eerdere besluiten het faillissement meestal als het moment werd genomen waarop een onomkeerbare waardevermindering evident was⁵⁹ en soms was zelfs faillissement niet genoeg om een dreigende onomkeerbare waardevermindering aan te tonen.⁶⁰

In zaak 4971/TUI-HollandExel was TUI voornemens alle activiteiten van chartermaatschappij HollandExel over te nemen. Nu HollandExel in surseance van betaling verkeerde, werden – nog vóór het faillissement was aangevraagd en uitgesproken – de vergunningen die benodigd waren voor het uitvoeren van vluchten vanuit Nederland door de Staatssecretaris van Verkeer & Waterstaat ingetrokken. Dit kwam neer op een vliegverbod. Aangezien het vliegverbod voor HollandExel tot stilval van haar omzet zou leiden en ook het behoud van personeel daardoor zou worden bemoeilijkt, concludeerde de NMa dat de wachtperiode tot een onomkeerbare waardevermindering zou leiden. Derhalve kon TUI de activiteiten van HollandExel voortzetten voordat de wachtperiode was afgelopen.

In zaak 5064/CoopCodis-Deen Winkels-Hoogvliet Super/DeWitKom@rt Supermarkten waren de supermarktketens Coopcodis, Deen Winkels en Hoogvliet voornemens winkels van DeWitKom@rt over te nemen en onder hun eigen winkelformules voort te zetten. Nog vóór surseance van betaling was verleend, had 'de Bank'⁶¹ de kredietfaciliteiten aan de DeWitKom@rt per 17 juni 2005 opgezegd wegens het

53 Zie NMa Jaarverslag 1999, p. 35, waarin de NMa spreekt over een vereist vast te leggen 'gedragscode' en besluit van 5 maart 1999, zaak 1208/ABN AMRO Participaties-Humares Beheer.

54 NMa persbericht van 20 juli 2006, 'NMa legt boetes op wegens niet tijdig melden overname'. Het besluit is nog niet gepubliceerd op de website van de NMa.

55 Besluit van 9 maart 2005, zaak 3244/Thuiszorg Den Haag-Stichting GDVV Groep.

56 Zie bijvoorbeeld besluit van 8 juli 2004, zaak 4074/Reefer Three-Clear Water (Budget) waarin duidelijk wordt gemotiveerd waarom is afgezien van het opleggen van een boete en een last onder dwangsom (de overtreding was verjaard).

57 Deze termijn zal pas met de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, reeds aangehaald, worden verlengd tot vijf jaar.

58 Besluit van 9 mei 2005, zaak 4971/TUI-HollandExel.

59 Zie bijvoorbeeld besluit van 12 november 2004, zaak 4360/WE-International-Vilento International.

60 Zie bijvoorbeeld besluit van 2 februari 1998, zaak 69/BAM-Habo.

61 De naam van de kredietverlenende bank was geanonimiseerd en vervangen door [de Bank].

oplopende liquiditeitstekort. Nu personeel en leveranciers per die datum niet meer konden worden betaald, was volgens de NMa voldoende aannemelijk dat de wachtperiode tot een onomkeerbare waardevermindering zou leiden. Zij verleende derhalve op 16 juni een ontheffing. Het besluit dat voor de concentratie geen vergunning nodig was, werd pas op 25 juli 2005 genomen.

Nevenrestricties

In alle zaken waarin de NMa werd gevraagd uitspraak te doen over de geoorloofdheid van nevenrestricties verleende de NMa haar goedkeuring. Waar de nevenrestrictie verder ging dan noodzakelijk accepteerde de NMa slechts het strikt noodzakelijke. De gemelde restrictie diende in deze gevallen te worden aangepast.

In zaken 5181/Kruidenier Groep-Karsten⁶² en 5223/Tamoil-Sakko Investments⁶³ keurde de NMa non-concurrentiebedingen van drie jaar goed, omdat zowel goodwill als know how werden overgedragen. In zaak 5064/CoopCodis-Deen Winkels-Hoogvliet Super/DeWitKom@rt Supermarkten hadden partijen een non-concurrentiebeding van drie jaar afgesproken, terwijl de kopers de winkels van DeWitKom@rt onder hun eigen formule zouden voortzetten. Nu geen know-how, maar (slechts) goodwill werd overgedragen, accepteerde de NMa slechts een duur van twee jaar. Ook in zaak 5453/Kuoni Travel-Avontuur.nu⁶⁴ ging de materiële en geografische reikwijdte van een concurrentie- en relatiebeding verder dan noodzakelijk en diende deze te worden ingeperkt. In zaak 4759/ING-NMB Heller⁶⁵ betrof de nevenrestrictie een niet-wervingsbeding van twee jaar waarin de verkoper geen klanten en/of personeel zou werven. De NMa achtte dit laatste slechts noodzakelijk en rechtstreeks verbonden met de verwezenlijking van de concentratie, voor zover die werknemers over belangrijke know how beschikten en het actieve werving betrof. Tot slot keurde de NMa in zaak 5096/Wensink Schadeherstel-Van Diest Automobiëlbedrijven⁶⁶ goed dat de verkoper zich drie jaar zou onthouden van het gebruik van de handelsnaam Van Diest Automobiëlbedrijven B.V. en geen vertrouwelijke of geheime informatie openbaar zou maken aan derden.

Remedies en voorschriften

De NMa heeft in twee tweede fase-besluiten remedies opgelegd. In zaak 4245/Vizier-De Wendel⁶⁷ werd een quasi-structurele remedy opgelegd, inhoudende dat de partijen zich ertoe verbonden de toetreding van een concurrent te faciliteren. In zaak 5052/CZ-OZ werd aan twee fuserende zorgverzekeraars een gedragsremedy opgelegd om, kort weergegeven, in de door hen aangeboden verzekeringen geen differentiatie toe te passen voor de regio's Zeeland en het westelijke deel van Noord-Brabant ten opzichte van de landelijk aangeboden polisvoorwaarden. De laatstgenoemde remedy is echter ingetrokken nadat de partijen met succes in beroep waren gegaan tegen het eerste fasebesluit.⁶⁸ Beide besluiten zullen hierna nog nader worden besproken. De NMa heeft voorts in zaak 3386/Nuon-Reliant

Energy Europe het voorschrift op grond waarvan de partijen 900 Mw productiecapaciteit moesten veilen ingetrokken.⁶⁹ Omdat Nuon reeds 200 Mw capaciteit had geveild en een contractuele aanspraak op nog eens 800 Mw had verkocht aan Eneco, was de grond voor deze remedy komen te vervallen. Ook in zaak 5049/Essent-CZOB werden remedies door latere ontwikkelingen achterhaald. Essent slaagde er niet in om, conform een in de meldingsfase gedane toezegging, een koper te vinden voor een door haar af te stoten GFT-vergistinginstallatie.⁷⁰ Dit probleem heeft zichzelf echter opgelost doordat de GFT-installatie, mede vanwege technische mankementen, werd opgeheven.

De herziening van in het verleden opgelegde gedragsremedies kwam uitgebreid aan bod in zaak 1538/De Telegraaf-De Limburger. De NMa werd tweemaal verzocht om de voorschriften die zij in 2000 aan De Telegraaf had opgelegd te herzien.⁷¹ Het betrof met name de verplichting van De Telegraaf om het Limburgs Dagblad en Dagblad de Limburger organisatorisch, commercieel en redactioneel gescheiden te houden. Deze verplichting was destijds opgelegd om te voorkomen dat de overname van Uitgeversmaatschappij De Limburger door De Telegraaf een economische machtspositie zou doen ontstaan of versterken op de lezersmarkt voor dagbladen en de markt voor advertentieruimte ten behoeve van regionale en lokale bladen in Limburg.⁷² De Telegraaf meende dat de gronden voor deze verplichting waren komen te vervallen omdat de marktomstandigheden waren gewijzigd en de oorspronkelijke concentratie, door voortschrijdend inzicht ten aanzien van het reddingsfusieverweer, *ex tunc* geen aanleiding gaf tot mededingingsrechtelijke bezwaren. Zoals hierna nog apart zal worden besproken, heeft de NMa het reddingsfusie-argument niet aanvaard. Wél heeft de NMa aanvaard dat gewijzigde omstandigheden kunnen nopen tot aanpassing van een opgelegd voorschrift:

‘Een rechtsbasis voor wijziging van een besluit vanwege verslechterde omstandigheden zou in de onderhavige zaak kunnen zijn gelegen in een eventuele onevenredige belasting die het voorschrift gezien deze gewijzigde omstandigheden met zich meebrengt. De belasting dient daarbij afgewogen te worden tegen de

62 Besluit van 17 oktober 2005, zaak 5181/Kruidenier Groep-Karsten.

63 Besluit van 24 november 2005, zaak 5223/Tamoil-Sakko Investments.

64 Besluit van 30 december 2005, zaak 5453/Kuoni Travel-Avontuur.nu.

65 Besluit van 21 maart 2005, zaak 4759/ING-NMB Heller.

66 Besluit van 29 juli 2005, zaak 5096/Wensink Schadeherstel-Van Diest Automobiëlbedrijven.

67 Besluit van 17 juni 2005, zaak 4245/Vizier-De Wendel.

68 Zie noot 10.

69 Besluit van 8 december 2003/Nuon-Reliant Energy Europe, zoals gewijzigd op 21 januari 2005, zie ook mededeling op grond van artikel 44 lid 1 Mw, *Stcrt.* 2005, nr. 24, p. 40 en NMa persbericht van 5 februari 2005: ‘Nuon hoeft geen elektriciteit te veilen’.

70 Dat was een voorwaarde voor de reeds besproken overname van de composteringsinstallaties van Razob.

71 Besluit van 8 juli 2005, zaak 1538/De Telegraaf-De Limburger en besluit van 7 december 2005, zaak 1538/De Telegraaf-De Limburger.

72 Besluit van 12 mei 2000, zaak 1538/De Telegraaf-De Limburger.

*belangen die door middel van het te wijzigen besluit worden gewaarborgd.*⁷³

Om te bepalen of het voorschrift een onevenredige belasting zou vormen voor De Telegraaf, onderzocht de NMa of de omstandigheden zodanig waren gewijzigd dat het niet langer redelijk zou zijn van De Telegraaf te verlangen dat zij zich aan het voorschrift zou houden. Dat zou volgens de NMa slechts in twee gevallen zo zijn. Enerzijds zou een onevenredige belasting kunnen ontstaan als de combinatie van beide dagbladtitels op (middel)lange termijn structureel een negatief bedrijfsresultaat zou realiseren, zodat beide dagbladtitels op termijn de markt zouden moeten verlaten. Anderzijds zou dit het geval kunnen zijn indien het rendement van de combinatie lager zou zijn dan een marktconform rendement en de belangen van De Telegraaf bij opheffing van het voorschrift – in termen van de efficiëntievoordelen die daar direct uit zouden voortvloeien – het mededingingsrechtelijke belang bij het behoud daarvan zouden overtreffen.⁷⁴ Overigens is slechts dit laatste criterium – vanuit economisch oogpunt – relevant.

Om dit vast te kunnen stellen heeft de NMa PricewaterhouseCoopers laten onderzoeken of het bedrijfseconomisch rationeel is om de twee regionale dagbladen gescheiden te houden. Uit dat onderzoek bleek dat het bedrijfsresultaat op (middel)lange termijn niet negatief zou zijn. Een vergelijking met een (geprojecteerd) marktconform rendement, bepaald aan de hand van de inmiddels even bekende als beruchte WACC,⁷⁵ liet echter zien dat het rendement wel lager dan marktconform zou zijn. De Telegraaf meende dat haar belang bij opheffing van het voorschrift groter was dan het mededingingsbelang bij het behoud daarvan, omdat de opheffing van het voorschrift ruimte zou scheppen voor productvernieuwing. Dit achtte de NMa niet overtuigend, omdat de opheffing van het voorschrift het rendement slechts gering zou doen toenemen en niet was gebleken dat productvernieuwing, en de daarvan verwachte financiële voordelen, alleen bij opheffing van het voorschrift mogelijk en rendabel zou zijn. Het verzoek van De Telegraaf werd daarom afgewezen.

In dezelfde periode deed de NMa onderzoek naar een overtreding van het vergunningsvoorschrift. Uit dit onderzoek kwam naar voren dat de twee regionale dagbladen weliswaar waren ondergebracht in verschillende vennootschappen en hun eigen beeldmerk bleven hanteren, maar in alle andere opzichten feitelijk waren samengevoegd tot één nieuwsorganisatie. De NMa kwalificeerde dit als een ernstige overtreding. De Telegraaf was immers in 2002 al eens geweest op de noodzaak tot strikte naleving en zou de overtreding 'bewust en heimelijk' hebben begaan. Het argument van De Telegraaf dat het voorschrift onduidelijk was, werd niet aanvaard. Dan had zij de NMa maar om uitleg moeten vragen. Aan De Telegraaf werd het maximale boetebedrag van € 22.500 opgelegd.⁷⁶

Van het opleggen van een dwangsom werd echter om opmerkelijke redenen afgezien. Omdat de NMa er bij de behandeling van het verzoek tot opheffing van het voor-

schrift vanuit was gegaan dat het voorschrift nog werd nageleefd door De Telegraaf, was er geen rekening mee gehouden dat de daadwerkelijke kosten van gescheiden voortzetting van de twee regionale dagbladen aanzienlijk hoger waren. Op basis van nadere gegevens die door De Telegraaf waren verstrekt, kwam de NMa tot de conclusie dat rendabele exploitatie met gescheiden redacties in de toekomst onmogelijk zou worden, zodat een (tweede) verzoek tot opheffing zou kunnen worden toegewezen. Onder deze omstandigheden werd het opleggen van een dwangsom niet opportuun geacht. De Telegraaf diende vervolgens een tweede verzoek tot opheffing in dat werd toegewezen.⁷⁷

De NMa had reeds bij de behandeling van het eerste wijzigingsverzoek onder ogen gezien dat de uitkomst van de boetezaak van invloed zou kunnen zijn op het antwoord op het wijzigingsverzoek. In het besluit wordt echter toegelicht dat de NMa het niet opportuun achtte om vooruit te lopen op de uitkomst van de boetezaak.⁷⁸ Hoewel deze aanpak vanuit theoretisch oogpunt juist is, komt het ons voor dat het praktisch zou zijn geweest, indien de uitkomst van de boeteprocedure was afgewacht. Waarom deze weg niet is gekozen, blijkt niet uit de betreffende besluiten.

Het reddingsfusieverweer en formele rechtskracht

In zaak 1538/De Telegraaf-De Limburger was ook de juiste uitleg van het reddingsfusieverweer aan de orde. Dit verweer komt er op neer dat een anders problematische fusie toch toelaatbaar moet worden geacht, omdat een van de ondernemingen in financiële moeilijkheden verkeert en de mededingingsstructuur van de markt zonder de overname minstens in even sterke mate zou verslechteren. De Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies noemen drie voorwaarden waaraan moet zijn voldaan wil een beroep op dit verweer kunnen slagen: (i) de in moeilijkheden verkerende onderneming zou, indien zij niet wordt overgenomen, vanwege financiële moeilijkheden de markt in de nabije toekomst moeten verlaten, (ii) er mag geen minder concurrentiebeperkend overnamealternatief bestaan dan de aangemelde fusie en (iii) de activa van de

73 Besluit van 8 juli 2005, reeds aangehaald, nr. 39.

74 Besluit van 8 juli 2005, reeds aangehaald, nr. 41. Indien het verwachte rendement boven een marktconform rendement zou liggen, zou geen grond bestaan voor opheffing van het voorschrift, zie ook het besluit van 7 december 2005, reeds aangehaald, nr. 13.

75 De WACC (Weighted Average Cost of Capital) staat voor de gewogen gemiddelde vermogenskostenvoet en wordt door de NMa ook wel gebruikt om te beoordelen of prijzen excessief zijn, zie hierover E.H. Pijnacker Hordijk en Y. de Vries, 'Onbillijk hoge prijzen als vorm van misbruik van een economische machtspositie onder het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht', *SEW* 2002, nr. 12, p. 435.

76 Besluit van 27 oktober 2005, zaak 5168/De Telegraaf-De Limburger, dat gebeurde slechts één keer eerder, zie besluit van 18 december 2002, zaak 3182/Purva.

77 Besluit van 7 december 2005, zaak 1538/De Telegraaf-De Limburger.

78 Besluit van 8 juli 2005, reeds aangehaald, nr. 86 en besluit van 7 december 2005, reeds aangehaald, nr. 16.

onderneming in moeilijkheden zouden zonder een fusie onvermijdelijk van de markt verdwijnen.⁷⁹

In het oorspronkelijke besluit in de vergunningsfase had de NMa besloten dat niet was voldaan aan de voorwaarden van het reddingsfusieverweer. De NMa meende echter dat een beroep op dit verweer alleen kan worden gehonoreerd als 'de overnemende onderneming ook zonder de concentratie in ieder geval het marktaandeel van de over te nemen (*failing*) onderneming zal verwerven'.⁸⁰ De NMa verwees in dit verband naar de beschikking van de Commissie in de Kali en Salz-zaak.⁸¹ De achterliggende gedachte is dat het alleen onder deze omstandigheden, vanuit het oogpunt van de schade voor de mededingingsstructuur, niet uitmaakt of de concentratie doorgaat of niet. In de BASF/Eurodiol/Pantochim-zaak heeft de Commissie echter gepreciseerd dat de context van de Kali en Salz-zaak een bijzondere was: omdat in die zaak sprake was van een duopolie, zou het volledige marktaandeel van de 'failing firm' automatisch zijn toegevalen aan de overnemende onderneming.⁸² Buiten de situatie van een duopolie, zou het feit dat de activa onvermijdelijk van de markt zouden verdwijnen (kortom, het criterium dat is overgenomen in de richtsnoeren) voldoende zijn.⁸³

De Telegraaf was van mening dat de NMa in 2000 een onjuiste – namelijk te strenge – uitleg had gegeven aan het reddingsfusieverweer en verplicht was om deze nieuwe inzichten *ex tunc* toe te passen. De NMa werd derhalve gevraagd om een besluit dat reeds formele rechtskracht had verkregen te heroverwegen in het licht van nieuwe ontwikkelingen. De NMa betwistte niet dat zij – naar huidige inzichten – destijds een te strenge invulling had gegeven aan het reddingsfusieverweer. Zij stelde echter voorop dat van een verplichting tot wijziging van een besluit dat formele rechtskracht heeft verkregen alleen sprake kan zijn als het besluit 'evident onjuist' was.⁸⁴ Dat was volgens de NMa hier niet het geval, omdat de verdere ontwikkeling van het reddingsfusieverweer geen omstandigheid is die ten tijde van het oorspronkelijke besluit aanwezig was maar destijds niet is onderkend. De NMa was daarom niet bereid het beroep op dit verweer *ex tunc* te honoreren. De NMa was bovendien ook niet bereid de nieuwe inzichten *ex nunc* toe te passen. De toepassing van deze nieuwe inzichten op een reeds voltrokken concentratie zou namelijk een hypothetische toetsing vergen die, volgens de NMa, de realiteit te veel geweld aan zou doen.

Europese ontwikkelingen

In vergelijking met de vernieuwing in 2004, waren de Europese ontwikkelingen met betrekking tot concentratiecontrole in 2005 niet zo groot. Het in 2004 vernieuwde systeem van verwijzingen van zaken van de Europese Commissie naar een nationale mededingingsautoriteit en vice versa werkt succesvol.⁸⁵ De NMa verwees in 2005 één zaak naar de Europese Commissie.⁸⁶

Verder publiceerde de Europese Commissie een onderzoek naar de effecten van aanvaarde (of opgelegde) remedies. Daarbij werd onderzocht wat het effect was geweest van (i) desinvesteringen, (ii) de verplichting om uit een samenwer-

kingsverband of een joint venture te stappen en (iii) het verlenen van markttoegang aan concurrenten. De verplichting om uit een samenwerkingsverband of een joint venture te stappen bleek de meest succesvolle remedy te zijn en het verlenen van markttoegang aan concurrenten de minste, omdat het (te) moeilijk is gebleken om *ex ante* een effectieve vorm van toegang te bedenken en die adequaat te monitoren.⁸⁷

Eind 2005 oordeelde het Gerecht van Eerste Aanleg over het besluit van de Commissie waarbij zij de concentratie tussen General Electric (GE) en Honeywell verbood.⁸⁸ De Commissie had haar oordeel gestoeld op een drietal punten. Er zou een versterking van een machtspositie plaatsvinden (i) door verticale en (ii) horizontale overlap en (iii) op de markten waar geen overlap was zou een machtspositie worden versterkt door conglomerateffecten. De middelen gericht tegen de verticale overlap en de conglomerateffecten troffen doel. Desalniettemin achtte het Gerecht het voldoende bewezen dat horizontale overlap zou leiden tot versterking van een machtspositie. Het besluit werd daarom niet vernietigd. Ondanks het feit dat het Gerecht het niet aannemelijk achtte dat conglomerateffecten in deze concentratie tot een versterking van een machtspositie zouden leiden, liet het Gerecht de Commissie toe conglomerateffecten te betrekken in haar analyse om te oordelen of een concentratie een machtspositie zou creëren of versterken. Wel moet de Commissie de volgende keer dat zij dit leerstuk wil toepassen met beter onderzoek en met harde(re) bewijzen komen.

79 Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies, *Pb EG* 2004, C 31/5, nr. 90.

80 Besluit van 12 mei 2000, zaak 1538/De Telegraaf-De Limburger, nr. 226.

81 Besluit van 14 december 1993, zaak IV.M.308, Kali+Salz/MDK/Treuhand en HvJEG, gevoegde zaken C-68/94 en 30/95, Frankrijk t. Commissie en SCPA t. Commissie, arrest van 31 maart 1998, *Jurispr.* 1998, blz. I-1375, r.ov. 112-116.

82 Commissiebeschikking van 11 juli 2001, zaak COMP/M.2314, BASF/Eurodiol/Pantochim, nr. 150.

83 Commissiebeschikking in zaak BASF/Eurodiol/Pantochim, reeds aangehaald, nr. 151.

84 Daarbij verwijzend naar CRvB 7 oktober 2003, *AB* 2004, 12 en HvJEG, zaak C-453/00, Kühne & Heitz, *Jurispr.* 2003, blz. I-837.

85 Zie ook Europese Commissie, Report on Competition Policy 2005, nr. 290.

86 Zaak COMP/M.4009-CIMC/BURG; NMa Jaarverslag 2005, p. 102; Zie ook Europese Commissie, Report on Competition Policy 2005, p. 81 e.v.; daarbij dient te worden opgemerkt dat de groep onderzochte zaken met betrekking tot het verlenen van toegang klein is en dat het onderzoek van de Commissie lijkt te suggereren dat er maar één succesvolle zaak is geweest.

87 Zie ook Europese Commissie, Report on Competition Policy 2005, p. 82 e.v. en A. Weitbrecht, 'EU merger control in 2005 – an overview', *E.C.L.R.* 2006, nr. 2, p. 43.

88 Arresten van 14 december 2005 in zaken T-209/01 Honeywell / Commissie en T-210/01 General Electric (GE) / Commissie, n.n.g., zie ook K. Platteau, 'General Electric/Commissie', *M&M* 2006, nr. 2 (maart), p. 51; M.P. Schinkel, 'GE/Honeywell', *M&M* 2006, nr. 2 (maart), p. 55 en H.S.J. Albers, 'Strijd der Titanen: enige opmerkingen naar aanleiding van General Electric tegen Commissie', *NTER* 2006, nr. 3, p. 40.

Samenwerking met toezichthouders in de zorg

De NMa heeft in 2005 een samenwerkingsprotocol ondertekend met het College tarieven gezondheidszorg/de Zorgautoriteit in oprichting (CTG/ZA i.o.). Het samenwerkingsprotocol was reeds aangekondigd in de NMa-Agenda 2005. De reden voor het aangaan van een samenwerkingsprotocol is dat al deze toezichthouders zich bezig houden met bepaalde mededingingsaspecten in de zorg, zodat zich een samenloop van bevoegdheden kan voordoen. Het samenwerkingsprotocol bevat afspraken over taakverdeling en verwijzing, gezamenlijke behandeling van zaken, (uniforme) interpretatie van begrippen, consultatie bij het treffen van spoedmaatregelen, uitwisseling van informatie en wederzijdse advisering over marktafbakening en het bepalen van machtsposities of marktmacht. Daarnaast is een beperkter samenwerkingsprotocol gesloten, waarbij ook het College Toezicht Zorgverzekeringen (CTZ) partij is.⁸⁹ Beide protocollen zullen vervallen zodra de Nederlandse Zorgautoriteit formeel van start gaat.⁹⁰ In welke mate (in 2005) gebruik is gemaakt van de samenwerkingsmogelijkheden onder de protocollen is niet bekend. In zaak 5052/CZ-OZ⁹¹ heeft CTG/ZA i.o. echter in de vergunningsfase een zienswijze aan de NMa overgelegd. In deze zienswijze heeft de CTG/ZA i.o. zich uitgelaten over de vraag van marktafbakening en over de door partijen voorgestelde remedies. Daarin bepleitte CTG/ZA i.o. strengere remedies dan door de partijen was voorgesteld. Deze zienswijze is niet overgenomen door de NMa. Opmerkelijk is wel dat in deze zaak toezicht op de naleving van een deel van de remedies werd toevertrouwd aan CTG/ZA i.o., die weer moest rapporteren aan de NMa. De partijen moesten ermee instemmen dat CTG/ZA i.o. en de NMa relevante informatie met elkaar zouden uitwisselen, onder de voorwaarde dat deze niet aan derden zou worden geopenbaard. Dit wekt de indruk dat CTG/ZA i.o. en de NMa zich niet zonder meer vrij achten om informatie uit te wisselen onder de protocollen.

Inhoudelijke beoordeling van concentraties

Hierna volgt een inhoudelijke beoordeling van enkele opvallende concentratiebesluiten. Daarbij zal eerst worden ingegaan op besluiten die betrekking hadden op de zorgsector en meer in het bijzonder de zorgverzekeringsmarkt, de AWBZ-zorg en de ziekenhuiszorg. Daarna wordt ingegaan op besluiten waar de NMa nader inging op het efficiëntieverweer, verticale en conglomerate effecten en ten slotte op de collectieve machtspositie.

Ontwikkelingen in de zorgsector

Het jaar 2005 was een jaar waarin de NMa de zorgsector wederom tot haar prioriteiten rekende.⁹² Volgens de NMa 'bewaakt [zij] de concurrentie in de zorgsector op die gebieden waarin de wetgever concurrentie toestaat.(...) De zorgsector kenmerkt zich [namelijk] door een transitie naar gereguleerde marktwerking.'⁹³ Het aantal voorgenomen fusies in de zorgsector heeft in 2005 een grote vlucht genomen. De NMa heeft in 2005 26 voorgenomen zorg-

concentraties dienen te beoordelen. Dit is bijna een verdrievoudiging vergeleken met 2004 (9 besluiten). Zo waren (vele) aanbieders van AWBZ-zorg,⁹⁴ van ziekenhuiszorg⁹⁵ en van zorgverzekeringen voornemens te concentreren. In een aantal zaken besloot de NMa dat een vergunning was vereist. Deze besluiten krijgen hierna aandacht, omdat ze aantonen waar de moeilijkheden zitten met betrekking tot concentraties in de zorgsector.

Zorgverzekeringen – voorkomen van regionale markten

De besluiten van de NMa in zaak 5052/CZ-OZ werden reeds kort besproken voor wat betreft hun intrekking nadat de rechtbank Rotterdam het eerste fase-besluit had vernietigd, aangezien ziekenfondsen in 2005 nog geen ondernemingen waren en de NMa deze niet had mogen betrekken in haar (prospectieve) materiële beoordeling. Omdat per 1 januari 2006 de Zorgverzekeringswet van kracht is geworden, wordt het onderscheid tussen particuliere verzekeraars en ziekenfondsen nu niet meer gemaakt en zou een fusie tussen CZ en OZ, had die nu plaatsgevonden, wel degelijk volledig onderwerp zijn geweest van concentratietoezicht. Vanuit dat oogpunt is het interessant om toch in te gaan op de analyse van de NMa en de door de NMa in het tweede fase-besluit geaccepteerde remedies.

Op twee manieren kan een verzekerde zijn ziektekosten vergoed zien door een verzekeraar: (i) via een restitutiepolis, waarbij de verzekerde de factuur indient bij de verzekeraar of (ii) via een naturapolis, waarbij de verzekeraar de zorg voor zijn verzekerden inkoop. De NMa ging er in haar prospectieve analyse vanuit dat de naturapolis de overhand zou krijgen onder de Zorgverzekeringswet. Bij de naturapolis kan de verzekeraar een concurrentievoordeel opdoen, door zo goedkoop mogelijk zorg in te kopen bij de diverse zorgaanbieders, waardoor de premie voor de verzekerde la(a)g(er) kan zijn. Om tegen aantrekkelijke voorwaarden in te kunnen kopen bij zorgaanbieders, zal een verzekeraar 'een behoorlijke massa verzekerden aan zich moeten binden', die regionaal niet te veel verspreid moeten zijn. Volgens de NMa zijn '[d]e verzekeraars die nu en naar verwachting ook onder de Zvw over voldoende massa be[schikk]en, met name de (voormalige) zie-

89 Beide protocollen zijn beschikbaar op de website van de NMa. Inmiddels is nader gestalte gegeven aan deze samenwerking in de Werkafspraken tussen de NMa, CTG/ZA i.o. en CTZ met betrekking tot concentratiezaken, eveneens beschikbaar op de website van de NMa, zie voorts NMa persbericht van 15 juni 2005: 'CTG/Zaio, CTZ en NMa tekenen samenwerkingsprotocol'.

90 De blauwdruk voor het samenwerkingsprotocol tussen de NMa en de NZa is reeds beschikbaar op <http://ggzbeleid.nl/>.

91 Besluit van 28 oktober 2005, zaak 5052/CZ-OZ.

92 Jaarverslag 2005, p. 9.

93 Jaarverslag 2005, p. 36 e.v.

94 Ongeveer 70% van de zorgbesluiten.

95 Drie zaken: 5047/Erasmus Medisch Centrum/Havenziekenhuis, 3897/Ziekenhuis Hilversum/Ziekenhuis Gooi-Noord en 5196/Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen.

kenfondsen in hun traditionele kernwerkgebieden'.^{96]} De NMa meent voorts dat: '[S]terke regionale posities zouden kunnen leiden tot een cruciale voorsprong in de onderhandelingen met zorgaanbieders, ten opzichte van verzekeraars die klein zijn in de desbetreffende regio. De verzekeraars met dergelijke sterke posities zouden daarmee dermate aantrekkelijke polissen voor verzekeren in die regio kunnen vormen, dat het voor verzekeren niet of nauwelijks aantrekkelijk is om over te stappen naar een andere verzekeraar. Bovendien kan het voor een andere zorgverzekeraar moeilijk worden om toe te treden tot die regio.'⁹⁸ Dit effect noemt de NMa het 'regionaal mechanisme'.⁹⁹ Nu CZ en OZ een (zeer) hoog gezamenlijk marktaandeel hadden in Zeeland en westelijk Noord-Brabant (een aaneengesloten gebied), vreesde de NMa dat dit zou leiden tot een 'regionaal mechanisme', waarbij het voor andere zorgverzekeraars moeilijk zou worden om voet aan de grond te krijgen in Zeeland en westelijk Noord-Brabant en waarbij CZ-OZ een economische machtspositie (inkoopmacht) zouden krijgen ten aanzien van de zorgaanbieders. De NMa was dus van mening dat een vergunning was vereist.

Tijdens de tweede fase veranderde de meldende partijen de vergunningsaanvraag en stelde twee gedragsremedies voor waarbij geen 'provinciale' polissen zouden worden aangeboden. Op die manier kan worden voorkomen dat het eventueel te behalen inkoopvoordeel alleen aan verzekeren in Zeeland en westelijk Noord-Brabant zou worden doorgegeven. Daarmee kon het 'regionaal mechanisme' worden voorkomen zodat het voor toetreders nog steeds mogelijk zou zijn om in Zeeland en westelijk Noord-Brabant zorgverzekeringen aan te bieden. Daarnaast boden CZ en OZ onder andere aan geen exclusieve overeenkomsten te sluiten met zorgaanbieders. In het kader van de 'market test' van de remedies bevestigden zorgverzekeraars dat hiermee de angst voor toetredingsdrempels was weggenomen. De NMa kwam vervolgens tot de conclusie dat door de concentratie geen economische machtspositie zou ontstaan. De zorgaanbieders hadden evenwel kritische kanttekeningen bij de voorgestelde remedies. De NMa wees die kritiek van de hand, met name op de grond dat nu er geen sprake was van een economische machtspositie op de (verkoop)markt van naturapolissen en de positie op (inkoop)markt voor zorg, niet ge- of misbruikt kon worden.⁹⁹

AWBZ-zorg

De meeste besluiten omtrent concentraties in de zorgsector betroffen de AWBZ-zorg. In het algemeen kan worden gesteld dat de NMa verschillende relevante productmarkten onderscheidt naar de geboden zorg, aangezien van aanbods substitutie geen of nauwelijks sprake is. Die zorg kan vaak weer worden onderscheiden in intra- (verplegings- en verzorgingstehuizen) en extramurale zorg (thuiszorg: verpleging thuis, persoonlijke verzorging thuis en huishoudelijke verzorging thuis). De vraag naar AWBZ-zorg wordt geregeld door zorgkantoorregio's. Zij beheren de budgetten en contracteren slechts de zorginstellingen die statutair in hun regio zijn gevestigd. Die financieringssys-

tematiek zorgt ervoor dat de geografische markten beperkt zijn tot de zorgkantoorregio of zelfs nog kleiner zijn, vaak beperkt tot de gemeente waar de zorgaanbieder is gevestigd en de aangrenzende gemeenten. Volgens de NMa zijn toetredingsdrempels tot een andere zorgkantoorregio gelegen in het opzetten van een regionale organisatie, met name in de thuiszorg, waarbij de zorg bij de afnemer thuis moet worden 'geleverd', de naamsbekendheid en contacten met doorverwijzende instanties. Daarnaast vormt het financieringssysteem van de AWBZ een toetredingsdrempel, aangezien een zorgkantoor niet geneigd zal zijn budget ter beschikking te stellen aan een zorginstelling die statutair is gevestigd in zijn regio voor verzorging van patiënten die buiten de zorgkantoorregio wonen.¹⁰⁰ Nu de AWBZ-zorg sterk regionaal is, zal een voorgenomen concentratie tussen aanbieders van (dezelfde) AWBZ-zorg die in dezelfde zorgkantoorregio actief zijn, snel op mededingingsrechtelijke bezwaren stuiten wegens (te) hoge gezamenlijke marktaandelen. De NMa oordeelde dan ook in drie zaken dat een vergunning benodigd was¹⁰¹ en gaf in zaak 4245/Vizier-De Wendel een vergunning af onder de voorwaarde dat zij een concurrent, Pluryn, binnen hun geografische markt, Noord-Limburg, in het 'zadel' zouden helpen. Daarbij zou Vizier afzien van het realiseren van de huisvesting van 55 plaatsen (intramurale gehandicaptenzorg) in Noord-Limburg en zou Pluryn die realisatie overnemen.¹⁰² De meldende partijen werden onder meer verplicht om bepaalde ondersteunende diensten aan Pluryn te leveren die noodzakelijk zijn voor een volledig zorgaanbod.

Vreemd genoeg identificeert de NMa bij de afbakening van de geografische markt voor intramurale AWBZ-zorg met name de toetredingsdrempels voor de zorgaanbieders om in een andere zorgkantoorregio AWBZ-zorg aan te bieden; de vraag of de zorgafnemer bereid is te reizen om de zorg elders af te nemen, wordt nauwelijks in kaart gebracht. Dit staat in schril contrast met de afbakening van de geografische markt voor ziekenhuiszorg, waar de reisbereidheid van de patiënt op het moment dat het dichtstbijzijnde ziekenhuis de kwaliteit van de geboden zorg zou verlagen uitgebreid is onderzocht. Die reisbereidheid (b)lijkt overigens van doorslaggevende betekenis te zijn bij de afbakening van de geografische markt voor ziekenhuiszorg (meer daarover hierna).

96 Nu volgens de rechtbank Rotterdam de 'ziekenfonds'-gedeelten van CZ en OZ niet mee mochten worden genomen in de prospectieve analyse, moest de oorzaak van de sterke regionale positie buiten beschouwing worden gelaten.

97 Besluit van 7 juli 2005, rnr. 59 en 60.

98 Besluit van 28 oktober 2005, rnr. 23 e.v.

99 Besluit van 28 oktober 2005, rnr. 63.

100 Besluit van 31 december 2004, zaak 4295/Stichting Icare-Sensire-Thuiszorg Groningen, rnr. 48 - 55 en rnr. 30.

101 Besluit van 11 augustus 2005, zaak 4198/Proteion-TML-LvGG, besluit van 18 augustus 2005, zaak 4988/Oosterlengte-Thuiszorg Groningen-Sensire en besluit van 4 november 2005, zaak 4212/De Basis-Thuiszorg Gooi en Vechtstreek-Vivium en besluit van 11 augustus 2005, zaak 4198/Proteion-TML-LvGG.

102 In ruil daarvoor realiseert Pluryn voor Vizier 55 plaatsen in de zorgkantoorregio Arnhem/Twente.

Die reisbereidheid zou onzes inziens ook een (grotere) rol moeten spelen bij de afbakening van de geografische markt voor intramurale AWBZ-zorg.¹⁰³ Vanuit dat oogpunt is het interessant om nader in te gaan op het marktonderzoek dat de NMa heeft verricht in haar eerste-fase onderzoek in zaak 4198/Proteion-TML-LvGG.¹⁰⁴ De NMa erkent dat naast de nabijheid van het verzorgings-/verpleeghuis en de lengte van de wachtlijst ook de kwaliteit van de geboden zorg een rol speelt bij de keuze van patiënten. De NMa laat echter na te onderzoeken of de reisbereidheid bij eventueel 'monopolistisch gedrag' na de concentratie – bijvoorbeeld door de kwaliteit te verlagen – daadwerkelijk tot een ruimere geografische markt leidt dan op basis van de huidige (statische) opnamegegevens zou moeten worden geconstateerd. Dat is iets wat zij overlaat voor het tweedefase-onderzoek in deze zaak. Vreemd genoeg leidt die (voorlopige) definitie van de geografische markt voor intramurale zorg in het eerste-fase besluit in zaak 4198/Proteion-TML-LvGG er voor dat de NMa ook in de latere zaak 4988/Oosterlengte-Thuiszorg Groningen-Sensire tot de conclusie komt dat er een vergunning is vereist.¹⁰⁵ Ook in zaak 4212/De Basis-Thuiszorg Gooi en Vechtstreek-Vivium besloot de NMa dat een vergunning was vereist, waarbij wederom met name werd uitgegaan van de huidige (statische) opnamegegevens, waaruit blijkt dat de cliënten overwegend uit dezelfde gemeente komen. Ook daar werd niet onderzocht of cliënten bereid zouden zijn (verder) te reizen bij een eventuele verlaging van de kwaliteit.

Ziekenhuiszorg – problemen bij de afbakening van de geografische markt

Ook ziekenhuizen fuseren volop. In de mededingingsrechtelijke analyse van een voorgenomen fusie tussen twee (of meer) ziekenhuizen stuit men op het probleem dat bij de geografische marktafbakening geen SSNIP-test¹⁰⁶ kan worden uitgevoerd, omdat de benodigde prijsgegevens ontbreken nu sprake is van een systematiek van vaste wettelijke prijzen. Daardoor kan niet worden getest of patiënten bereid zijn naar een verder weg gelegen ziekenhuis te reizen, wanneer de prijzen van 'hun' ziekenhuis met 5 à 10% zouden worden verhoogd. De NMa stapte daarom over op de zogenaamde Elzinga-Hogarty test (EH-test), een test die uitgaat van de geografische herkomst van de huidige patiëntenstromen van de ziekenhuizen. Dat is meteen ook het nadeel van deze test, aangezien bij de *huidige* patiëntenstroom geen rekening wordt gehouden met mogelijke toekomstig keuzegedrag van patiënten die het gevolg is van een eventuele verlaging van de geboden kwaliteit of een verhoging van de prijs (waarmee de SSNIP-test wel rekening houdt). Bij de EH-test wordt aan twee criteria getoetst: (i) het *little in from outside* (LIFO)-criterium dat betrekking heeft op de import van ziekenhuisdiensten in een bepaald gebied (concurrentie van buitenaf) en (ii) het *little out from inside* (LOFI)-criterium dat betrekking heeft op de export van diensten van een ziekenhuis in een bepaald gebied naar buiten dat gebied (concurrentie

naar buiten toe). Om tot een relevante geografische markt te komen op basis van de EH-test moet voor een bepaald gebied gelden dat zowel het LIFO- als het LOFI-criterium groter of gelijk is aan een bepaalde drempelwaarde. De in de (Amerikaanse) mededingingspraktijk meest gebruikelijke drempelwaarde is 90%. Dat betekent dat niet meer dan 10% van de patiënten binnen het gebied naar ziekenhuizen buiten dat gebied gaat (LIFO) en dat niet meer dan 10% van de patiënten in de ziekenhuizen in dat gebied van buiten dat gebied komt (LOFI).

De NMa heeft de EH-test gebruikt in 2004 in zaak 3524/Juliana Kinderziekenhuis/Rode Kruis Ziekenhuis-Leyenburg Ziekenhuis,¹⁰⁷ maar liet in het midden of deze test de juiste geografische markt oplevert, of dat gekeken zou moeten worden naar de reisafstand tussen (concurrerende) ziekenhuizen. Ook in een andere zaak in 2004 gebruikt de NMa de EH-test: in zaak 3897/Ziekenhuis Hilversum-Ziekenhuis Gooi-Noord. In het eerste fase-besluit kwam de NMa op basis van de hoge LOFI- en LIFO-scores tot de (voorlopige) conclusie dat de geografische markt het Gooi is en dat de fuserende partijen de enige partijen zijn in het Gooi die algemene ziekenhuiszorg aanbieden. Een door partijen aangedragen reisbereidheidsonderzoek, waaruit blijkt dat patiënten in de Randstad bereid zouden zijn tot 30 minuten te reizen naar een ziekenhuis, werd door de NMa van de hand gewezen. De NMa kwam tot de slotsom dat een vergunning was vereist. Het tweede fase-besluit werd in 2005 genomen. Naast de EH-test werd een scala aan andere tests gebruikt om tot een afbakening van de geografische markt te komen. Allereerst kwam de NMa met een rechtsvergelijkend onderzoek naar testmethoden ten behoeve van de afbakening van de geografische markt. Zij concludeert dat bij fusies tussen ziekenhuizen in de VS naast de EH-test gebruik is gemaakt van de *critical loss*-test. Dit houdt kort gezegd in: hoeveel klanten (in procenten) een aanbieder mag verliezen voordat de hypothetische prijsstijging of verlaging van de kwaliteit niet langer winstgevend is. De *critical loss*-test is daarbij complementair aan de SNIPP-test. Bij de SNIPP-test wordt bepaald of en zo ja, hoeveel klanten zullen overstappen naar een andere aanbieder bij een geringe duurzame prijsverhoging. Bij de *critical loss*-test wordt gekeken naar invloed van het verlies van die klanten op de dekingsgraad van de vaste kosten. Wanneer de vaste kosten van een onderneming hoog zijn, is een verlies van een relatief klein aantal klanten bij een geringe duurzame prijsverhoging/kwaliteitsverlaging al verliesgevend voor die onderneming. Het (mogelijke) verlies van een relatief klein aantal klanten kan daarom al voldoende concurrentiedruk opleveren om een eventuele prijsverhoging voor alle klanten te voorkomen. In

103 Voor extramurale AWBZ-zorg is de reisbereidheid van de afnemer irrelevant. Die zorg wordt immers bij de consument thuis geleverd.

104 Besluit van 11 augustus 2005, zaak 4198/Proteion-TML-LvGG.

105 Besluit van 18 augustus 2005, zaak 4988/Oosterlengte-Thuiszorg Groningen-Sensire.

106 Small but Significant Non-Transitory Increase in Prices.

107 Besluit van 28 januari 2004, zaak 3524/Juliana Kinderziekenhuis/Rode Kruis Ziekenhuis-Leyenburg Ziekenhuis, mr. 59 e.v.

Duitsland gaat het *Bundeskartellamt* uit van het gerealiseerde reisgedrag van feitelijke patiëntenstromen. Naast het *gebruikelijke* onderzoek onder marktpartijen, zijn de door de NMa aangehaalde onderzoeksmethoden gebruikt bij de afbakening van de geografische markt in deze zaak.

In opdracht van de NMa heeft onderzoeksbureau SEO 10 Gooise huisartsen geïnterviewd. De NMa heeft zelf andere marktpartijen geïnterviewd, waaronder andere ziekenhuizen, verzekeraars en zelfstandige behandelcentra (ZBC's). Het merendeel van de marktpartijen gaf aan dat de markt beperkt is tot het Gooi.

Daarnaast heeft SEO onderzoek gedaan naar de reisbereidheid van patiënten in het Gooi '[o]m te kunnen beoordelen of ziekenhuizen in de directe omgeving van partijen voldoende disciplineren kunnen uitoefenen op het gedrag van partijen'. Daarbij is gekozen voor een benadering die uitgaat van een hypothetische verslechtering van het zorgaanbod. Naar analogie met de SSNIP-test is die verslechtering equivalent aan een prijsstijging van 5-10%. Het onderzoek toonde aan dat Gooise patiënten meer waardering hebben voor (meer) kwaliteit dan voor (minder) reistijd. Ziekenhuizen rondom het Gooi vormen daarom in voldoende mate een alternatief en oefenen daarmee concurrentiedruk uit op meldende partijen.

De NMa concludeerde op basis van dit laatste onderzoek dat kan worden aangenomen dat de markt ruimer is dan het Gooi. Het onderzoek onder marktpartijen gaf echter aan dat de geografische markt het Gooi betreft. De NMa gaf aan dat er sprake is van een markt in transitie. Onderdeel van die transitie is dat de transparantie van kwaliteit en prijzen van ziekenhuizen wordt vergroot en dat wordt verwacht dat de daadwerkelijke reisbereidheid van patiënten in de nabije toekomst toe zal nemen. Waar de EH-test in het eerste fasebesluit voor de NMa nog van doorslaggevende betekenis was, was daar in het tweede fasebesluit geen sprake van. Juist de reisbereidheid gaf in de tweede fase de doorslag.

In zaak 5196/Ziekenhuis Walcheren-Stichting Oosterscheldeziekenhuizen waren de meldende partijen nog uitgegaan van de oude situatie en hoopten zij dat de EH-test hen er doorheen kon slepen. De EH-test toonde namelijk aan dat de ziekenhuizen van de meldende partijen in twee verschillende geografische markten zouden liggen. De conclusie van de meldende partijen was dan ook dat er geen overlap was. De NMa nam echter de reisbereidheid van patiënten in ogenschouw en kwam tot de (voorlopige) conclusie dat de ziekenhuizen van de meldende partijen in dezelfde geografische markt lagen en dat in die markt geen andere ziekenhuizen waren die concurrentie konden bieden. De NMa concludeerde dat een vergunning vereist was. Het kan verkeren. De meldende partijen hebben ook nog een efficiëntieverweer gevoerd (dat hierna zal worden besproken). De NMa verwierp dat verweer.

Efficiëntieverweer

Volgens/bij de NMa is sinds de invoering van de nieuwe concentratiecontrole Verordening 139/2004, het

efficiëntieverweer 'meer in beeld gekomen als factor die van belang kan zijn bij de beoordeling van Europese concentratiezaken.'¹⁰⁸ Nu in het Wetsvoorstel wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet¹⁰⁹ wordt voorgesteld om aan te sluiten bij de Europeesrechtelijke materiële toets, komt ook in Nederland het efficiëntieverweer in beeld. De NMa nodigde daarom in haar besluit in zaak 4988/Oosterlengte-Thuiszorg Groningen-Sensire¹¹⁰ (waarin de NMa besloot dat een vergunning is vereist) de meldende partijen expliciet uit tot onderbouwing van een efficiëntieverweer in de vergunningsaanvraag. Dat de NMa die uitnodiging doet onder verwijzing naar een wetsvoorstel lijkt een vorm van anticipatie te zijn; of is dit onderdeel van de te maken prospectieve analyse? Overigens is het de vraag of het efficiëntieverweer niet al langer onderdeel was van de mededingingsrechtelijke beoordeling van concentraties.¹¹¹

De meldende partijen in zaak 5196/Ziekenhuis Walcheren-Stichting Oosterscheldeziekenhuizen¹¹² (waarin de NMa eveneens besloot dat een vergunning is vereist) kwamen reeds in de eerste fase met hun efficiëntieverweer. Volgens de NMa moet, in navolging van de Europese Commissie,¹¹³ door de meldende partijen worden aangetoond dat de efficiëntievoordelen (i) ten goede komen aan de afnemers van de partijen, (ii) een rechtstreeks gevolg zijn van de concentratie en (iii) verifieerbaar zijn.¹¹⁴ Volgens de meldende partijen zou de fusie van hun ziekenhuizen met name leiden tot (niet te kwantificeren) kwaliteitsverbeteringen. Het College tarieven gezondheidszorg/de Zorgautoriteit in oprichting (CTG/ZA i.o.) meldt in zijn zienswijze dat kwaliteitsvoordelen zich pas voordoen bij een veel grotere schaalgrootte. Volgens de NMa waren de geclaimde efficiëntievoordelen onvoldoende verifieerbaar.

Verticale effecten

Verticale effecten zijn uitgebreid aan de orde gekomen in zaak 4490/UPC-Canal+, betreffende de overname van Canal+ door UPC.¹¹⁵ Tussen deze ondernemingen bestond overlap op de markt voor het aanbieden van betaaltelevisie. Daarnaast waren beiden actief op de stroomopwaartse markt voor het verwerven van content, waarbij verschil-

108 Zaak 4988/Oosterlengte-Thuiszorg Groningen-Sensire, rnr. 86.

109 Wetsvoorstel wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, reeds aangehaald, nr. 3, p. 16.

110 Besluit van 18 augustus 2005, zaak 4988/Oosterlengte-Thuiszorg Groningen-Sensire.

111 Zie nader de uitgebreide behandeling van het efficiëntieverweer in: P.D. Camesasca, 'European merger control Getting the efficiencies right', Intersentia/Hart, Antwerpen/Groningen/Oxford, 2000, met name p. 315 e.v.

112 Besluit van 18 november 2005, zaak 5196/Ziekenhuis Walcheren-Stichting Oosterscheldeziekenhuizen.

113 Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale concentraties van de Europese Commissie (*Pb* 2004, C 31/5, rnr. 76 e.v.).

114 Besluit van 18 november 2005, zaak 5196/Ziekenhuis Walcheren-Stichting Oosterscheldeziekenhuizen, rnr. 72.

115 Zie ook over deze zaak R.M. Mahler, 'De televisiemarkt in beweging: besluiten van NMa en OPTA', *AM* 2005, nr. 7, p. 161.

lende markten werden onderscheiden voor bepaalde typen content. Omdat UPC als kabelmaatschappij ook actief is in de doorgifte van betaaltelevisie, was ook sprake van een verticale relatie. In de eerste fase kwam de NMa tot de conclusie dat er reden was om aan te nemen dat de concentratie een machtspositie op de Nederlandse markt voor betaaltelevisie zou doen ontstaan of versterken en dat niet kon worden uitgesloten dat een machtspositie zou ontstaan of worden versterkt op de (stroomopwaarde) markt voor het verwerven van uitzendrechten voor recent uitgebrachte aantrekkelijke films. De reden voor dit nuanceverschil was dat op de markt voor (premium) betaaltelevisie Canal+ reeds een bijna monopoliepositie innam. Op de contentmarkt was dat niet het geval, hoewel Canal+ daar wel een zeer sterke positie had en toetredingsdrempels hoog werden geacht.

De NMa ging uitgebreid in op de verticale effecten van de concentratie, omdat de verticale integratie van de grootste aanbieder van betaaltelevisie (Canal+) en de grootste netwerkexploitant (UPC) zou kunnen leiden tot uitsluitingseffecten. In dit verband onderzocht de NMa of de nieuwe eenheid (i) een prikkel zou ondervinden om hindernissen op te werpen, (ii) de mogelijkheid zou hebben om dat te doen en het uitsluitend effect hiervan (iii) een wezenlijke invloed zou hebben op de mededinging in de desbetreffende markt.¹¹⁶ De NMa was van mening dat de nieuwe entiteit inderdaad een prikkel zou ervaren om haar eigen betaaltelevisieplatform te bevorderen ten opzichte van andere aanbieders bij toegang tot haar netwerk en door Canal+ content niet of tegen ongunstige voorwaarden te leveren aan exploitanten van andere infrastructuur. De nieuwe entiteit zou daar, met deze nieuwverworven positie, ook de mogelijkheid toe hebben. Dat zou, aldus de NMa, een wezenlijke invloed hebben op de mededinging.

In het tweede fase-besluit¹¹⁷ kwam de NMa al spoedig tot de conclusie dat de gesignaleerde problemen op de markt voor het verwerven van uitzendrechten zich niet voor zouden doen. Uit marktonderzoek was gebleken dat de aanbieders van content – de zogenaamde (Hollywood) Majors – over voldoende andere afzetkanalen konden beschikken. Marktonderzoek wees ook uit dat er op de markt voor het aanbieden van betaaltelevisie voldoende (potentiële) alternatieve aanbieders waren. Bovendien was het marktaandeel van UPC op beide markten zeer gering. De inhoudelijke beoordeling spitste zich vooral toe op vermeende verticale effecten. De NMa was nog steeds van mening dat de nieuwe eenheid een prikkel zou ervaren om concurrenten uit te sluiten. Daarentegen werd aanvaard dat de reeds beschreven mogelijkheid om dat te doen in sterke mate zou worden beperkt door toezicht van de OPTA. Er lag immers reeds een ontwerpbesluit waaruit zou blijken dat UPC, volgens OPTA, over aanmerkelijke marktmacht beschikt en aan haar een doorgifteverplichting zal worden opgelegd.¹¹⁸ Daarnaast was gebleken dat er eigenlijk maar één andere onderneming (Cinenova) actief was op deze markt. Uit het marktonderzoek kwam echter naar voren dat deze concurrent in wezen niet meer actief was, zodat er geen direct causaal verband kon worden vastgesteld tussen

het verdwijnen van Cinenova (en daarmee de restconcurrentie) van de markt en de concentratie. Zo kwam het toch nog tot de verlening van een vergunning zonder voorschriften.

Conglomerate effecten

In zaak 5220/ABP-Loyalys¹¹⁹ heeft de NMa het beoordelingskader voor conglomerate concentraties uiteengezet. Deze zaak betrof de overname door ABP, het bedrijfstakpensioenfonds voor overheids- en onderwijspersoneel, van Loyalys, een aanbieder van levensverzekeringen. Hoewel er geen overlap bestond in de activiteiten van partijen, werden deze als complementair gezien. Daarom zou het volgens de NMa een conglomerate concentratie zijn. De NMa onderzocht of de nieuwe entiteit haar wettelijk monopolie op het gebied van pensioenverzekeringen voor de bij haar aangesloten sectoren als hefboom zou kunnen gebruiken om concurrenten op de markt van levensverzekeringen uit te sluiten. Daarbij werd hetzelfde beoordelingskader toegepast als in zaak 4490/UPC-Canal+ ten aanzien van verticale effecten. Dat is in lijn met het Tetra Laval arrest, waaruit blijkt dat ook bij de beoordeling van conglomerate concentraties mogelijke uitsluitingseffecten centraal staan.¹²⁰ De NMa kwam tot de slotsom dat de nieuwe eenheid misschien wel de prikkel zou hebben om concurrenten op de markt voor levensverzekeringen buiten te sluiten, maar niet de mogelijkheid daartoe. Zelfs indien alle pensioenverzekerden een levensverzekering van Loyalys zouden nemen, zou zich op deze markt namelijk geen merkbaar uitsluitingseffect voordoen.

Collectieve machtspositie

In slechts één zaak is getoetst of een concentratie een collectieve machtspositie zou kunnen doen ontstaan of versterken. Het betrof zaak 5190/Total Nederland-Calpam.¹²¹ Na de concentratie zouden de drie grootste partijen een gezamenlijk marktaandeel van 50-80% hebben op de markt voor de verkoop aan eindgebruikers van gasolie voor de scheepvaart. Omdat de prijsvorming op deze markt intransparant is, achtte de NMa het uitgesloten dat de drie grootste aanbieders na de concentratie in staat zouden zijn om tot stilzwijgende afstemming van de prijzen te komen. Daarmee was niet voldaan aan een van de basisvereisten¹²² voor het bestaan van een collectieve economische machtspositie.

116 In dit verband werd verwezen naar de Commissiebeschikking van 10 juli 2002, zaak COMP/M.2803/Telia-Sonera, rnr. 91.

117 Besluit van 28 juni 2005, zaak 4490/UPC-Canal+.

118 Ontwerpbesluit van 19 mei 2005, de markten voor de doorgifte en ontvangst van omroepsignalen, verzorgingsgebied UPC Nederland B.V.

119 Besluit van 23 december 2005, zaak 5220/ABP-Loyalys.

120 GvEAG, zaak T-5/02, Tetra Laval t. Commissie, arrest van 25 oktober 2002, *Jurispr.* 2002, blz. II-4381, r.ov. 145 e.v., zoals bevestigd, HvJEG, zaak C-12/03 P, Commissie t. Tetra Laval, arrest van 15 februari 2005, *Jurispr.* 2005, blz. I-987.

121 Besluit van 31 oktober 2005, zaak 5190/Total Nederland-Calpam.

122 Zoals geformuleerd in GvEAG, zaak T-342/99, Airtours, arrest van 6 juni 2002, *Jurispr.* 2002, blz. II-2585.