

Kroniek

Kroniek concentratiecontrole 2009

Mr. M.A. De Jong en mr. L. Haasbeek*

Inleiding

De economische crisis heeft gevolgen gehad voor het aantal concentratiemeldingen in 2009. Er zijn minder concentraties gemeld, maar juist meer ontheffingen voor de verplichte wachtperiode verleend. Deze concentraties hebben geleid tot enkele interessante besluiten. In *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen* heeft de NMa voor het eerst een concentratie goedgekeurd op grond van een efficiëntieverweer. De NMa maakt hiervoor een uitvoerige beoordeling van de te verwachten efficiëntieverbeteringen. De fusie wordt uiteindelijk goedgekeurd met zware ondersteuning door de Inspectie voor de Gezondheidszorg en een pakket gedragsremedies. In *AMC/VZA* wordt een analyse gemaakt van de verticale effecten van de overname van een ambulancedienst door een ziekenhuis. De NMa beoordeelt of het ziekenhuis zijn positie zou kunnen versterken door de toestroom van patiënten te beïnvloeden. Daarnaast heeft de NMa voor het eerst een boete opgelegd voor het verstrekken van onjuiste en onvolledige informatie bij een melding.

In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de besluiten van de NMa met betrekking tot concentratiecontrole. Daarnaast wordt ingegaan op de wijzigingen in de wetgeving en het beleid met betrekking tot de Nederlandse concentratiecontrole.

De aantallen

De crisis heeft duidelijk geleid tot een teruggang van het aantal concentratiemeldingen. In 2009 heeft de NMa 90 meldingen ontvangen, terwijl in 2008 nog 129 concentraties werden gemeld. Het aantal eerstefasebesluiten nam daarmee af tot 76, ten opzichte van 121 het jaar daarvoor. Het aantal tweedefasebesluiten bleef stabiel op twee. Van de 76 besluiten in de meldingsfase zijn er 62 verkort afgedaan, dat wil zeggen meer dan 80 procent. De tendens om steeds meer meldingen verkort af te doen wordt hiermee voortgezet.

Een ander gevolg van de crisis is dat de NMa duidelijk meer verzoeken om ontheffing voor de verplichte wachtperiode heeft ontvangen. Dit betreffen doorgaans overnames van in nood verkerende ondernemingen die uit elkaar dreigen te vallen indien niet op zeer korte termijn een overname kan worden gerealiseerd. In 2009 heeft de NMa zes van dergelijke ontheffingsbesluiten genomen, terwijl de meeste jaren niet meer dan één à twee ontheffingen worden verleend.

Daarnaast heeft de NMa tien informele zienswijzen met betrekking tot vragen over concentratiecontrole openbaar gemaakt en één boete opgelegd voor het verstrekken van onjuiste en onvolledige informatie bij een melding. In de tabel hieronder wordt een overzicht gegeven van de aantallen per categorie.

Ook in 2009 blijft de zorgsector de meest vertegenwoordigde sector bij het concentratietoezicht. Er zijn in het totaal zestien zorgconcentraties beoordeeld, waarbij de NMa twee keer heeft besloten dat een vergunning was

* Mr. M.A. de Jong is advocaat bij Allen & Overy in Amsterdam. Mr. L. Haasbeek is advocaat bij Allen & Overy in Amsterdam.

Tabel 1.

	2007	2008	2009
Meldingen	108	129	90
Ingetrokken meldingen	7	8	7
Besluiten meldingsfase	106	119	76
Verkorte besluiten	69	84	62
Vergunning vereist	4	4	2
Besluit vergunningsfase	3	2	2
Ontheffingen wachtperiode	1	2	6
Boete voor niet melden	1	2	0
Informele zienswijze	0	6	10

vereist¹ en één keer een tweedefasebesluit heeft genomen.²

Wetgeving en beleid

In 2009 zijn de ‘Spelregels bij concentratiezaken’ aangepast en twee sectorspecifieke beleidsdocumenten gepubliceerd.

Herziene spelregels bij concentratiezaken

Op 19 januari 2009 heeft de NMa een herziene versie van de Spelregels bij concentratiezaken gepubliceerd.³ De aanpassingen houden met name verband met wetswijzigingen en rechtspraak sinds de vorige versie van de spelregels uit 2004.

In de nieuwe spelregels zijn de wijzigingen op het gebied van concentratiecontrole als gevolg van de op 1 oktober 2007 in werking getreden Evaluatiewet verwerkt. In de spelregels wordt nu bijvoorbeeld genoemd dat de meldende partijen in de meldingsfase een verzoek tot opschorting van de onderzoekstermijn kunnen doen en dat in de meldingsfase remedies aangeboden kunnen worden.

Daarnaast geven de nieuwe spelregels aan hoe de NMa omgaat met verzoeken in concentratiezaken op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Deze wijzigingen houden verband met de uitspraak van de Raad van State uit 2007 dat de Wob van toepassing is op de uitvoering van Mededingingswet door de NMa.⁴ De spelregels maken duidelijk dat Wob-verzoeken die tijdens de meldingsfase of vergunningsfase worden inge-

diend zonder meer worden afgewezen.⁵ De NMa acht het namelijk van groot belang dat zij in beslotenheid in een relatief kort tijdsbestek tot een zorgvuldig besluit kan komen. Een Wob-verzoek kan dus alleen worden gedaan als de zaak is afgerond en een besluit is genomen. Met betrekking tot informele zienswijzen is nieuw dat de spelregels nu een redelijke termijn noemen voor het verkrijgen van een informele zienswijze. In aansluiting op artikel 4:13 Awb wordt een termijn van twee weken genoemd voor ontvangst van de schriftelijke informele zienswijze. Daarop vooruitlopend kan de NMa eventueel reeds een telefonische reactie geven. Een andere wijziging is dat alle informele zienswijzen in beginsel openbaar worden gemaakt. Geanonimiseerde versies van de informele zienswijzen worden op de website van de NMa geplaatst.

Tot slot gaan de nieuwe spelregels in op de Tijdelijke wet mediaconcentraties (Twm) die in 2007 in werking is getreden. Op grond van deze wet moet de NMa naast de gebruikelijke mededingingsrechtelijke toets tevens beoordelen of de mediaconcentratie is toegestaan op grond van de Twm. Daarvoor moet de NMa eerst advies vragen aan het Commissariaat voor de Media.⁶

Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen

De NMa heeft door middel van een besluit – de Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen – vastgelegd dat ondernemingspensioenfondsen, bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht.⁷ Op grond van de Europese rechtspraak was reeds

1. Besluit van 9 april 2009, zaak 6579, *Stichting Pleyade/Stichting Catharina*, en besluit van 15 juni 2009, zaak 6556, *GGZ Oost Brabant/Reinier van Arkel*.
 2. Besluit van 25 maart 2009, zaak 6424, *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*. Deze zaak wordt uitgebreid besproken onder ‘Efficiëntieverbeteringen’.
 3. *Stcrt.* 2009, 794, 19 januari 2009.
 4. *ABRvS* 7 februari 2007, *AB* 2007, 175.

5. Op grond van art. 10 lid 2 onder g Wob (‘het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel derden’).
 6. Deze samenwerking is verder uitgewerkt in de ‘Werkafspraken tussen de NMa en het Commissariaat voor de Media met betrekking tot mediaconcentraties’ (*Stcrt.* 2008, 119). In 2009 heeft de NMa twee keer een mediaconcentratie beoordeeld waarbij advies van het Commissariaat voor de Media was vereist. Zie besluit van 1 juli 2009, zaak 6666, *De Persgroep/PCM*, en besluit van 17 juli 2009, zaak 6689, *PCM/ADN/WND*, die verder worden besproken onder ‘Horizontale effecten’.
 7. Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen, *Stcrt.* 2009, 95, 27 mei 2009.

duidelijk dat de activiteiten van pensioenfondsen beschouwd dienden te worden als economische activiteiten.⁸ Om eventuele onduidelijkheden met betrekking tot de toepassing van de Mededingingswet op pensioenfondsen weg te nemen, wordt dit door de NMa bevestigd in deze uitvoeringsregel. Fusies van pensioenfondsen zijn daarmee ook onderworpen aan het concentratietoezicht. De omzetten van pensioenfondsen voor de bepaling of de meldingsdrempels worden overschreden, moeten daarbij volgens de uitvoeringsregel worden vastgesteld aan de hand van de bruto geboekte premies. De NMa sluit hiermee aan bij de omzetsbepaling zoals die geldt voor verzekeraars.

De Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen lijkt eenvoudiger dan zij in de praktijk is. Een voorbeeld hiervan uit 2009 is de zaak *Concentratie pensioenfondsen wegvervoer*, waarin een bedrijfstakpensioenfonds, twee prepensioenfondsen en een VUT-fonds het voornemen hadden te fuseren.⁹ In de eerste plaats wordt het VUT-fonds door de NMa buiten beschouwing gelaten omdat dit niet kon worden beschouwd als een onderneming. Onder meer omdat het VUT-fonds een regeling uitvoerde die gebaseerd was op het omslagstelsel en in hoge mate was gebaseerd op het solidariteitsbeginsel, is de NMa van mening dat geen economische activiteiten werden uitgeoefend. Bij de beoordeling van de fusie van de andere fondsen is vervolgens van belang dat sprake is van een verplichtgesteld bedrijfspensioenfonds. Werkgevers in de betreffende sector kunnen daardoor niet kiezen bij welk pensioenfonds zij de pensioenen voor hun werknemers onderbrengen. Uitsluitend voor werkgevers van buiten de sector die zich vrijwillig zouden willen aansluiten bij een van de prepensioenfondsen is er een keuzemogelijkheid die beperkt zou worden door de fusie. In de praktijk kiest echter slechts een zeer beperkt aantal werkgevers voor vrijwillige aansluiting bij deze prepensioenfondsen. Bovendien kunnen deze werkgevers ook een eigen pensioenregeling opzetten of kiezen voor een ander bedrijfstakpensioenfonds. Het effect van de fusie is daardoor minimaal. Deze zaak illustreert dat pensioenfondsen dan onderworpen mogen zijn aan het concentratietoezicht, maar dat in sommige gevallen de beoordelingsruimte voor de NMa zeer beperkt zal zijn.¹⁰

Beleidsregels concentraties van zorgaanbieders

Op 10 september 2009 zijn de nieuwe 'Beleidsregels concentraties van zorgaanbieders' in werking getreden.¹¹ Deze beleidsregels geven aanvullende regels voor de beoordeling door de NMa van zorgconcentraties waarbij het gezamenlijk marktaandeel van de betrokken ondernemingen 35 procent of meer bedraagt. In die zaken dient de NMa in ieder geval de volgende voor zorg specifieke aspecten in aanmerking te nemen: (a) de transparantie van kwaliteit van zorg, (b) het reisgedrag of de reisbereidheid van cliënten, (c) de mogelijkheid voor toetreding van nieuwe zorgaanbieders en (d) de mate waarin zorginkopers invloed hebben op het keuzegedrag van cliënten. Daarnaast vereisen de beleidsregels dat per betrokken onderneming de meest betrokken cliëntenraad en – in voorkomend geval – de gemeenten in hun rol van zorginkopers, worden uitgenodigd om een zienswijze in te dienen.

De beleidsregels noch de toelichting daarbij bevatten voorschriften hoe de NMa deze aspecten moet toepassen en welke rol deze in de beoordeling moeten spelen. Naar verwachting zullen de beleidsregels dan ook weinig invloed hebben op de wijze waarop de NMa concentraties in de zorgsector beoordeelt. Dit wordt bevestigd in de twee zaken uit 2009 waarin de NMa reeds toepassing heeft gegeven aan de beleidsregels.¹² In beide gevallen bespreekt de NMa in één alinea de zienswijze van de cliëntenraden en in één alinea de zorgspecifieke aspecten van de concentratie, waarbij inhoudelijk niets wordt toegevoegd aan de gebruikelijke analyse.

Boetes voor overtredingen

De NMa heeft in de zaak *Refresco* voor de eerste keer een boete opgelegd voor het verstrekken van onjuiste informatie bij een concentratiemelding.¹³ In de melding had Refresco vermeld dat uitsluitend haar dochtervennootschap Sunco actief was op de beïnvloede markt. Omdat de NMa vermoedde dat ook andere dochtervennootschappen op deze markt actief waren, had de NMa hier vragen over gesteld. Refresco ontkende dit in eerste instantie, maar na verder onderzoek door de NMa bleek dit toch het geval te zijn. Refresco verstreekte vervolgens informatie over nog twee andere dochtervennootschappen die op dezelfde markt actief waren. Het marktaandeel bleek daarbij circa twee keer zo hoog te zijn als oorspronkelijk was opgegeven.

De NMa concludeert dat door Refresco onjuiste en onvolledige informatie is verstrekt en legt hiervoor een boete op van € 468.000. De hoogte van de boete wordt vastgesteld op grond van de NMa Boetecode 2007, die

8. De NMa verwijst hierbij naar de arresten HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96, *Albany*, Jur. 1999, I-5751, en HvJ EG 12 september 2000, zaak C-180/98 t/m C-184/98, *Pavlov e.a.*, Jur. 2000, I-6451.

9. Besluit van 9 november 2009, zaak 6749, *Concentratie pensioenfondsen wegvervoer*. Opmerkelijk aan dit besluit is ook dat de NMa de betreffende markt voor het uitvoeren van pensioenregelingen niet afbakt en niet ingaat op marktaandelen. Dit lijkt op de effectanalyse die de NMa eerder heeft toegepast de zaak *European Directories/Truvo Nederland* (besluit van 28 augustus 2008, zaak 6246).

10. Zie ook J.J.M. Sluijs, 'Mededingingstoezicht op pensioenfondsen niet zo vanzelfsprekend', en S.G. van der Lecq en A.P. van Dongen, 'Naschrift: Pensioenfondsen zijn speciaal en gewoon', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2009-6, p. 117-119.

11. Beleidsregel van de minister van Economische Zaken van 1 september 2009, nr. WJZ/9145416, houdende bijzondere regels betreffende concentraties van zorgaanbieders, *Stcr.* 2009, 13389.

12. Besluit van 7 december 2009, zaak 6786, *Steinmetz/De Compaan/Paus Johannes XXIII*, en besluit van 22 december 2009, zaak 6774, *De Borg/'t Gooregt*.

13. Besluit van 5 augustus 2009, zaak 6687, *Refresco*.

voor deze overtreding een boetegrondslag hanteert van 1,5‰ van de Nederlandse omzet van de overtreder. De ernstfactor wordt daarbij vastgesteld op 1,5. De redenen waarom de NMa de ernstfactor hoger vaststelt dan een 'neutrale' 1, zijn dat de activiteiten van Refresco op de beïnvloede markt aanzienlijk groter waren dan aanvankelijk was vermeld en het feit dat Refresco tot twee keer toe onjuiste informatie had verstrekt, eerst in de melding en vervolgens nadat de NMa op het betreffende punt aanvullende vragen had gesteld.

Deze zaak illustreert dat de boetecode van de NMa – alsmede de per 1 oktober 2009 geldende beleidsregels van EZ¹⁴ – ook bij procedurele overtredingen kan leiden tot forse boetes. In dit specifieke geval lijkt de betrokken onderneming duidelijk verwijtbaar nalatig te hebben gehandeld, wat ook heeft geleid tot een hogere ernstfactor. Het valt wel te hopen dat de NMa terughoudend is deze zware boetemogelijkheid in te zetten bij minder verwijtbare onjuistheden in de concentratiemelding. Meldingen worden immers vaak onder tijdsdruk opgesteld, waarbij het kan voorkomen dat fouten worden gemaakt.

De NMa heeft in de zaak *Nooteboom/Pacton* een besluit op bezwaar genomen met betrekking tot de boete die was opgelegd voor schending van de meldingsplicht.¹⁵ In het primaire besluit had de NMa voor het eerst de NMa Boetecode 2007 toegepast op een dergelijke overtreding en op grond daarvan relatief hoge boetes opgelegd.¹⁶ In bezwaar komt de NMa echter tot het oordeel dat zij hierbij in strijd met het legaliteitsbeginsel had gehandeld doordat de betreffende concentratie tot stand was gebracht (op 11 oktober 2007) voordat de NMa Boetecode 2007 in werking was getreden (op 12 oktober 2007). Weliswaar waren de wijzigingen in de Mededingingswet die de hogere boete mogelijk maakten wel in werking getreden, maar de nadere invulling daarvan door de NMa door middel van de boetecode was op het moment van de concentratie nog niet bekend. Om deze reden past de NMa de boete aan aan het lage boeteniveau zoals dit vóór 1 oktober 2007 gold. De boete voor de koper wordt verminderd van € 315.000 naar € 22.500 en de boete voor de verkoper gaat van € 92.000 naar € 22.500.

Voor het huidige boeteregime is van belang dat de NMa in het besluit uitdrukkelijk zegt dat een overtreding van de meldingsplicht naar haar aard geen duur kent, zodat de ernstfactor per definitie op 1 wordt gesteld. Het is derhalve niet boeteverzwarend als tussen de overtreding en het alsnog melden van de concentratie een langere periode zit.¹⁷

Concentratie

In een informele zienswijze oordeelt de NMa over de vraag of een transactie waarmee een coöperatie een bepaalde mate van zeggenschap zou krijgen over haar leden, kwalificeerde als een concentratie.¹⁸ De verzoeker van de informele zienswijze wilde graag van de NMa de bevestiging dat de coöperatie en haar leden na de transactie tezamen één economische eenheid zouden vormen. Volgens de NMa is dit echter niet het geval omdat de coöperatie geen beslissingsmacht zou hebben met betrekking tot de begroting, belangrijke investeringen en de benoeming en het ontslag van het bestuur van de leden. Het feit dat de coöperatie wel bevoegdheden zou hebben met betrekking tot het ondernemingsplan van de groep en het sluiten van overeenkomsten met afnemers namens de groep, verandert deze conclusie niet.

In deze zienswijze gaat de NMa uitdrukkelijk in op de beschikking van de Commissie in de zaak *Ernst & Young/Andersen Germany*.¹⁹ In die zaak merkte de Commissie het Ernst & Young-netwerk als economische eenheid aan, ook al was er geen sprake van centrale verdeling van winsten. In tegenstelling tot de onderhavige zaak, was bij Ernst & Young echter sprake van één duurzaam ondernemingsbestuur, één merknaam en een sterke prikkel om zich als economische eenheid te organiseren en te manifesteren, met name door de internationaal opererende cliënten. In de onderhavige zaak gingen volgens de NMa de gemeenschappelijke financiële belangen niet veel verder dan bij beroeps- of belangenorganisaties, waardoor niet kan worden geoordeeld dat sprake is van een economische eenheid. De NMa had daarnaast ook twijfels over de duurzaamheid van de concentratie. De leden konden immers elk jaar op eenvoudige wijze uit de coöperatie treden, zonder schadevergoeding of andere complicaties. De transactie kon daardoor niet als een concentratie worden aangemerkt.

In meerdere besluiten komt aan de orde of bij verwante transacties sprake is van één enkele concentratie. In twee gevallen oordeelt de NMa dat tussen twee samenhangende transacties geen economische en/of juridische verbondenheid bestond.²⁰ In één zaak merkt de NMa twee transacties juist wel aan als één concentratie. De rode draad lijkt te zijn dat de NMa zich flexibel opstelt en het grotendeels aan de partijen overlaat om te bepalen of sprake is van één of twee concentraties, zolang zij vroeger of later alle relevante onderdelen ter beoordeling krijgt voorgelegd. Wanneer een overname door onderscheiding van verschillende transacties aan het toezicht dreigen te worden onttrokken, dan kan de NMa

14. Beleidsregels van de minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009, *Strct.* 2009, 14079, 22 september 2009.

15. Besluit van 30 september 2009, zaak 6286, *Nooteboom/Pacton*.

16. Besluit van 19 november 2008, zaak 6286, *Nooteboom/Pacton*.

17. De Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (advies van 18 mei 2009) maakt hierbij de vergelijking met 'door rood licht rijden'. Deze overtreding duurt niet voort als men het stoplicht is gepasseerd.

18. Informele zienswijze van 28 april 2009, zaak 6656.

19. Beschikking van 27 augustus 2002, zaak COMP/M.2824, *Ernst & Young/Andersen Germany*.

20. Besluit van 19 november 2009, zaak 6797, *Tradition/WestVeg/Unistar/Brassica-Group*, en besluit van 1 juli 2009, zaak 6666, *De Persgroep/PCM*, en besluit van 17 juli 2009, zaak 6689, *PCM/ADN/WND*.

juist ver gaan om haar toetsingsbevoegdheid te verzekeren.²¹

De zaak *Tradition/WestVeg/Unistar/Brassica-Group* betreft een fusie tussen de tuinbouwcoöperaties Unistar en Brassica-Groep, waarna een fusie volgt tussen Tradition, WestVeg en Unistar/Brassica-Groep. De NMa oordeelt dat geen economische of juridische verbondenheid bestaat tussen de twee transacties, omdat ze niet van elkaar afhankelijk zijn gesteld en op verschillende tijdstippen plaatsvinden.²² Op het moment van de melding van de tweede fusie had de eerste fusie echter nog niet plaatsgevonden, zodat verbondenheid voor de hand lijkt te liggen. Ook de zaken *De Persgroep/PCM* en *PCM/ADN/WND* worden als twee afzonderlijke concentraties gezien, hoewel ze nauw verwant zijn.²³ Omdat echter niets aan het toezicht wordt onttrokken, lijkt de NMa mee te gaan met het standpunt van de meldende partijen.

In *Jumbo/Super de Boer* ging het om de doorverkoop door Jumbo van tachtig Super de Boer-winkels aan Schuitema (C1000) nadat Jumbo eerst de gehele Super de Boer-keten zou hebben overgenomen.²⁴ Omdat de doorverkoop niet geheel zeker was, onder meer omdat eerst goedkeuring moest worden verkregen van de Commissie, beoordeelt de NMa de volledige overname zonder rekening te houden met de doorverkoop. Dit is in overeenstemming met de Geconsolideerde mededeling over bevoegdheidskwesties die zegt dat indien geen zekerheid bestaat dat de tweede transactie binnen een korte termijn na de eerste transactie zal plaatsvinden, de twee stappen niet beschouwd kunnen worden als één enkele concentratie.²⁵

In een informele zienswijze beoordeelt de NMa de situatie dat een deel van activiteiten tijdelijk zijn 'geparkeerd'.²⁶ De betrokken ondernemingen hadden dit in 2007 voorafgaand aan de vergunningsaanvraag gedaan omdat een volledige fusie naar verwachting geen goedkeuring van de NMa zou krijgen. Twee jaar later wilden zij de geparkeerde activiteiten alsnog laten fuseren en betoogden dat dit als een afzonderlijke concentratie diende te worden gezien, die niet hoefde te worden gemeld omdat de meldingsdrempels niet werden overschreden. De NMa volgt dit standpunt niet en gaat er vanuit dat de twee transacties op grond van de feitelijke verbondenheid als één concentratie moeten worden gezien. De partijen streefden met beide transacties immers hetzelfde economische doel na, namelijk tot één

integrale fusie te komen. Bovendien waren de bedrijfsactiviteiten van het fusiebedrijf en het geparkeerde onderdeel in de tussengelegen periode sterk met elkaar verweven geweest.²⁷

Opmerkelijk is dat de NMa aan de constatering dat sprake is van één concentratie de conclusie lijkt te verbinden dat ook de tweede transactie gemeld zal moeten worden. De Commissie gaat er vanuit dat bij 'parkeerconstructies' sprake is van één concentratie die in één keer wordt beoordeeld.²⁸ Dit zou echter betekenen dat in het betreffende geval het geparkeerde onderdeel ten onrechte in 2007 buiten de beoordeling is gebleven.

Ontheffing artikel 40 Mw

De NMa heeft in 2009 zes ontheffingen voor de verplichte wachtperiode verleend op grond van artikel 40 Mw.²⁹ Zoals gezegd, is dit aanzienlijk meer dan in de daaraan voorafgaande jaren. De NMa kan een dergelijke ontheffing verlenen indien het in acht nemen van de wachtperiode onherstelbare schade zou toebrengen aan de concentratie.

In alle gevallen gaat het om ondernemingen waarbij een snelle overname faillissement of surseance kan voorkomen of ondernemingen die reeds in faillissement verkeren. De ontheffingsbesluiten bevatten de gebruikelijke overwegingen dat het inachtnemen van de wachtperiode onherstelbare schade zou toebrengen doordat afnemers, leveranciers en/of werknemers de relaties met de onderneming zullen verbreken. Het besluit in de zaak *Asito/Meavita Hulp Den Haag* is noemenswaardig omdat de NMa bij deze ontheffing tevens rekening houdt met het grote risico dat de continuïteit van de verlening van thuiszorg aan de cliënten van de over te nemen onderneming niet kon worden gewaarborgd indien op goedkeuring van de NMa moest worden gewacht. Gewoonlijk wordt alleen gekeken naar de gevolgen voor de over te nemen onderneming, niet naar de gevolgen voor derden. In *Mercuria/3B Biofuels* laat de NMa zien in staat te zijn ontheffing te verlenen binnen één dag na indiening van het ontheffingsverzoek. Dit was nodig omdat volgens het toepasselijke Duitse recht zonder de overname nog diezelfde dag faillissement moest worden aangevraagd

21. In het verleden heeft de NMa bijvoorbeeld twee overnames met ieder een andere verkoper als één concentratie aangemerkt (besluit van 29 november 2005, zaak 5265, *NPM/Hak*).

22. De NMa verwijst hierbij naar de Geconsolideerde mededeling over bevoegdheidskwesties, Pb. EG 2008, C-95/1, par. 43.

23. Besluit van 1 juli 2009, zaak 6666, *De Persgroep/PCM*, en besluit van 17 juli 2009, zaak 6689, *PCM/ADN/WND*. Deze zaken worden besproken onder 'Horizontale effecten'.

24. Besluit van 4 december 2009, zaak 6802, *Jumbo/Super de Boer*.

25. Geconsolideerde mededeling over bevoegdheidskwesties, Pb. EG 2008, C-95/1, par. 31.

26. Informele zienswijze van 19 juni 2009, zaak 6693. Zie ook Y. de Vries, 'NMa trapt niet in salamitactiek: opgeknipte fusie toch één concentratie', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2009-9/10, p. 188-190.

27. De NMa verwijst hierbij naar haar besluit van 7 juli 1999, zaak 1132, *FCDF/De Kievit*, par. 32.

28. Geconsolideerde mededeling over bevoegdheidskwesties, par. 35 en 49-50.

29. Besluit van 27 februari 2009, zaak 6632, *Asito/Meavita Hulp Den Haag*, besluit van 16 april 2009, zaak 6674, *Kia Europe/Kia Nederland BV*, besluit van 19 mei 2009, zaak 6679, *Stern Groep/LIAM*, en besluit van 18 november 2009, zaak 6828, *Mercuria/3B Biofuels*. Op het moment van afronding van deze kroniek was het besluit van 24 december 2009 in zaak 686, *Thuiszorg Service Nederland/Stichting Thuiszorg Nederland*, nog niet gepubliceerd, terwijl in het besluit van 16 oktober 2009, zaak 6796, *Van Lanschot/Foreign Media*, alle relevante delen als vertrouwelijk zijn aangemerkt, zodat deze niet inhoudelijk kan worden beoordeeld.

om hoofdelijke aansprakelijkheid en strafrechtelijke vervolging van de bestuurders te voorkomen.³⁰

Horizontale effecten

In 2009 heeft de NMa enkele horizontale concentraties beoordeeld die tot hoge marktaandelen zouden leiden. De focus van de NMa bij de analyse van de gevolgen hiervan is verschillend. In de hieronder besproken dagbladenfusies gaat het met name om de vraag of het fusiebedrijf winstgevend de prijs zou kunnen verhogen. In *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*, die wordt besproken onder 'Efficiëntieverbeteringen', wordt met name het efficiëntieverweer beoordeeld.

De zaak *De Persgroep/PCM* betreft het samengaan van De Persgroep (Het Parool) met PCM (De Volkskrant, NRC Handelsblad, nrc.next, Trouw en AD).³¹ In de regio Amsterdam zou deze combinatie leiden tot een gezamenlijk marktaandeel van 50-60 procent. De vraag was of dit zou kunnen leiden tot een prijsverhoging van Het Parool.³² Hiervoor wordt met name gekeken of de PCM-dagbladen als de meest nabije concurrenten van Het Parool worden gezien. Indien de lezers van Het Parool bij een prijsverhoging namelijk in voldoende mate overstappen naar PCM-dagbladen, dan kan een prijsverhoging winstgevend zijn. Uit diverse lezersonderzoeken bleek dat de Volkskrant en NRC Handelsblad als meest nabije concurrenten werden gezien. De Telegraaf, hoewel zeer sterk in de regio Amsterdam, werd door slechts een zeer klein percentage Parool-abonnees als een substituut voor Het Parool gezien. De NMa acht het daardoor aannemelijk dat de concentratie tot een prijsverhoging van Het Parool kan leiden. Om tegemoet te komen aan deze mededingingsbezwaren, hebben partijen als remedie aangeboden NRC Handelsblad en nrc.next te verkopen.

In de zaak *PCM/ADN/WND* was sprake van de wijziging van een situatie van gezamenlijke zeggenschap naar uitsluitende zeggenschap.³³ PCM hield voor de transactie 63 procent van de aandelen in AD Nieuwsmedia (ADN) en had gezamenlijke zeggenschap met Wegener. Na de transactie zou PCM 100 procent van de aandelen in ADN houden. Voor de beoordeling van de gevolgen van de concentratie wordt het marktaandeel van het AD vóór de concentratie daarom voor 63 procent toegerekend aan PCM en na de concentratie voor 100 pro-

cent.³⁴ De vraag was dus of de extra toerekening van 37 procent van het marktaandeel van het AD aan PCM tot een significante beperking van de mededinging zou leiden.³⁵ Het marktaandeel van PCM zou na de concentratie op verschillende regionale lezersmarkten meer dan 50 procent en op sommige zelfs meer dan 70 procent bedragen.

Op vergelijkbare wijze als in *De Persgroep/PCM*, wordt beoordeeld of PCM na de concentratie winstgevend de abonnementsprijs van het AD zou kunnen verhogen. Op basis van onderzoeksgegevens wordt geanalyseerd welk dagblad de meest nabije concurrent van het AD is. Dit pakt deze keer gunstiger uit omdat dit in de meeste regio's De Telegraaf is. De NMa constateert dat het AD zowel qua abonnementstarieven als qua lezersprofiel (opleiding en inkomen van de abonnees) meer vergelijkbaar is met De Telegraaf (en de regionale dagbladen) dan met de Volkskrant en Trouw, zodat AD-abonnees bij een overstap eerder voor De Telegraaf zullen kiezen. Tot slot bleken AD-lezers in sterkere mate open te staan voor gratis dagbladen, waardoor het AD een grotere concurrentiedruk ondervindt van deze gratis dagbladen. Een winstgevende verhoging van de abonnementsprijs van het AD als gevolg van de concentratie werd daardoor niet aannemelijk geacht.

Verticale effecten

De NMa is in enkele besluiten ingegaan op de mogelijke verticale effecten van de gemelde concentraties. De meest uitgebreide verticale analyse wordt gegeven in de zaak *AMC/VZA*.³⁶ Deze concentratie betrof de overname door het Academisch Medisch Centrum (AMC) in Amsterdam van de ambulancedienst VZA. De vraag daarbij was of deze concentratie tot gevolg zou kunnen hebben dat het AMC haar positie op de markt voor ziekenhuiszorg zou kunnen versterken door de toestroom van patiënten te beïnvloeden. Onder verwijzing naar de Europese richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies³⁷ onderzoekt de NMa of het fusiebedrijf de mogelijkheid en de prikkel zou hebben om meer patiënten naar het AMC te laten vervoeren ten nadele van concurrerende ziekenhuizen. De NMa komt uiteindelijk tot de conclusie dat deze mogelijkheid zeer beperkt is en de prikkel niet aannemelijk moet worden geacht.

30. Voor verdere bespreking van deze en eerdere ontheffingen, zie A. van der Linden en C.R.V. Lagendijk, 'Ontheffing van de standstill-verplichting: een atypisch figuur in het Europese en nationale concentratietoezicht', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2009-7, p. 141-146.

31. Besluit van 1 juli 2009, zaak 6666, *De Persgroep/PCM*.

32. Alleen de gevolgen van een mogelijke prijsverhoging van Het Parool worden onderzocht omdat deze krant voornamelijk wordt verkocht in de regio Amsterdam. Een prijsverhoging van de PCM-titels werd niet aannemelijk geacht omdat dit landelijke dagbladen zijn die buiten de regio Amsterdam onveranderde concurrentiedruk van andere dagbladen ondervinden.

33. Besluit van 17 juli 2009, zaak 6689, *PCM/ADN/WND*.

34. De toerekening van het marktaandeel van een *joint venture* (JV) aan de JV-moeder naar rato van het deelnemingspercentage is ongebruikelijk. De NMa en de Commissie rekenen gewoonlijk het volledige marktaandeel toe aan de JV-moeder, of er wordt gekozen voor toerekening naar rato van het aantal JV-moeders met zeggenschap.

35. De NMa houdt hierbij rekening met het feit dat in de eerder gemelde transactie *De Persgroep/PCM* als remedie was aangeboden NRC Handelsblad en nrc.next af te stoten, zodat deze dagbladen niet worden meegenomen in de beoordeling.

36. Besluit van 24 juli 2009, zaak 6704, *AMC/VZA*.

37. Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EG 2008, C-265/6.

Bij deze beoordeling gaat het alleen om het spoedvervoer, omdat bij spoedritten nog niet vooraf vastligt naar welk ziekenhuis een patiënt wordt gebracht. De mogelijkheid om te bepalen naar welk ziekenhuis een patiënt wordt gebracht bij een spoedrit wordt echter sterk beperkt door het regulerend kader waarbinnen het ambulancepersoneel zijn taak moet uitvoeren. Zo mag ambulancevervoer alleen worden geleverd na opdracht van de centrale meldkamer en dient het ambulancepersoneel zijn taken uit te voeren aan de hand van voorgescreven protocollen. Op grond van deze protocollen moet een patiënt in beginsel naar het dichtstbijzijnde ziekenhuis worden vervoerd dat de juiste soort zorg kan leveren en dat over vrije capaciteit beschikt. In de regio Amsterdam is dit nog verder ingevuld met een postcode-indeling die door het ambulancepersoneel dient te worden gebruikt om het dichtstbijzijnde ziekenhuis te bepalen. Binnen dit gereguleerde kader zal er echter in sommige gevallen ruimte zijn voor een keuze tussen twee of meer ziekenhuizen. Volgens de NMa is er dus een geringe mogelijkheid om de patiëntenstroom te beïnvloeden.

Om deze reden wordt vervolgens beoordeeld of het AMC een prikkel zou hebben om dit te doen. Door beïnvloeding van de patiëntenstroom zou het AMC extra inkomsten kunnen genereren. Het zou echter om een zeer gering aantal extra patiënten gaan. Het aantal patiënten dat met ambulance-spoedvervoer naar het ziekenhuis komt is minder dan 5 procent. Een deel van deze patiënten geeft zelf aan naar welk ziekenhuis zij willen en voor een deel is het letsel zo ernstig dat zij zonder meer naar het dichtstbijzijnde ziekenhuis moeten worden vervoerd. Bovendien heeft het AMC slechts beperkte capaciteit beschikbaar op de afdeling spoedeisende hulp om patiënten in behandeling te nemen.

De NMa wijst daarnaast nog op twee aanvullende risico's. Het AMC zou reputatieschade kunnen oplopen indien bekend zou worden dat zij ambulances de opdracht zou geven patiënten naar het AMC te vervoeren terwijl een concurrerend ziekenhuis daarvoor in aanmerking zou komen. Bovendien zou VZA haar vergunning kunnen verliezen indien dit bekend zou worden bij de minister.

Op grond van deze factoren acht de NMa het niet aannemelijk dat het AMC een prikkel zal hebben om de toevoer van patiënten met ambulance-spoedritten te beïnvloeden.

Het besluit in de zaak AMC/VZA is een mooi voorbeeld van hoe een nauwkeurige analyse van de mogelijkheden en prikkels tot afsluiting van de markt tot de conclusie leidt dat verticale effecten niet aannemelijk worden geacht, hoewel op het eerste gezicht het samengaan van een ziekenhuis en de ambulancedienst als onwenselijk gezien zou kunnen worden. Een punt dat echter nauwelijks aandacht krijgt in het besluit is de ratio van de transactie. Waarom wil het AMC VZA overnemen als daar geen voordelen mee zijn te behalen? Daardoor blijft mogelijk het gevoel hangen dat er meer achter zit dan de NMa heeft beoordeeld. Deze meer kritische visie op de concentratie had ook de NZa, die het ongewenst

achtte dat financiële belangen een rol zouden spelen bij het vervoer van patiënten naar een bepaald ziekenhuis. De NZa had daarom negatief geadviseerd over de transactie, maar op grond van de resultaten van de nadere verticale analyse neemt de NMa dit advies niet over.

Een belangrijke rol voor de wettelijke regulering van het handelen van partijen bij de beoordeling van de verticale effecten is ook aan de orde in de zaak *WML/Evides/Evilim*.³⁸ In deze zaak is sprake van een verticale relatie tussen de drinkwateractiviteiten van Waterleiding Maatschappij Limburg (WML) en een op te richten *joint venture* die actief zal zijn op de markt voor industriewater (Evilim). Drinkwater kan namelijk worden gebruikt als grondstof die na verdere bewerking resulteert in industriewater. Doordat WML in Limburg beschikt over een wettelijk monopolie op het gebied van levering van drinkwater, was de vraag of het op te richten industriewaterbedrijf eenvoudiger en tegen lagere kosten de beschikking zou hebben over drinkwater dan haar (potentiële) concurrenten. Een dergelijk risico van bronafscherming (*input foreclosure*) wordt echter niet waarschijnlijk geacht omdat WML de wettelijke plicht heeft om drinkwater te leveren tegen tarieven die redelijk, transparant en niet-discriminerend zijn.³⁹

In de zaak *Reggefiber/OGN/GNA* speelt de vraag of de oprichting van een *joint venture* die actief is op de markt voor ontbundelde toegang tot het glasvezelnet zou kunnen leiden tot *input foreclosure*.⁴⁰ Deze beoordeling is vergelijkbaar met de analyse van de verticale effecten in de zaak *KPN/Reggefiber* uit 2008.⁴¹ In beide zaken is KPN (indirect) een van de deelnemers in een glasvezelnet-*joint venture*, die diensten levert aan zowel KPN als aan concurrenten van KPN op de *downstream*-markt voor verschillende telecommunicatie-retaildiensten. De NMa komt daarbij tot de conclusie dat de partijen de mogelijkheid én prikkel hebben om concurrenten van KPN uit te sluiten van het glasvezelnetwerk. Om dit verticale mededingingsprobleem te voorkomen hebben partijen verschillende remedies aangeboden om de toegang tot het netwerk voor derden te waarborgen (zie verder onder 'Remedies').

Gecoördineerde effecten

Het enige besluit in 2009 waarin de NMa uitgebreider ingaat op mogelijke gecoördineerde effecten, is de zaak *Bruynzeel/Keller*.⁴² Dit betreft een concentratie van twee ondernemingen die actief zijn in de productie en

38. Besluit van 30 juni 2009, zaak 6366, *Waterleiding Maatschappij Limburg/Evides Industriewater/Evilim Industriewater*.

39. De NMa verwijst hierbij naar artikel 3p Waterleidingwet, de nieuwe Drinkwaterwet en naar de financiële transparantieverplichtingen van de artikelen 25a en 25b Mw die van overeenkomstige toepassing zijn op eigenaren van drinkwaterbedrijven.

40. Besluit van 21 oktober 2009, zaak 6651, *Reggefiber/OGA/GNA*.

41. Besluit van 19 december 2008, zaak 6397, *KPN/Reggefiber*. Voor een uitgebreidere bespreking van dit besluit, zie Kroniek concentratiecontrole 2008, *M&M* 2009, p. 14-23.

42. Besluit van 7 december 2009, zaak 6738, *Bruynzeel/Keller*.

verkoop van keukens. De NMa onderscheidt daarbij een mogelijke markt voor goedkope keukens ten behoeve van woningcorporaties. Op deze markt zijn drie grote spelers actief, waaronder Bruynzeel en Keller, waardoor de fusie zou neerkomen op een '3 naar 2'-concentratie. Bij de beoordeling van de mogelijke collectieve machtspositie die daarvan het gevolg zou kunnen zijn, loopt de NMa langs drie voorwaarden:⁴³

1. het is voor de betrokken partijen mogelijk om tot een (stilzwijgende) overeenkomst te komen en te monitoren of allen zich daaraan houden;
2. de betrokken partijen hebben een prikkel om zich aan de (stilzwijgende) overeenkomst te houden; en
3. externe factoren, zoals potentiële concurrentie en afnemersmacht, zijn onvoldoende disciplinerend.

Met betrekking tot de eerste voorwaarde overweegt de NMa dat het, gelet op het kleine aantal aanbieders van goedkope keukens en het feit dat het een relatief homogeen product betreft, wellicht mogelijk zou zijn tot een stilzwijgende afstemming te komen. De kortingen die de betrokken ondernemingen bieden, verminderen echter de transparantie, waardoor geen eenduidig beeld bestond over de mogelijkheid te monitoren of partijen zich aan een eventuele afstemming zouden houden.

Met betrekking tot de tweede voorwaarde van een prikkel om zich aan de overeenkomst te houden, had de NMa eveneens geen eenduidig beeld. De NMa noemt daarbij een aantal factoren. Het gevolg van de fusie was dat de twee overblijvende grote leveranciers qua omvang symmetrischer zouden worden, wat stabiliserend zou kunnen werken. Het feit dat er overcapaciteit bestond in de markt kon mogelijk eveneens stabiliserend werken, doordat de dreiging van afstraffing van afwijkend gedrag reëel is. Overcapaciteit kan volgens de NMa echter ook rivaliteit stimuleren. Daarnaast vindt verkoop deels plaats door middel van onderhandse gunningen. Leveranciers zouden daardoor een mogelijkheid kunnen hebben om ongemerkt af te wijken van een eventuele overeenkomst, maar op een markt met twee partijen zou dat mogelijk snel ontdekt worden, temeer omdat de vraag naar goedkope keukens redelijk voorspelbaar is.

Uiteindelijk geeft de derde voorwaarde van de disciplinerende werking van externe factoren de doorslag bij het oordeel dat een collectieve machtspositie niet aannemelijk is. De afnemers op de betreffende markt zijn woningcorporaties, die niet alleen grote orders plaatsen maar volgens de NMa ook prijsbewust zijn. In combinatie met het feit dat een deel van de opdrachten onderhands wordt gegund, gaat de NMa ervan uit dat deze sterke afnemers een destabiliserend effect op een eventuele marktcoördinatie kunnen hebben.

De beoordeling van de NMa van de mogelijkheid van een collectieve machtspositie klinkt niet overtuigend, met name niet op het punt van disciplinerende werking

43. De voorwaarden voor collectieve dominantie zijn in dit besluit naar onze mening niet het meest helder geformuleerd. Onduidelijk is waarom de NMa niet zoals gebruikelijk aansluit bij de vier voorwaarden zoals geformuleerd in de Europese richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies.

door de afnemers. Een jaar eerder heeft de NMa in de zaak *Bakkersland/Quality Bakers* een vergelijkbare redering gevolgd.⁴⁴ In die zaak was op de markt voor industriële bakkerijen ook sprake van een '3 naar 2'-fusie en werd een collectieve dominantie alleen niet aangenomen vanwege de afnemersmacht van de supermarkten, waar de industriële bakkerijen in belangrijke mate van afhankelijk zijn. Bij afnemersmacht en prijsbewuste inkoop kan men zich bij supermarkketens echter meer voorstellen dan bij woningcorporaties. Bovendien hadden de supermarkten voldoende mogelijkheden om via alternatieve routes hun leveranties veilig te stellen. De alternatieve leveranciers van keukens voor de woningcorporaties kunnen echter alleen toetreders zijn, terwijl de NMa juist had geconcludeerd dat toetreding door nieuwe spelers op de korte termijn niet aannemelijk was. Daarnaast wordt niet duidelijk gemaakt waarom het feit dat een deel van de opdrachten onderhands wordt gegund als gunstig wordt gezien. De NMa legt niet uit waarom dat tot een scherpere prijsconcurrentie zou leiden dan een aanbesteding.

Efficiëntieverbeteringen

In de zaak *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen* heeft de NMa voor het eerst uitdrukkelijk een concentratie goedgekeurd op grond van te verwachten efficiëntieverbeteringen.⁴⁵ Dit efficiëntieverweer van de partijen was nodig omdat de fusie van de ziekenhuizen op de betrokken markten in Midden-Zeeland zou leiden tot een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 80 procent. Deze bijna-monopoliepositie kon volgens de NMa niet worden gerelativeerd door andere factoren. Toetreding op korte termijn was niet aannemelijk door aanzienlijke toetredingsdrempels. Daarnaast werd ook de compenserende afnemersmacht van de zorgverzekeraars onvoldoende geacht om de fusiepartijen te kunnen disciplineren.⁴⁶ Onder meer door een wettelijke zorgplicht, kunnen zorgverzekeraars zich niet zonder meer onafhankelijk gedragen ten opzichte van ziekenhuizen. Voor goedkeuring moest de oplossing dus komen van de efficiëntieverbeteringen.

Het beoordelingskader dat de NMa daarbij toepast zijn de Europese richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies.⁴⁷ Om een succesvol efficiëntieverweer te voeren, moet volgens de richtsnoeren aan drie cumula-

44. Besluit van 22 september 2008, zaak 6450, *Bakkersland/Quality Bakers*.

45. Besluit van 25 maart 2009, zaak 6424, *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*. In de zaak *European Directories/Truvo Nederland* (besluit van 28 augustus 2008, zaak 6246) heeft de NMa *de facto* ook een fusie goedgekeurd op basis van efficiëntieverbeteringen, maar in dat besluit vermijdt de NMa dit begrip en past zij niet de Europese richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies toe.

46. Opmerkelijk is dat de twee grootste zorgverzekeraars in Midden-Zeeland van mening waren dat zij wel in staat waren het fusieziekenhuis in de onderhandelingen voldoende te disciplineren.

47. Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EG 2004, C-31/3, par. 76 e.v.

tieve voorwaarden worden voldaan. De efficiëntieverbeteringen moeten (1) in voldoende mate ten goede komen aan de afnemers, (2) specifiek uit de concentratie voortvloeien (*merger specificity*) en (3) verifieerbaar zijn.

De NMa analyseert één voor één of aan deze voorwaarden wordt voldaan. Ten aanzien van de eerste voorwaarde, dat de efficiëntieverbeteringen ten goede moeten komen aan de afnemers, identificeert de NMa drie essentiële elementen voor de beoordeling van het zorgaanbod: kwaliteit, bereikbaarheid en prijs. Er is volgens de NMa slechts sprake van efficiëntieverbeteringen indien aannemelijk is dat de afnemers de verandering van het aanbod in alle facetten gezamenlijk positief waarderen. Het moet dus gaan om netto efficiëntieverbeteringen. De argumenten van partijen hadden echter uitsluitend betrekking op de kwaliteit van de zorg, waarbij geen afweging was gemaakt met de aspecten prijs en bereikbaarheid.

Voor de noodzakelijke inschatting van de netto efficiëntieverbeteringen beoordeelt de NMa daarom de adviezen van de Inspectie van de Gezondheidszorg (IGZ), de minister van VWS en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) waarin op de verschillende aspecten wordt ingegaan. De IGZ had daarbij aangegeven dat indien partijen niet zouden fuseren, de kwaliteit van de basiszorg binnen afzienbare tijd beneden het minimumniveau dreigde te komen. De NZa wijst er echter op zij als gevolg van de fusie negatieve effecten verwachtte voor bereikbaarheid en prijs. Op basis hiervan komt de NMa tot de conclusie dat met name door het mogelijke prijseffect onvoldoende aannemelijk was dat netto efficiëntieverbeteringen ten goede zouden komen aan de afnemers. Uiteindelijk hebben de partijen remedies aangeboden, waaronder een prijsplafond, om dit verzekeren (zie verder hierna).

Ten aanzien van de tweede voorwaarde, de *merger specificity* van de efficiëntieverbeteringen, heeft de NMa onderzocht of de efficiëntieverbeteringen via minder mededingingsbeperkende manieren dan de voorgenomen fusie konden worden gerealiseerd. Hierbij moet worden gedacht aan een vorm van samenwerking. De NMa heeft daartoe zelf onderzocht hoe vergelijkbare ziekenhuizen in Nederland omgaan met de door partijen gesignaleerde knelpunten. Het externe adviesbureau Twynstra Gudde heeft daarnaast onderzoek verricht naar mogelijke alternatieve maatregelen om de problemen op te lossen. Ook is advies ingewonnen bij de IGZ. De conclusie uit deze onderzoeken is dat er mogelijk wel alternatieven voor de fusie bestaan, maar dat deze hetzelfde mededingingsbeperkende effect zouden hebben als een fusie, omdat sprake moet zijn van vergaande samenwerking om de kwaliteit van de zorg te waarborgen. De NMa concludeert daarom – in lijn met het advies van de IGZ – dat de noodzaak van een fusie voldoende aannemelijk is.

Voor wat betreft de verifieerbaarheid van de efficiëntieverbeteringen oordeelt de NMa dat de door partijen overgelegde stukken onvoldoende nauwkeurig en onvoldoende overtuigend waren voor een beoordeling van de geclaimde kwaliteitsverbeteringen. Er waren geen rap-

porten van objectieve en onafhankelijke deskundigen overgelegd om dit te onderbouwen. De partijen hadden daardoor niet aangetoond dat de kwaliteitsverbeteringen voldoende concreet waren, dat wil zeggen binnen afzienbare tijd zouden worden gerealiseerd. Echter, net als bij de andere voorwaarden hecht de NMa groot belang aan het advies van de IGZ. Omdat de IGZ als objectief deskundige de kwaliteitsverbeteringen onderschrijft, acht de NMa deze voldoende objectief aangetoond en substantieel. Om aan het vereiste van verifieerbaarheid te voldoen zijn wel weer remedies nodig om de kwaliteitsverbeteringen te waarborgen.

De NMa accepteert derhalve het efficiëntieverweer en verleent – onder voorwaarden – goedkeuring voor de concentratie. Naast het feit dat de NMa in deze zaak voor het eerst uitdrukkelijk een efficiëntieverweer aanvaardt, bevat het besluit een aantal opmerkelijke punten. Ten eerste geeft de NMa in het besluit duidelijk prioriteit aan de kwaliteit van de zorg boven andere overwegingen, zoals prijs en bereikbaarheid. De NMa geeft daarmee blijkt niet alleen oog te hebben voor concurrentie, maar ook voor publieke belangen. In lijn met deze keuze voor kwaliteit, kent de NMa veel gewicht toe aan het advies van de IGZ. Anderzijds speelt het advies van de NZa een beperkte rol. Op belangrijke punten, zoals de remedies, wijkt de NMa af van het advies van de NZa.⁴⁸

Daarnaast kan worden opgemerkt dat het efficiëntieverweer dat de NMa accepteert, eigenlijk geen zuiver efficiëntieverweer is maar verweven is met een reddingsfusie (*failing firm defence*). Het ging immers meer om het voorkomen van kwaliteitverslechtering, dan om het realiseren van kwaliteitsverbeteringen. De fusie was nodig om te voorkomen dat het kleine aantal specialisten per vakgroep tot gevolg had dat niet meer werd voldaan aan de normen van schaalgrootte en dat subspecialisatie onmogelijk werd waardoor de praktijk voor specialisten onaantrekkelijk werd. Dit zou een ‘cascade-effect’ tot gevolg kunnen hebben: doordat bepaalde specialismen en functies niet los van elkaar kunnen bestaan, heeft het verdwijnen van de één gevolgen voor de ander. De IGZ stelde daarbij expliciet dat zij niet kon uitsluiten dat zij in de nabije toekomst had moeten adviseren de vergunning van een van beide ziekenhuizen in te trekken. Dit komt feitelijk overeen met een *failing firm*. De NMa gaat echter in het geheel niet in op de beoordelingscriteria die in de rechtspraak en de Richtsnoeren horizontale fusies zijn geformuleerd voor reddingsfusies.⁴⁹

Tot slot is opvallend in welke mate de NMa bereid is de partijen te helpen met het verkrijgen van goedkeuring. Op grond van de informatie die door de meldende partijen was verstrekt werd aan geen enkele voorwaarde voor een efficiëntieverweer voldaan. Met zware inhoudelijke ondersteuning door de IGZ, eigen onderzoek door de NMa, onderzoek door Twynstra Gudde in

48. Voor een uitgebreidere analyse van de rolverdeling tussen de NMa, de NZa en de IGZ wordt verwezen naar P.D. van den Berg, ‘Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen’, *M&M* 2009, p. 153-159.

49. Voor verdere bespreking van dit punt wordt verwezen naar P.D. van den Berg, *supra*.

opdracht van de NMa en de bereidheid een pakket aan gedragsremedies te accepteren (zie hierna), worden de partijen echter over de streep getild. Het publieke belang zal in dit geval zwaarder hebben gewogen dan de op de partijen rustende bewijslast.

Remedies

In vijf zaken zijn remedies aan de orde geweest. In de hiervoor reeds uitvoerig besproken *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*-zaak waren remedies noodzakelijk om te verzekeren dat de efficiëntieverbeteringen daadwerkelijk zouden worden gerealiseerd. De aangeboden verbintenissen hielden in dat de gefuseerde ziekenhuizen verplicht waren bepaalde kwaliteitsverbeteringen te realiseren, dat zij gehouden waren aan een prijsplafond en dat toetreding tot de markt voor medisch-specialistische zorg zou worden vereenvoudigd. Dit zou de kwaliteitsverbeteringen moeten waarborgen zonder dat de afnemers op het gebied van prijs en bereikbaarheid zouden worden benadeeld.

Gewoonlijk is de NMa terughoudend met het accepteren van dergelijke complexe gedragsremedies. Om verschillende redenen gaat de NMa hier deze keer wel mee akkoord. Ten eerste liggen bij fusies die worden goedgekeurd op basis van een efficiëntieverweer structurele remedies minder voor de hand. Het afstoten van een deel van de ondernemingen zal immers vaak ten koste gaan van de beoogde efficiëntieverbeteringen. Ten tweede kon de NMa het toezicht op de naleving van de remedies overlaten aan de NZa, die hier met haar sector specifieke kennis beter voor is uitgerust. Bovendien zal hebben meegespeeld dat de drang deze fusie goed te keuren erg groot was.

Daarnaast heeft de NMa voor de eerste keer eerder opgelegde remedies gewijzigd.⁵⁰ Dit betrof remedies die in 2008 waren verbonden aan de goedkeuring in de zaak *KPN/Reggefiber*. Op grond van deze remedies dienden derde-partijen toegang te krijgen tot het glasvezelnetwerk van de opgerichte *joint venture*. De NMa realiseerde zich later – waarschijnlijk na melding van de concentratie *Reggefiber/OGA/GNA* – dat de opgelegde remedies ten onrechte geen betrekking hadden op een situatie waarin de *Reggefiber-joint venture* zelf weer deelneemt in een *joint venture* met een of meer derden. De remedievoorwaarden zijn om deze reden zodanig aangepast dat ze ook deze situatie omvatten. Omdat de betrokken partijen hiermee akkoord gingen, kan uit het besluit niet worden afgeleid onder welke voorwaarden de NMa remedies zou kunnen wijzigen wanneer de partijen daar bezwaren tegen hebben. Het is immers de vraag of een wijziging van de remedies die de positie van de betrokken ondernemingen verslechtert mogelijk is wanneer deze ondernemingen daar niet mee instemmen.⁵¹ Drie

maanden later heeft de NMa in *Reggefiber/OGA/GNA* de gewijzigde remedies toegepast op een onderneming waarin *Reggefiber* gezamenlijke zeggenschap verkreeg.⁵² In twee zaken werd een remedie aangeboden om een regionaal mededingingsprobleem op te lossen. In *De Persgroep/PCM* werd een dagblad afgestoten om een machtspositie op een regionale dagbladenmarkt te voorkomen.⁵³ In *Jumbo/Super de Boer* moest een supermarkt worden verkocht.⁵⁴ Bij deze laatste zaak is opmerkelijk dat als *monitoring trustee* de beoogde koper van de af te stoten winkel werd benoemd. Een *monitoring trustee* heeft gewoonlijk tot taak het betreffende bedrijfs onderdeel als een onafhankelijke, concurrerende entiteit in stand te houden tot dat de overdracht aan de koper kan plaatsvinden. Het is niet eerder voorgekomen dat daarvoor de koper zelf wordt aangewezen.

50. Besluit van 28 juli 2009, zaak 6397, *KPN/Reggefiber*.

51. Zie verder: K. Schillemans, 'Nadere voorwaarden goedkeuringsbesluit NMa inzake *KPN/Reggefiber*', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2009-9/10, p. 191-192.

52. Besluit van 21 oktober 2009, zaak 6651, *Reggefiber/OGA/GNA*.

53. Besluit van 1 juli 2009, zaak 6666, *De Persgroep/PCM*.

54. Besluit 4 december 2009, zaak 6802, *Jumbo/Super de Boer*.