

---

## HOLLAND/FLORA, ZAAKNUMMER 2473

Besluit van de d-g NMa d.d. 12 juli 2001.

Collectieve machtspositie.

(m.nt. mr P.P.J. van Ginneken)

---

### Besluit

Op 12 juli 2001 heeft de d-g NMa de fusie tussen de Coöperatieve Bloemenveiling Holland en de Coöperatieve Bloemenveilingvereniging Flora goedgekeurd. Door de fusie ontstaat de nieuwe coöperatieve bloemenveiling 'FloraHolland'. FloraHolland wordt de grootste bloemenveiling van Nederland. Deze positie werd voorheen ingenomen door de Verenigde Bloemenveilingen Aalsmeer (de 'VBA').

Holland en Flora zijn twee (zowel vanuit nationaal als internationaal oogpunt) grote bloemenveilingen voor sierteeltproducten. De bloemenveilingen vormen een marktplaats waar kwekers de mogelijkheid krijgen hun sierteeltproducten ter veiling en bemiddeling aan te bieden en waar handelaren verschillende soorten sierteeltproducten kunnen afnemen.

De markt waarop Holland en Flora zich bevinden wordt door de NMa afgebakend als de markt 'voor veiling- en bemiddelingsdiensten voor sierteeltproducten, waartoe ook andere afzetkanalen behoren waarlangs sierteeltproducten in het verkeer worden gebracht'. De meest nauwe geografische afbakening die volgens de NMa denkbaar is, is Nederland. Op deze markt hebben Holland en Flora een gezamenlijk marktaandeel van circa 40 procent. VBA heeft een marktaandeel van circa 35 procent. De NMa constateert dat door de fusie geen individuele machtspositie zal ontstaan of zal worden versterkt. Een belangrijke factor die de NMa in deze analyse betreft, is de concurrentiedruk van VBA en overige afzetkanalen op FloraHolland. Ook de coöperatiestructuur van FloraHolland, de mogelijkheid van ontheffing van de veilplicht voor de leden en recente ontwikkelingen op de markt wijzen op het ontbreken van een individuele machtspositie.

De NMa vindt het evenmin aannemelijk dat VBA en FloraHolland een collectieve machtspositie krijgen. De NMa benadrukt hierbij dat er geen symmetrie is in de kostenstructuur, de markt geen hoge toetredingsdrempels kent, de markt niet stagnerend of verzadigd is en er geen meervoudige onderlinge relaties bestaan tussen FloraHolland en VBA.

## Marktafbakening

Het besluit is tamelijk omvangrijk en hieronder zullen daarom alleen de meest opvallende punten uit het besluit worden besproken. Deze betreffen met name de analyse inzake de collectieve machtspositie. Eerst zal ik echter kort ingaan op de afbakening van de relevante markt.

Bij de afbakening van de relevante dienstenmarkt heeft de NMa volgens zichzelf twee opties van partijen gekregen: of men beoordeelt de markt voor veiling- en bemiddelingsdiensten voor sierteelproducten, ofwel de ruimere markt voor het in het verkeer brengen van sierteelproducten. Uiteindelijk komt de NMa nog met een andere omschrijving van de markt, namelijk de markt voor 'veiling- en bemiddelingsdiensten voor sierteelproducten, waartoe ook andere afzetkanalen behoren waarlangs sierteelproducten in het verkeer worden gebracht'.

Met deze afbakening van de relevante dienstenmarkt heeft de NMa oog gehad voor de concurrentiedruk op de bloemenveilingen door handel buiten de veiling om, waarop de door partijen overgelegde gegevens wijzen. In 1999 is ruim 68 procent van de totale Europese productie van sierteelproducten niet via veiling verhandeld en er staat weinig in de weg aan kwekers die hun producten rechtstreeks verkopen aan handelaren. Het is dan ook aannemelijk dat er substantiële concurrentiedruk bestaat voor de bloemenveilingen vanuit dit alternatieve kanaal. Deze concurrentiedruk lijkt zelfs voldoende om de meest krachtige bloemenveiling van tariefsverhogingen te weerhouden. Aldus bezien hoeft een sterke positie van FloraHolland op het gebied van bloemenveilingen dus geen probleem te zijn.

Bij de afbakening van de relevante geografische markt zijn er volgens de NMa ook twee opties: of men beoordeelt de markt nationaal, ofwel men kijkt naar een ruimere markt (Europees of wereldwijd). Partijen hebben aangegeven dat 70 tot 80 procent van de afzet van de veilingen van Holland en Flora is bestemd voor de export, waarvan het grootste deel bestemd is voor Europese landen. Dit is een sterke aanwijzing voor een geografische marktomvang die minstens Europees is. Aldus bezien zou er door de huidige fusie van Flora en Holland geen mededingingsprobleem kunnen ontstaan.

De NMa stelt desalniettemin dat de meest nauwe geografische afbakening van de markt Nederland is. De NMa motiveert dit door te stellen dat de partijen in Nederland zijn gevestigd en het ledenbestand van partijen in hoofdzaak wordt gevormd door Nederlandse kwekers. In het onderhavige geval kan volgens de NMa de marktafbakening in het midden blijven, omdat deze de (positieve) beoordeling van de fusie niet beïnvloedt. Deze beoordeling vergt echter wel nog een groot aantal pagina's in het besluit, waarin met name wordt ingegaan op de risico's van een collectieve machtspositie van VBA en FloraHolland.

## Collectieve machtspositie

Een collectieve machtspositie bestaat in een situatie waarin een klein aantal ondernemingen in de markt zich bewust is

van de schadelijke effecten van actieve concurrentie op elkaars belangen, en deze ondernemingen stilzwijgend bestaande prijzen en marktaandelen accepteren (zogenoemd collusie).<sup>1</sup>

Om deze situatie te laten ontstaan, moet duidelijk zijn dat tegen elke poging om prijzen te verlagen snel actie zal worden ondernomen door concurrenten, die zullen reageren met eigen prijsverlagingen. Als elke poging tot prijsconcurrentie snel kan worden ontdekt en vergeldingsacties snel kunnen worden doorgevoerd, dan is het enige effect van een prijsverlaging een lagere marge voor alle ondernemingen. Marktaandelen zullen dan ongeveer gelijk blijven. Als dit scenario bekend is bij alle ondernemingen, dan is het logisch om af te zien van het verlagen van prijzen of andere manieren om te concurreren.

Er worden door de NMa enige factoren genoemd die relevant zijn bij de analyse of een fusie of overname leidt tot een dergelijke collectieve machtspositie. De NMa noemt in het besluit zeven factoren op: (i) hoge concentratiegraad, (ii) transparante markt, (iii) homogeen product, (iv) symmetrie tussen de grote spelers wat betreft marktaandeel en kostenstructuur, (v) hoge toetredingsdrempels, (vi) verzadigde markt en (vii) meervoudige onderlinge relaties tussen de belangrijke spelers. Deze factoren komen grosso modo overeen met de Europese beschikkingspraktijk en jurisprudentie, waarin overigens niet steeds dezelfde factoren worden genoemd.<sup>2</sup>

De analyse of in een concreet geval een fusie of overname resulteert in het ontstaan van een collectieve machtspositie, vereist een beargumenteerde weging van relevante factoren.<sup>3</sup> Een lijst van in beginsel relevant te achten factoren kan daarbij in de praktijk slechts een betrekkelijke betekenis hebben. Daar is de NMa zich ook van bewust. De NMa stelt dat niet eenvoudigweg de zeven factoren dienen te worden nagelopen, maar dat het bij elke factor gaat om een beoordeling van de aannemelijkheid van collusie.

## Factoren die collectieve machtspositie aannemelijk maken

Drie van de zeven genoemde factoren geven volgens de NMa een aanwijzing dat als gevolg van de concentratie er een collectieve machtspositie zou ontstaan.

*Hoge concentratiegraad* – Hoge concentratie is één van de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan, wil de markt voldoende doorzichtig zijn voor stilzwijgende afspraken. In geconcentreerde markten is het gemakkelijker om het schenden van de afspraak te ontdekken en als gevolg daarvan is de prikkel om de afspraak te schenden kleiner. In het besluit wordt geconcludeerd dat de marktaandelen van VBA enerzijds en Flora en Holland anderzijds zodanig

1 Vergelijk J. Faull & A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, p. 248.

2 Vergelijk bijvoorbeeld de factoren in *Kali und Salz*, HvJ EG, gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, 31 maart 1998, met die in *Gencor*, GvEA EG, zaak T-102/96, arrest van 25 maart 1999.

3 Vergelijk C. Cook & C. Kerse, *E.C. Merger Control*, p. 171.

hoog zijn dat dit in de hier onderzochte markt het geval is. *Transparantie* – Het is noodzakelijk voor het behoorlijk functioneren van een prijsafpraak dat de spelers de mogelijkheid hebben om het gedrag van hun concurrenten te observeren, met betrekking tot prijzen, hoeveelheden of, idealiter, beide. In het besluit wordt aangegeven dat de markt voor veiling- en bemiddelingsdiensten juist kan floreren bij optimale transparantie (dit geldt mijns inziens overigens niet noodzakelijkerwijs voor de tarieven van de veilingen zelf). Geconcludeerd wordt dat de markt voor veiling- en bemiddelingsdiensten voor sierteeltproducten een transparante markt is.

*Homogene producten* – Het onderling afstemmen van commercieel gedrag wordt aanzienlijk vereenvoudigd indien het product dat op de relevante markt wordt verkocht homogeen is. In het geval van gedifferentieerde producten is immers met name het (stilzwijgend) afstemmen van prijsbeleid moeilijker, omdat verschillen in kwaliteit zich veelal zullen vertalen in prijsverschillen. De mogelijkheid van (prijs)vergelijking en hierop volgende afstemming van het gedrag is derhalve geringer in het geval van gedifferentieerde producten. In het besluit wordt geconcludeerd dat veiling- en bemiddelingsdiensten voor sierteeltproducten naar hun aard homogeen zijn. VBA enerzijds en Flora en Holland anderzijds vormen een marktplaats waarop aanvoerders hun sierteeltproducten ter verkoop aanbieden en afnemers sierteeltproducten kunnen krijgen.

### Factoren die collectieve machtspositie onaannemelijk maken

Volgens de NMa is het echter op basis van de volgende factoren onaannemelijk dat als gevolg van de concentratie er een collectieve machtspositie ontstaat.

*Geen symmetrie wat betreft marktaandeel en kostenstructuur* – Als eerste factor, die pleit tegen een collectieve machtspositie, wordt door de NMa de asymmetrie in marktaandelen en kostenstructuur genoemd. Deze asymmetrie is echter maar ten dele van belang in de analyse van collectieve machtsposities. De achterliggende gedachte bij collectieve machtsposities is, dat de ondernemingen eerder besluiten om elkaar niet te beconcurreren wanneer zij min of meer dezelfde optimale marktprijs voor ogen hebben. Hiervoor is in beginsel niet nodig dat zij over gelijke *marktaandelen* beschikken.

Wel zijn eventuele verschillen in kosten van belang, maar daarbij gaat het om een complex van omstandigheden als de verhouding vaste/variabele kosten, capaciteitsbenutting, vraagelasticiteit en stabiliteit van de vraag. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat ondernemingen met een verschillende kostenstructuur bij een bepaalde vraag op hetzelfde gewenste prijsniveau uitkomen, maar zeer verschillende gevolgen zouden ondervinden van een vraagverandering. Het symmetrie-argument is dus bij kosten niet eenvoudig.<sup>4</sup> In het besluit wordt geconstateerd dat er geen symmetrie is in kostenstructuur. Deze asymmetrie wordt in het besluit echter verder niet verduidelijkt. De verwijzing in dit ver-

band naar een 'baten/omzet ratio' is onbegrijpelijk (baten en omzet zijn synoniem). Verder wordt aangegeven dat het verschil in de 'kosten/omzet ratio' tussen VBA en de combinatie FloraHolland kleiner aan het worden is, hetgeen juist wél een aanwijzing is voor een (toekomstige) symmetrische kostenstructuur. Kortom, op dit punt schiet de motivering van het besluit tekort.

In ieder geval is volledige symmetrie niet noodzakelijk voor een collectieve machtspositie. In het besluit wordt het ontbreken van volledige symmetrie juist wel als relevante factor geanalyseerd. Er wordt naast symmetrie in marktaandelen en kostenstructuur gekeken naar nog twee andere elementen van symmetrie. Er wordt namelijk ook nog gekeken naar de symmetrie in bedrijfsstrategie en naar de symmetrie in de tariefstructuren. Over dit laatste wordt, aan de hand van een tabel met tarieven, aangegeven dat deze niet geheel symmetrisch zijn. Deze tabel wordt verder niet van een uitleg voorzien.

*Markt niet stagnerend of verzadigd* – Een stabiele markt is noodzakelijk voor het naar behoren functioneren van stilzwijgende prijsafstemming. Als de marktomstandigheden voortdurend veranderen, wordt het onmogelijk voor ondernemingen om hun prijzen nog te coördineren. Als de markt daarentegen statisch is, zal dit het besef van de ondernemingen doen toenemen dat de winst van een onderneming het verlies van een ander is. Dit verhoogt het risico dat collusie zal optreden.

De markt voor veiling- en bemiddelingsdiensten voor sierteeltproducten kan niet als een stagnerende markt worden aangemerkt, aldus het besluit. De samenstelling van het aanbod van sierteeltproducten vertoont continu sterke verschuivingen. Het gaat hier met name om internationale verschuivingen. Hieruit volgt dat de geografische markt dus blijkbaar groter is dan Nederland. Dit argument tegen het ontstaan van een collectieve machtspositie volgt reeds uit de hantering van een juiste, ruimere marktafbakening dan die van de NMa (zie hiervoor).

*Geen hoge toetredingsdrempels* – Voordat een markt zo stabiel is dat er stilzwijgende afspraken kunnen ontstaan, moet aan de voorwaarde worden voldaan dat er substantiële toetredingsbelemmeringen zijn, zodat toetreding die wordt uitgelokt door de hoge afgesproken prijs wordt voorkomen. Toetreding zou namelijk weer leiden tot lagere prijzen.

Deze hoge toetredingsdrempels, die een collectieve machtspositie faciliteren, ontbreken volgens het besluit in het geval van Holland en Flora. In het besluit wordt aangegeven dat er weinig aan in de weg staat dat kwekers hun producten rechtstreeks verkopen aan exporteurs, groothandelaren of detailhandelaren. In deze redenering is de relevante dienstenmarkt dus groter dan de markt voor alleen vei-

4 Vergelijk F. Scherer & D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, p. 283, en E. Kloosterhuis, *Gezamenlijke marktmacht 'unbound'*, *M&M* 2000, p. 100.

ling- en bemiddelingsdiensten, omdat de markt ook het alternatieve directe afzetkanaal omvat. Ook dit argument tegen het ontstaan van een collectieve machtspositie volgt reeds uit een juiste, ruime marktafbakening.

*Geen meervoudige relaties* – In de recente jurisprudentie over collectieve machtsposities is het ontbreken van het belang van ‘structurele banden’ het belangrijkste nieuwe gezichtspunt geweest. Uit de meest recente jurisprudentie volgt dat deze banden voor het bestaan van een collectieve machtspositie niet noodzakelijk zijn.<sup>5</sup>

De essentie van het verschijnsel van collectieve machtsposities is nu juist dat er bij afwezigheid van kartelafspraken een onvoldoende mate van concurrentie te verwachten is. Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft dit ook bevestigd in Gencor, waar het als doel van het concentratietoezicht mede beschouwt het voorkomen van marktstructuren waarin de prijzen kunnen worden verhoogd zonder dat daarvoor een overeenkomst noodzakelijk is.<sup>6</sup>

Kortom, de factor van meervoudige relaties kan geen doorslaggevende factor zijn, omdat de relaties niet noodzakelijk zijn voor een collectieve machtspositie. Het bestaan van relaties tussen de grote spelers op een sterk geconcentreerde markt kan echter het afstemmen van gedrag wel faciliteren. In dit licht moet de relatie-toets van de NMa dan ook wellicht worden gezien. Partijen hebben volgens de NMa geen meervoudige relaties, anders dan participaties in IT-structuur waarvan het niet aannemelijk is dat deze zullen leiden tot collusie.

## Conclusie

Het is te prijzen dat de NMa in het besluit niet eenvoudigweg een lijst van factoren is afgelopen bij het analyseren van de aannemelijkheid van een collectieve machtspositie, maar elke factor heeft gewogen. Bij een analyse van deze factoren zijn nog wel de paar vraagtekens te plaatsen die ik hiervoor al heb aangegeven.

Ten aanzien van de symmetriefactor en de meervoudige bandenfactor geldt het volgende. Dat er geen volledige symmetrie is en dat er geen meervoudige banden zijn, is niet doorslaggevend in de analyse of er door een fusie of overname een collectieve machtspositie ontstaat.

De twee wel relevante factoren die pleiten tegen het ontstaan van een collectieve machtspositie, volgen reeds uit een juiste, ruime marktafbakening. De eerste factor is dat, door internationale verschuivingen in het aanbod van sier-teeltproducten, de markt niet kan worden aangemerkt als stagnerend of verzadigd. Deze internationale verschuivingen geven aan dat de geografische relevante markt blijkbaar groter is dan Nederland. De tweede factor is dat, omdat kwekers hun producten ook rechtstreeks kunnen verkopen, er geen hoge toetredingsdrempels zijn tot de markt. Dit alternatieve afzetkanaal is blijkbaar een volwaardig substituuut op de relevante markt, waardoor sowieso geen mededingingsproblemen te verwachten zijn.

<sup>5</sup> Vergelijk meest recentelijk Cewal, HvJ EG, gevoegde zaken C-395/96 en C-396/96, arrest van 16 maart 2000, r.o. 45.

<sup>6</sup> Gencor, a.w., r.o. 277.