



2002: het vijfde jaar Nederlandse concentratiecontrole

mr L.E.J. Korsten en mr P.J. Kreijger

De NMa bestaat inmiddels ruim vijf jaar. Volgens A.W. Kist is de NMa 'in Nederland een gezaghebbende instelling [...] geworden.'¹ Hieronder gaan wij in op de ontwikkelingen in het vijfde jaar van nationale concentratiecontrole door de d-g NMa en de rechter, concentratiecontrole die ondanks de economische ontwikkelingen ook in 2002 geen rustig bezit is geweest.

Statistiek

NMa

In 2002 heeft de d-g NMa 77 concentratiemeldingen ontvangen en 66 besluiten ex artikel 37 Mw genomen. Slechts in één geval concludeerde de NMa dat voor het tot stand brengen van de concentratie een vergunning vereist was,² maar die vergunning werd niet aangevraagd omdat partijen van de overname afzagen (zaak 3052/Liberty Media – Casema).³ De NMa heeft één artikel 40, lid 1 besluit genomen; daarin werd ontheffing verleend van het verbod van artikel 34 Mw (zaak 3028/ Euretco N.V.- Houdstermaatschappij Poelman Beheer Leek B.V.). Aangezien er begin 2002 bij de NMa geen tweede fase besluiten uit 2001 meer in behandeling waren, heeft de d-g NMa in 2002 geen enkel besluit ex artikel 44 Mw genomen. Wie de concentratiebesluiten van de NMa leest, kan de indruk krijgen dat de NMa ertoe neigt meldingen zo veel mogelijk reeds in de eerste fase af te doen. De zaak 3074/Koninklijke BAM NBM N.V. – Hollandsche Beton Groep N.V. is hiervan een goed voorbeeld: een besluit van 49

pagina's met onder meer een uitvoerige marktbeschrijving en toetsing van door partijen voorgestelde remedies. Vergelijking van de cijfers over 2002 met de voorgaande jaren⁴ levert het volgende beeld op:

- 1 Anne Willem Kist over vijf jaar NMa, NMagazine nr 1, december 2002, p. 8.
- 2 Sommigen zien hierin wellicht aanleiding hun pleidooi voor invoering van een marktaandeeltoets in plaats van een omzettoets te herhalen. Kritisch over het marktaandeel als toetssteen is R. van den Bergh, 'Dante, Calimero en de rechter-econoom', SEW 2003: 'Het toenemend belang van marktaandelen in het Europese mededingingsrecht staat in schril contrast met recente ontwikkelingen in de economie. De idee dat een benadering op basis van marktaandelen tegelijk economisch is en ook rechtszekerheid biedt is zowel onjuist als naïef. Marktaandelen zijn niet meer dan een 'proxy'; ze laten geen rechtstreekse evaluatie van marktmacht toe en bieden daarom geen betrouwbaar economisch houvast.' (p. 11/12) en: 'Marktafbakening is geen doel op zich; het is een onrechtstreekse methode om marktmacht te identificeren. Als marktmacht rechtstreeks kan worden vastgesteld, is de marktafbakening een overbodig tussenliggend station.' (p. 15/16).
- 3 Casema is vervolgens in handen gekomen van de Amerikaanse investeringsmaatschappijen Carlyle Group en Providence Equity Partners; besluit d-g NMa d.d. 23 december 2002, zaak 3325/The Carlyle Group LLC en Providence Fondsgroep.
- 4 Gebaseerd op I.W. VerLoren van Themaat en E.R. Vollebregt, Eén jaar gecontroleerd concentreren in Nederland, M&M 1999, p. 72.; I.W. VerLoren van Themaat, Het tweede jaar gecontroleerd concentreren, M&M 2000, p. 124; D.J.M. de Grave en E.P. Jorritsma, Het derde jaar concentratietoezicht door de NMa, M&M 2001, p. 89; D.J.M. de Grave en E.P. Jorritsma, Het vierde jaar concentratietoezicht door de NMa, M&M 2002, p. 190.

mr L.E.J. Korsten en mr P.J. Kreijger zijn advocaat te Amsterdam.

	aanmel dingen	fase 1 verkort	onthef fingen art. 40	fase II boete	Ver trouwe lijkheid		
1998	154	138	–	9	4	0	1
1999	158	140	–	2	3	0	2
2000	197	148	32	1	3	2	1
2001	135	71	45	1	1	2	0
2002	77	66 ⁵	19	1	0	2	1

Van belang bij deze cijfers is uiteraard dat de omzetdrempels van artikel 29 Mw per 17 oktober 2001 zijn verhoogd van NLG 30 miljoen tot Euro 30 miljoen.⁶ De verwachting van de NMa was dat het aantal aanmeldingen hierdoor met ca. 40% zou afnemen. Op 20 januari 2003 vermeldde de NMa op haar website: ‘In 2002 werden 77 concentraties [...] gemeld. Het aantal meldingen is aanzienlijk kleiner dan in 2001 (135). Op deze daling was van invloed dat de omzetgrens voor het verplicht melden bij de NMa in het najaar van 2001 is verhoogd. Daarnaast is er de mogelijke invloed van de economische situatie op het aantal fusies en overnames.’ De daling bedroeg derhalve ca. 43%. Ter vergelijking: ook het aantal meldingen bij de Europese Commissie is in het verslagjaar teruggelopen, zij het niet even sterk. Werden er in 2001 nog 335 concentraties gemeld en 340 besluiten genomen, in 2002 bedroeg het aantal meldingen 277 en werden 275 besluiten genomen.⁷

Verkort besluit

Het Besluit omtrent het afdoen van concentratiemeldingen door middel van een verkort besluit dateert al weer van 4 augustus 2000.⁸ In 2001 heeft de d-g NMa 45 zaken met een verkort besluit afgedaan, in 2002 waren dat er 19.

Rechter

Voor zover ons bekend, heeft de rechter in 2002 in drie concentratiezaken uitspraak gedaan. De rechtbank te Rotterdam verklaarde op 3 april 2002 het beroep tegen het besluit van de d-g NMa in zaak 1666/UTC – HHCH van 23 december 1999 ongegrond.⁹ Op 13 november 2002 verwierp de rechtbank te Rotterdam het beroep van Gilde Investment Management B.V., Gilde Buy-Out Fund II B.V., Gilde Buy-Out Fund II C.V. tegen het oordeel van de d-g NMa over de nevenrestricties in het besluit in zaak 2545/ Gilde Investment Management B.V., Gilde Buy-Out Fund II B.V., Gilde Buy-Out Fund II C.V. – van 26 juli 2001.¹⁰ Voorts bevestigde het CBB met zijn uitspraak van 27 september 2002 de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 21 juni 2001 in de zaak naar aanleiding van het besluit van de dg-NMa in zaak 1331/Essent Zuid B.V. – EDON Groep B.V.¹¹

Melding

Aanvulling en toelichting

In zaak 3052/Liberty Media – Casema (besluit van 6 november 2002) heeft de d-g NMa partijen twee maal verzocht hun melding ‘aan te vullen’ als bedoeld in artikel 35, lid 2 Mw. Hierdoor is de vier-weken-termijn voor het nemen van een beslissing op de aanmelding in totaal met 49 dagen opgeschort (artikel 38 Mw). Nadat de d-g NMa zijn eerste verzoek om aanvulling van de melding had gedaan, maar nog vóórdat partijen daarop hadden gereageerd, heeft hij partijen ‘aan de hand van een aantal vragen’ de gelegenheid geboden om hun in de melding ingenomen standpunt ‘nader toe te lichten, te onderbouwen en verwijzingen te verduidelijken’. De meldende partijen hebben geen gebruik gemaakt van de hen geboden gelegenheid.

Volgens de d-g NMa betrof het hier geen verzoek ‘tot aanvulling’ van de melding als bedoeld in artikel 35, lid 2 Mw, zodat de vier-weken-termijn door dit verzoek niet werd opgeschort. Waarom het niet een dergelijk verzoek is, blijkt niet uit de beslissing. Hoewel een dergelijk ‘informeel’ verzoek van de NMa door partijen in de regel waarschijnlijk niet als problematisch zal worden ervaren (er is geen verplichting eraan te voldoen en de klok wordt niet stilgezet), zou onder omstandigheden mogelijk toch de vraag kunnen rijzen hoe een dergelijk verzoek zich verhoudt tot artikel 35, lid 2 Mw en de . strenge jurisprudentie van de rechtbank Rotterdam over het gebruikmaken van de bevoegdheid tot het verlangen van een ‘aanvulling’ op de melding. De d-g NMa dient van deze bevoegdheid zorgvuldig gebruik te maken; het opvragen van reeds bekende of irrelevante gegevens, of het te laat opvragen van gegevens door de d-g NMa, kan onzorgvuldig zijn.¹²

Toegang tot gegevens

Eveneens in de zaak Liberty Media – Casema speelde dat Liberty wegens ‘bepaalde redenen van *corporate governance*’ niet in alle gevallen toegang zou hebben tot door de d-g NMa

5 In drie gevallen werd geoordeeld dat artikel 34 Mw niet van toepassing was.

6 KB van 28 september 2001, Stb. 461 van 16 oktober 2001. De wijziging is in werking getreden per 17 oktober 2001 en gold ook voor op dat moment nog in behandeling zijnde aanmeldingen. Zie over deze wijziging: D.J.M. de Grave en E.P. Jorritsma, Het vierde jaar concentratietoezicht door de NMa, M&M 2002, p. 190-192.

7 Ter verdere vergelijking: in 1998 werden er 235 meldingen gedaan en 238 besluiten genomen; in 1999 werden er 292 meldingen gedaan en 270 besluiten genomen en in 2000 waren dat er 345 respectievelijk 345. Zie voor deze gegevens: www.europa.eu.int/competition/mergers/cases/stats.html.

8 Stcr. 150, 2000. Zie over deze wijziging: D.J.M. de Grave en E.P. Jorritsma, Het vierde jaar concentratietoezicht door de NMa, M&M 2002, p. 192-193.

9 MEDED 00/1850-SIMO; AM 2002, p. 90 e.v.

10 MEDED 01/1913-SIMO; www.rechtspraak.nl (LJN-nummer AF 2410).

11 AM 2001, p. 156-163, m.nt. R. Mahler.

12 Vgl. Rechtbank Rotterdam, 20 september 2000 inzake Wegener/VNU, MEDED 00/573-SIMO, MEDED 00/874-SIMO en MEDED 00/875-SIMO, www.rechtspraak.nl (LJN-nummers AA 7514 en AA 9482) over de toepassing van artikel 4:4 en 4:15 Awb in de tweede fase (vergunningverlening), waarvan o.i. een reflexwerking uitgaat voor de toepassing van artikel 35 en 38 Mw in de eerste fase (melding).

gevraagde informatie met betrekking tot United Pan European Communications N.V. (UPC). Liberty had over deze vennootschap slechts gezamenlijke zeggenschap en partijen hebben aangegeven dat zij niet in staat zijn UPC te dwingen antwoorden te geven op door de d-g NMa gestelde vragen. Zij hebben gesuggereerd dat de desbetreffende vragen aan UPC zouden moeten worden gesteld als derde, als marktpartij.¹³

De d-g NMa gaat hier niet diep op in. Hij stelt dat op de meldende partijen de plicht rust de gevraagde gegevens te verstrekken. Dit laatste lijkt ons juist, maar het gaat wel voorbij aan het opgeworpen punt, namelijk dat partijen niet over bepaalde gegevens zouden kunnen beschikken omdat zij UPC niet tot antwoorden kunnen dwingen. Als dit laatste werkelijk het geval zou zijn, lijkt partijen slechts een gang naar de rechter te resteren als zij de voorgenomen concentratie niet willen opgeven. De NMa kan hen immers niet behulpzaam zijn: artikel 43 Mw geldt niet in de eerste fase en artikel 5:20 Awb is in in casu niet van toepassing omdat het hier niet gaat om toezicht op de naleving van de Mededingingswet.

Concentratie

Economische eenheid¹⁴

N.V. Nuon Water, N.V. Waterbedrijf Gelderland en Waterleiding Maatschappij Overijssel N.V. (zaak 2866, besluit van 26 april 2002) beoogden te fuseren door het oprichten van een nieuwe onderneming, Vitens N.V., met 3 dochterondernemingen. Die dochterondernemingen zouden vervolgens ieder afzonderlijk fuseren (aandelenfusie) met één van de drie fusiepartners. De voormalige aandeelhouders van de fusiepartners zouden de aandeelhouders van Vitens worden en geen van hen zou komen te beschikken over uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap in Vitens. De d-g NMa oordeelt dat sprake is van een concentratie als bedoeld in artikel 27, onder a Mw (fusie) nu de voorgenomen transacties als resultaat zullen hebben dat Nuon Water, Waterbedrijf Gelderland en Waterleiding Maatschappij Overijssel in een *economische eenheid* opgaan en onder één ondernemingsbestuur worden gebracht.¹⁵

Bij het samenvoegen van de Stichting Sint Antonius Ziekenhuis en de Stichting Mesos Medisch Centrum was sprake van een 'bestuurlijke fusie'. Uit conceptstatuten, het Besluit tot concernvorming en de door partijen desgevraagd gegeven toelichting bleek volgens de d-g NMa dat sprake was van de totstandkoming van een 'personele unie' (de Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht voor ieder van de stichtingen zou statutair en blijvend uit dezelfde personen bestaan). Mede gezien de bijkomende factoren zoals onderlinge verdeling van beide budgetten, het blijvend beperken van functies en de consolidatie van beide jaarrekeningen, oordeelt de d-g NMa dat de omschreven transactie er toe leidt dat de vooreen onafhankelijke ondernemingen Antonius en Mesos gaan behoren tot een *economische eenheid* zodat sprake is van een fusie in de zin van artikel 27, onder a Mw (besluit

van 14 maart 2002 in zaak 2877/Sint Antonius Ziekenhuis – Mesos Medisch Centrum).

Zeggenschap

Overname stichting

Zaak 3040/NPL – SUFA (besluit van 15 augustus 2002) illustreert de 'overname' van een stichting door een andere stichting. Het gaat hier om de voorgenomen overname van de BankGiroLoterij door de Postcodeloterij. Laatstgenoemde loterij wordt georganiseerd door Stichting Nationale Postcode Loterij (NPL). De BankGiroLoterij wordt conform de verleende vergunning georganiseerd door Stichting Uitvoeringsorgaan Financiële Akties (SUFA) en Stichting Algemene Loterij Nederland (ALN) gezamenlijk, waarbij SUFA is belast met de administratie, organisatie en uitvoering van de BankGiroLoterij en de verdere productontwikkeling, terwijl ALN is belast met de verdeling van de netto-opbrengst van de loterij onder de in de vergunning genoemde beneficiënten. Uit de feitenweergave blijkt dat de overname geschiedt doordat NPL het recht verkrijgt om de leden van het bestuur van SUFA aan te wijzen – terwijl de leden van de raad van toezicht van NPL ook de leden van de raad van toezicht van SUFA zullen vormen – en doordat NPL met ALN een overeenkomst voor onbepaalde tijd aangaat op grond waarvan de personele unie tussen ALN en SUFA wordt verbroken en SUFA – onder instandhouding van de hiervoor genoemde taakverdeling – de verleende vergunning zal beheren. Een en ander komt erop neer dat NPL via SUFA het strategisch ondernemingsbeleid van de BankGiroLoterij zal gaan bepalen.

Vermogensbestanddelen; Outsourcing

Dat ook de populaire vorm van IT-dienstverlening aangeduid als outsourcing kan *resulteren* in een concentratie in de zin van de Mededingingswet, blijkt uit zaak 3114/Ericsson – O2-Netwerk (besluit van 25 september 2002). Verbazend is dit niet. In dit geval ging het om de outsourcing op duurzame basis door O2 (Netherlands) B.V. van IT-diensten aan Ericsson, in welk kader Ericsson O2-Netwerk verwerft en daarmee in hoofdzaak personeel, bijbehorende werkplek-activa en verscheidene contracten van O2 (Netherlands) B.V. Aldus verkrijgt Ericsson de uitsluitende zeggenschap over O2-Netwerk. Voor de kwalificatie van concentratie is relevant dat

13 Bij gebreke van een bepaling vergelijkbaar met artikel 43 Mw voor de meldingsfase, waarschijnlijk op de voet van artikel 5:20 Awb (medewerkingsplicht derden).

14 In zijn besluit van 23 april 1998, zaak 124/CVK Kalkzandsteen, overwoog de d-g NMa m.b.t. het begrip 'economische eenheid' als volgt: 'Gelet op de duur van de poolingovereenkomst, de allesomvattende bevoegdheden van het bestuur van CVK, de in de Poolingovereenkomst opgenomen binding van de individuele fabrieken aan de door het bestuur van CVK genomen beslissingen, de verdeling van winst en verlies, en het met een en ander verband houdende ontbreken van mogelijkheden voor fabrieken hun eigen commerciële beleid te bepalen (doch juist de verplichting zich te onderwerpen aan het ter zake door het bestuur van CVK bepaalde), is de conclusie gerechtvaardigd dat er door de Poolingovereenkomst een economische eenheid wordt gevormd.' (randnr. 17)

Ericsson de zeggenschap verkrijgt over een (deel van een) andere onderneming door middel van de verwerving van vermogensbestanddelen (artikel 27, sub 2, onder 2^e Mw), niet dat dit gebeurt als onderdeel van het op duurzame basis out-sourcen van IT-diensten.

Overname deel onderneming

Ruim een half jaar nadat de Dutch Leisure Group BV en de curatoren van NBBS Reizen de 'Overeenkomst tot koop en verkoop van enkele activa' hadden gesloten, op grond waarvan My Travel de huurovereenkomsten van 48 reiswinkels van het voormalige NBBS Reizen overnam alsmede de bijbehorende inventaris, het klantenbestand, het woord- en beeldmerk NBBS en de daaraan gerelateerde goodwill, werd deze overeenkomst alsnog bij de d-g NMa aangemeld. Buiten de koop/verkoop waren gebleven de callcentra van NBBS Reizen in Leiden en Groningen alsmede het hoofdkantoor in Leiden, de overige activa van NBBS Reizen en de touroperating activiteiten van NBBS. My Travel was van oordeel dat geen sprake was van een concentratie omdat zij nooit voornemens was geweest de onderneming van NBBS Reizen voort te zetten. De d-g NMa heeft weinig woorden nodig voor zijn oordeel dat de NBBS Reiswinkels als een deel van een onderneming kunnen worden aangemerkt 'aangezien zij op zichzelf een activiteit vormen waaraan marktomszet kan worden toegerekend' (zaak 2943/My Travel – NBBS, besluit van 25 juli 2002, randnr. 7). Bovendien bleek een groot deel van het personeel dat werkzaam was in de reiswinkels van NBBS Reizen na het faillissement bij My Travel als verkoopmedewerker in dienst te zijn getreden.

De overname van een deel van een onderneming kwam vaker voor: zaak 2818/Laurus – LIDL (besluit van 3 april 2002) betrof de overname van huurovereenkomsten en personeel van een groot aantal supermarkten; zaak 2838/Sperwer – Spar (besluit van 4 februari 2002) betrof de overname van – uitsluitend – de supermarktformule Spar, waar werd geoordeeld dat in beginsel zowel de eigen filialen als de supermarkten van de franchisenemers/zelfstandige ondernemers in de beoordeling moesten worden betrokken;¹⁶ in zaak 3208/Kuwait Petroleum – BP (besluit van 26 november 2002) – tot slot – ging het om de overname van (de exploitatie van) 38 tankstations.

Full function

De op te richten gemeenschappelijke onderneming Smart Tower kwalificeert volgens de d-g NMa niet als een full function joint venture van Volker Wessels Stevin Offshore en Kema. De gemeenschappelijke onderneming zal actief zijn op het gebied van het ontwerp en de verkoop van ondersteuningsconstructies voor windturbines en het voeren van het bouwmanagement voor dergelijke constructies. Daar Smart Tower zich voornamelijk zal bezighouden met de verkoop van producten van de moederondernemingen, zal zij zuiver als verkoopkantoor van de moederondernemingen fungeren. Voorts zal Smart Tower nauwelijks eigen middelen hebben en afhankelijk zijn van de moederondernemingen

voor personeel, activa, intellectuele eigendomsrechten en ondersteuning zoals financiële administratie, personeelszaken en juridische zaken; werkzaamheden zullen voornamelijk projectmatig zijn, waarbij personeel van de moederondernemingen zal worden ingehuurd; de directie is in dienst van de moederondernemingen; de onderneming zal geen eigen productiefaciliteiten hebben en worden gehuisvest in een pand van één van de moederondernemingen. De gemeenschappelijke onderneming zal derhalve niet duurzaam alle functies van een zelfstandige economische entiteit vervullen (zaak 2965/Volker Wessels Stevin Offshore – Kema Nederland; besluit van 30 mei 2002).

De samenvoeging door Volker Wessels Stevin en KPN van activiteiten op gebied van engineering, aanleg, onderhoud en reparatie van ICT-infrastructuur zoals vaste en mobiele telefoonnetwerken, kabeltelevisienetwerken en data-netwerken leverde daarentegen wel een full function joint venture op (zaak 2987/Koninklijke Volker Wessels Stevin – KPN Netwerk Bouw, besluit van 24 juli 2002). Ook in zaak 2785/ Waterleidingbedrijf Europoort – Waterwinningbedrijf Brabantse Biesbosch – Delta Waterbedrijf (besluit van 9 januari 2002) was sprake van de oprichting van een full function gemeenschappelijke onderneming Aqualab, een waterlaboratorium.

Omzet¹⁷

In de hiervoor aangehaalde zaak My Travel – NBBS moest na de kwalificatie van de overname als een concentratie de vraag worden beantwoord welke omzet relevant was voor de drempeltoets van artikel 29, lid 1 Mw. Daar sprake was van de verwerving van een deel van een onderneming, stelt de d-g NMa dat alleen relevant is de omzet behaald met de onderdelen die het voorwerp van de transactie waren. In overeenstemming met zijn eerdere besluit van 25 september 2001 in zaak 2639/Monuta – SCI, merkt de d-g NMa op dat indien en voor zover een onderneming louter bemiddelende activiteiten verricht, er aanleiding kan bestaan om slechts het bedrag van de daarvoor ontvangen provisies in aanmerking te nemen. De d-g NMa was van oordeel dat hiertoe in dit geval aanleiding bestond, behoudens wat betreft de verkoop van NBBS Reizen, dat zelf reizen organiseert, waarvoor als omzet in aanmerking dient te worden genomen 'de waarde die de NBBS Reiswinkels toevoegden' (randnr. 11). Aldus werd niet voldaan aan de omzetcriteria van artikel 29, lid 1 Mw. Dat de concentratie al ruim een half jaar vóórdat deze

15 Het besluit van de d-g NMa van 21 december 1998 in zaak 1089/Ovенеen B.V. i.o. betrof een vergelijkbare fusieconstructie, maar in deze zaak beschouwde de NMa de materieel weliswaar met elkaar samenhangende transacties als separate overnames omdat de onderlinge verbondenheid van de transacties niet schriftelijk was vastgelegd.

16 In zaak 3028/Euretco – Poelman laat de d-g NMa bij de beoordeling van de gevolgen van de voorgenomen concentratie evenwel in het midden of de omzet van de franchisenemers van de door Euretco en Poelman geëxploiteerde ketens aan partijen moet worden toegerekend.

17 Zie voor uitspraken van de d-g NMa over het berekenen van de omzet in de periode 1998–2001 G. Leuwerink, Omzetsberekening bij concentratiecontrole, AM 2002, p. 24–25.

bij de d-g NMa werd gemeld tot stand was gebracht, leverde daardoor geen schending van artikel 34 Mw op.

In zaak Kuwait Petroleum – BP, die de voorgenomen overname van (de exploitatie van) 38 tankstations betrof, kwam de vraag aan de orde of brandstofaccijnzen voor de toepassing van de omzeldrempel van artikel 29 Mw hebben te gelden als ‘over de omzet geheven belastingen’ als bedoeld in het in artikel 30 Mw aangehaalde artikel 2:377, lid 6 BW. Onder verwijzing naar de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet en het aldaar genoemde artikel 5 van de Europese Concentratieverordening, concludeert de d-g NMa dat de term ‘over de omzet geheven belastingen’, op het voetspoor van de uitleg die de Europese Commissie aan artikel 5 van de Europese Concentratieverordening geeft (‘belasting over toegevoegde waarde en andere rechtstreeks met de omzet samenhangende belastingen’), niet eng moet worden uitgelegd. Aldus kent de d-g NMa, wat ons betreft terecht, geen betekenis toe aan het verschil in formulering in enerzijds artikel 2:377, lid 6 BW en anderzijds de aan dat artikel ten grondslag liggende Vierde en Zevende Richtlijn van de Raad van ministers van de EEG betreffende de jaarrekening en het daarmee tekstueel overeenstemmende artikel 5 van de Europese Concentratieverordening.¹⁸ Omdat in dit geval de omzeldrempel van Euro 30 miljoen niet werd gehaald, oordeelde de d-g NMa dat de gemelde operatie ‘niet binnen de werkingssfeer valt van het in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet geregelde concentratietoezicht’.

Ontheffing; artikel 40 Mw

In 2002 is, evenals in 2000 en 2001, slechts in één zaak een verzoek ingediend tot ontheffing ‘om gewichtige redenen’ als bedoeld in artikel 40, lid 1 Mw. Het betrof zaak 3028/Euretco N.V. – Houdstermaatschappij Poelman Beheer Leek B.V., een voorgenomen participatie door de in- en verkooporganisatie Euretco, onder andere actief in de textielsector, in Poelman, die franchiseformules in de textielsector exploiteert en kleding ontwerpt, ontwikkelt en verkoopt. Vanwege liquiditeitsproblemen van Poelman hadden verschillende leveranciers van Poelman hun leveringen aan Poelman gestaakt of opgeschort of dreigden dat te doen indien hun openstaande vorderingen niet binnen zeer korte termijn zouden worden betaald. Verder dreigde het faillissement van Poelman te worden aangevraagd. Met het oog op voortzetting van haar activiteiten had Poelman een andere financier gezocht en gevonden en tegen verwerving van een controlerend belang was Euretco bereid zich tegenover deze financier garant te stellen. De d-g NMa oordeelt dat partijen aannemelijk hebben gemaakt dat ‘onherstelbare schade dreigt’ indien de verplichte wachttijd van vier weken van artikel 34 Mw in acht moet worden genomen. Volgens de d-g NMa wordt voldaan aan het criterium uit de parlementaire geschiedenis – ‘indien onherstelbare schade wordt toegebracht aan een voorgenomen concentratie’¹⁹ – nu ‘uitstel van de voorgenomen concentratie zeer waarschijnlijk leidt tot een zeer sterke vermindering van de waarde van Poelman’. Het ontheffingsverzoek werd ingediend op 12 juni 2002. Het

besluit van de d-g NMa dateert van twee dagen later, 14 juni 2002, de uiterste dag waarop de leveranciers van Poelman hun openstaande vorderingen betaald wilden zien. Het besluit van de d-g NMa is in lijn met eerdere besluiten waarin acute financiële nood als voorwaarde voor het verlenen van de ontheffing werd gesteld.²⁰ Bij besluit van 21 augustus 2002 heeft de d-g NMa geoordeeld dat voor de voorgenomen concentratie geen vergunning is vereist.²¹

Onderneming

In zijn besluit van 12 juni 2002 in zaak 3004/Deloitte & Touche – Arthur Andersen oordeelt de d-g NMa dat ‘Andersen Nederland sinds de opeenvolging van gebeurtenissen als gevolg van de Enron affaire in maart 2001 en de impact die dit heeft gehad op Andersen Worldwide SC, één onafhankelijke economische eenheid is, afzonderlijk van het Andersen Worldwide netwerk. Andersen Nederland heeft zich namelijk uit het Andersen Worldwide netwerk teruggetrokken.’ (randnr. 11)²²

Bij de beoordeling van de voorgenomen concentratie liet de d-g NMa Wouters Advocaten en Notarissen, deeluitmakend van Arthur Andersen Belastingadviseurs, buiten beschouwing, daar ‘partijen hebben aangegeven dat Wouters Advocaten en Notarissen geen deel meer uit zal maken van Andersen Nederland en dat deze loskoppeling onderdeel zal uitmaken van de Master Sale Agreement zoals die op dit moment wordt gefinaliseerd. De loskoppeling zal volgens partijen plaatsvinden op het moment van totstandkoming van de concentratie tussen D&T en Andersen Nederland.’ (randnr. 9) Zoals bekend, kan de d-g NMa in een artikel 37 besluit dat geen vergunning vereist is voor het tot stand brengen van de concentratie waarop de melding betrekking heeft, geen beperkingen of voorschriften verbinden vergelijkbaar aan die van artikel 41, lid 4 Mw. Dit is evenwel ook niet nodig, omdat een artikel 37 besluit slechts geldt voor de voorgenomen concentratie zoals deze werd aangemeld, in dit geval dus zonder Wouters Advocaten en Notarissen.

18 Het standpunt dat de term ‘over de omzet geheven belastingen’ niet eng dient te worden uitgelegd, heeft de NMa reeds weergegeven in het Jaarverslag NMa en DTe over 2001, p. 54: ‘Volgens de Europese Commissie wordt gedoeld op indirecte belastingen, daar deze rechtstreeks samenhangen met de omzet, zoals bijvoorbeeld de belasting op alcoholhoudende dranken.’; en: ‘Leidend zal moeten zijn dat de omzetsberekening een juist beeld oplevert van het werkelijke economische gewicht van de bij de concentratie betrokken ondernemingen.’ In zijn sanctiebesluit van 25 juni 2002 in zaak 2498/Tango heeft de d-g NMa voor de berekening van ‘de betrokken omzet’ (zie de Richtsnoeren Boetetoemeting van de NMa) van benzinstations voor het opleggen van een boete op grond van artikel 62, lid 1 Mw accijnzen en heffingen buiten beschouwing gelaten.

19 Kamerstukken II, 1995-96, nr. 3, p. 78.

20 Zie bij voorbeeld zaak 2655/Yunio Coöperatieve Vereniging Kraamzorg U.A. en NTN Groep B.V., besluit van 24 augustus 2001.

21 Uit het besluit blijkt niet waarom dit pas ruim twee maanden na de melding werd genomen.

22 Het pleonasme ‘één economische eenheid’ komt ook in andere besluiten voor.

Meerdere transacties/ Samenhang

In de hiervoor al genoemde zaak Euretco – Poelman was kennelijk geen sprake van mogelijk relevante, elkaar opvolgende transacties, ook al blijkt dit niet meteen bij lezing van de summier weergave van de feiten in het besluit. Partijen waren overeengekomen dat Euretco 51% van de aandelen en het recht in de periode tot 1 september 2005 de resterende aandelen te kopen, zou verkrijgen. Uit het feit dat de d-g NMa de transactie kwalificeert als een overname (artikel 27, onder b Mw) dient te worden geconcludeerd dat het 51%-belang uitsluitende zeggenschap oplevert. Van gezamenlijke zeggenschap was geen sprake en eventuele uitoefening van het optierecht zal derhalve geen wijziging van zeggenschap opleveren.

Opties

De Rechtbank Rotterdam heeft op 3 april 2002 het beroep tegen het besluit van de d-g NMa in zaak 1666/UTC – HHCH van 23 december 1999 ongegrond verklaard.²³ Er was sprake van een voorgenomen transactie in twee stappen: eerst zou gezamenlijke zeggenschap ontstaan, die bij uitoefening van opties in uitsluitende zeggenschap zou overgaan. Volgens de Rechtbank had de d-g NMa terecht geoordeeld 'dat geen sprake was van een toereikende (mate van) waarschijnlijkheid dat de opties in de nabije toekomst daadwerkelijk zullen worden geëffectueerd'. De d-g NMa had de tweede stap derhalve terecht buiten beschouwing gelaten. Partijen hadden tegen het primaire besluit van de d-g NMa een bezwaarschrift ingediend; dat werd afgewezen. In beroep merkte de Rechtbank het bezwaar en het daarop gegeven besluit van de d-g NMa aan als 'toelichting op het beroep en het verweer' aangezien het primaire besluit een artikel 37 besluit was waartegen geen bezwaar, doch uitsluitend beroep kon worden ingesteld (artikel 93, lid 2 Mw). Naar wij aannemen zijn zowel partijen als de NMa op grond van de bewoordingen van artikel 93 lid 2 Mw er van uitgegaan dat ten minste twijfel mogelijk is of in dit geval bezwaar niet is uitgesloten, nu artikel 93 lid 2 Mw refereert aan besluiten op grond van artikel 37 lid 1 Mw (al dan niet een vergunning vereist?), terwijl de beslissing dat geen sprake is van een concentratie niet wordt genoemd in artikel 37 lid 1 Mw.²⁴ De rechtbank acht evenwel de reikwijdte van artikel 37, eerste lid, van de Mw niet noodzakelijkerwijs beperkt tot de mededeling dat voor de voorgenomen concentratie al dan niet vergunning is vereist.

Andere relevante transacties of samenwerkingsverbanden

Van samenhang tussen op zich zelf geheel los van elkaar staande transacties was sprake in zaak 3192/HBG – Ballast Ham Dredging waarin partijen op 15 oktober 2002 de voorgenomen overname van Ballast Ham Dredging door HBG hadden gemeld. Negen dagen later op 24 oktober 2002 gaf de d-g NMa in de zaak BAM NBM – HBG groen licht voor de overname van HBG door BAM NBM wat betreft de bouwsector en – na herstructurering – de regionale asfalt-

markten in Nederland. In zaak 3192 was dat voor de d-g NMa reden BAM NBM mee te nemen in de beoordeling van de gevolgen van de voorgenomen overname van Ballast Ham Dredging door HBG.

In zaak 2987/Koninklijke Volker Wessels Stevin – KPN Netwerk Bouw (besluit van 24 juli 2002) betreffende de samenvoeging van activiteiten op het gebied van engineering, aanleg, onderhoud en reparatie van ICT-infrastructuur zoals vaste en mobiele telefoonnetwerken, kabeltelevisienetwerken en datanetwerken nam de d-g NMa de samenwerkingsverbanden van Volker Wessels Stevin met respectievelijk BAM NBM (genaamd Trilink) en zeven Nederlandse gemeenten mee in zijn beoordeling.

Samenhang tussen verschillende transacties deed zich ook voor in zaak 3021/Atos Origin – NLC (besluit van 22 juli 2002) over de overname door Atos Origin van de management en IT-adviestak van KPMG Nederland. Parallel aan deze overname verwierf Atos Origin van een andere verkopende KPMG vennootschap de activa van de management en IT-adviestak van KPMG UK. Er was sprake van twee afzonderlijke transacties; de Britse transactie hoefde gelet op de in Nederland behaalde omzet niet bij de d-g NMa te worden gemeld. Bij de beoordeling van de Nederlandse transactie hield de d-g NMa niettemin rekening met de Britse transactie en daarnaast nog met een door Atos Origin aangekondigde verdere overname (voetnoot 1 en randnr. 38).

Remedies en voorschriften

Richtsnoeren Remedies NMa

Nadat de d-g NMa eerder onder meer de Richtsnoeren Boetetoemeting had vastgesteld en het Consultatiedocument Richtsnoeren Clementieregeling had gepubliceerd en daarna de laatstgenoemde Richtsnoeren had vastgesteld, heeft hij op 23 september 2002 het Consultatiedocument Richtsnoeren Remedies bekendgemaakt²⁵ en kort voor het einde van 2002 op 17 december 2002 de Richtsnoeren Remedies vastgesteld (20 blz.).²⁶ De inhoud van deze richtsnoeren vertoont grote gelijkenis met het beleid van de Europese Commissie en haar mededeling van 2 maart 2001 over remedies²⁷ waarbij de d-g NMa uitdrukkelijk aansluiting heeft gezocht (randnr. 14). De Richtsnoeren behandelen enkele uitgangspunten, *structurele remedies* zoals het afstoten van een of meer bedrijfsonderdelen of het beëindigen van een samenwerkingsverband,

23 MEDED 00/1850-SIMO; AB 2002, 259; AM 2002, p. 90 e.v.

24 In deze zin ook C.T. Dekker, Mededingingsprocesrecht, Mededingingsmonografieën nr. 7, Kluwer, 2002, p. 386 – 387.

25 Y.E. de Muijnck, Het Consultatiedocument Richtsnoeren Remedies, AM 2002, 168-170.

26 Richtsnoeren voor de inhoud, indiening en tenuitvoerlegging van remedies bij concentraties d.d. 17 december 2002; Staatscourant 2003, nr 39, p. 31.

27 Mededeling van de Commissie betreffende op grond van Verordening (EEG) 4064/89 van de Raad en Verordening (EG) 447/98 van de Commissie aanvullende corrigerende maatregelen, Pb. EG 2001, C 68, p. 3 van 2 maart 2001. Zie hierover: V. Landes en M.H. van der Woude, Corrigerende maatregelen bij communautaire concentratiecontrole, SEW 10 (2002) oktober, p. 369-375.

gedragsremedies, de wijze van indiening, beoordeling en tenuitvoerlegging van remedies en tot slot ook het aanbieden van remedies in de meldingsfase. Voor remedies in de meldingsfase ontbreekt een equivalent van artikel 41, lid 4 Mw. In de richtsnoeren moedigt de d-g NMa partijen aan voor het geval een voorgenomen concentratie (mogelijk) mededingingsrechtelijke problemen creëert al in de prénotificatiefase met de NMa contact op te nemen. Het initiatief voor remedies zal van partijen zelf moeten komen. Remedies dienen doeltreffend te zijn en de gesignaleerde problemen volledig weg te nemen. Zij moeten (uiteeraard) daadwerkelijk en tijdig kunnen worden uitgevoerd en slechts beperkt toezicht door de NMa vergen. Volgens de Richtsnoeren zal de NMa er 'in alle gevallen' op toezien dat de remedies worden nageleefd bij gebreke waarvan handhavend zal worden opgetreden door het opleggen van een boete en/of een last onder dwangsom (in geval van schending van artikel 34 of artikel 41, lid 1 Mw op grond van artikel 74, lid 1, sub 1, respectievelijk sub 4 Mw en in geval van schending van artikel 41, lid 4 Mw op grond van artikel 75 Mw). *Structurele remedies* zijn erop gericht te voorkomen dat een economische machtspositie ontstaat of wordt versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd. Zij veranderen de structuur van de markt op een duurzame wijze en verdienen daarom de voorkeur boven *gedragsremedies* die een voortduerende regulering van het gedrag van ondernemingen inhouden. Remedies dienen tijdig te worden ingediend – in de vergunningsfase uiterlijk drie weken voor het verstrijken van de 13-weken-termijn en in de meldingsfase bij voorkeur één week voor het verstrijken van de vier-weken-termijn – en duidelijk en gedetailleerd te zijn omschreven. De d-g NMa zal in de meldingsfase uitsluitend structurele remedies accepteren – gedragsremedies kan hij in de meldingsfase immers niet afdwingen – welke eenvoudig zijn uit te voeren. In de meldingsfase is het indienen van een nieuwe melding het alternatief voor het wijzigen van de melding, hetgeen slechts beperkt mogelijk is.

Als wij het goed zien, dan heeft de d-g NMa in 2002 in twee zaken remedies in de meldingsfase geaccepteerd. In zaak 2879/Essent – Razob (besluit van 30 september 2002) betreffende de afvalbranche had Essent reeds bij de melding aangeboden – uit het besluit blijkt niet of hier overleg met de NMa aan vooraf was gegaan – om binnen acht maanden een deel van haar compostingsactiviteiten af te stoten aan een vooraf door de d-g NMa goed te keuren, van Essent onafhankelijke koper met een levensvatbaar bedrijf. Hangende deze verkoop zou Essent geen zeggenschap verwerven over twee composteringinstallaties van Razob.²⁸ De d-g NMa oordeelde dat voor de voorgenomen concentratie geen vergunning vereist was.

De andere zaak betrof de overname van HBG door BAM NBM. Hier accepteerde de d-g NMa – één dag voordat het besluit werd genomen – een aantal door middel van een wijziging van de oorspronkelijke melding aangeboden structurele remedies met betrekking tot de asfaltmarkt. BAM NBM

en HBG hadden ter voorkoming van een te sterke marktpositie op verschillende regionale markten voor de productie van asfalt toegezegd: (i) zich te zullen terugtrekken uit asfaltcentrales in Rotterdam en Zwijndrecht; (ii) de vier asfaltcentrales van Asfalt Productie Noord-Holland B.V. op te splitsen over de aandeelhouders zodat BAM NBM en HBG niet langer in alle centrales zullen deelnemen; (iii) de centrale in Zoetermeer uiterlijk per 15 juli 2003 te zullen sluiten; en (iv) daarnaast nog één asfaltcentrale te zullen sluiten.

Aangevochten voorschrift; CBB inzake Essent en EDON vs NMa

In zaak 1331/Essent Zuid B.V. – EDON Groep B.V. is in twee instanties geprocedeerd over één van de voorschriften door d-g NMa in zijn besluit van 20 oktober 1999 verbonden aan de vergunning voor de fusie van PNEM/MEGA en EDON tot Essent. Essent en EDON hebben in beide instanties aan het kortste eind getrokken. Op 21 juni 2001 verloren zij bij Rechtbank Rotterdam. Op 27 september 2002, derhalve bijna drie jaar (!) na het primaire besluit, heeft het CBB in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank bevestigd.²⁹ Omdat de d-g NMa van oordeel was dat door de voorgenomen concentratie een economische machtspositie zal ontstaan die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt voor het verwerken van GFT-afval op significante wijze wordt belemmerd, verbond hij – op het voetspoor van door partijen voorgestelde alternatieve verbintenissen – aan de vergunning het voorschrift dat EDON haar belang in VAM Wijster Compostering (optie I) of haar belangen in AVRAM Compostering BV en PURVA BV (optie II) zou afstoten. Partijen waren het niet eens met de mededingingsrechtelijke beoordeling door de d-g NMa die leidde tot het aan de vergunning verbonden voorschrift tot desinvestering. Het beroep van partijen beperkte zich aldus tot het gedeelte van het besluit dat betrekking had op de afzonderlijke – nationale – productmarkt voor het composteren van GFT-afval. De kernvraag was of de d-g NMa terecht had geoordeeld dat bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van de voorgenomen concentratie de in de langlopende contracten vastzittende capaciteit in aanmerking moest worden genomen.

Essent en EDON waren van mening dat de productiecapaciteit (zo'n 90% van het totaal) die 'vastzit' in langlopende contracten (tot 2008, derhalve met een – resterende – duur van bijna tien jaar) vergelijkbaar is met zogenaamde 'captive productie' of productie voor eigen gebruik en mede gelet op de 'relevante beoordelingstermijn voor de fusie [die] volgens vaste praktijk drie tot vijf jaar bedraagt' (rov. 5), buiten beschouwing diende te worden gelaten.

²⁸ In het besluit staat dat indien de verkoop van de desbetreffende compostingsactiviteit niet binnen acht maanden zal plaatsvinden een eventuele latere overname door Essent van de twee compostingsinrichtingen van Razob op dat moment opnieuw aan de bepalingen van de Mededingingswet zal moeten worden getoetst. Zie over dit punt van 'samenhang' tussen transacties: Y.E. de Muynck, Het Consultatiedocument Richtsnoeren Remedies, AM 2002, 169-170.

²⁹ Zie voor de uitspraak AM 2001, p. 156-163, m.nt. R. Mahler.

Het CBB oordeelde: 'dat het in het bestreden besluit neergelegde standpunt van de d-g NMa dat de in de betrokken langlopende contracten vastzittende capaciteit niet buiten beschouwing mag worden gelaten, niet onjuist is. Het College acht hierbij evenwel niet zo zeer van betekenis dat bij de afloop van de langlopende contracten – dus eerst in 2008 – de betrokken volumes weer voorwerp zullen zijn van mededinging bij de onderhandelingen over nieuwe contracten en dat de fusievennootschap in dit opzicht dan een sterkere marktpositie zal hebben op het moment dat een voordien potentiële concurrentie actueel zal worden. Immers, ook in de tussentijd kunnen de gevolgen van de in geding zijnde concentratie zich doen gevoelen. Reeds het enkele bestaan van de langlopende contracten wijzigt de marktstructuur en zorgt voor het opbouwen van een marktpositie, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen. *Derhalve [...] duidt het College [...] het bestreden besluit in die zin dat langlopende contracten reeds gedurende hun looptijd een zekere belemmering vormen voor nieuwe toetreders en voor het uitbouwen van activiteiten van bestaande (kleinere) concurrenten en dat zij volumezekerheid geven tegen vastgestelde condities, waardoor de prijs op de markt ook ten aanzien van de vrije capaciteit wordt beïnvloed. Aldus kan niet worden gezegd dat langlopende contracten, ook de contracten die niet gemakkelijk kunnen worden opengebroken, vóór 2008 geen, althans een verwaarloosbare invloed op de mededinging hebben. De vergelijking met capatieve productie die appellanten hebben gemaakt gaat dan ook niet op.*' (rov. 6.2; cursivering sc.)³⁰

Geschonden voorschrift; boetebesluit NMa inzake EDON

In 2002 heeft de d-g NMa slechts in één concentratiezaak een boete opgelegd (zaak 3182/Purva). Deze boete werd opgelegd aan EDON wegens overtreding van één van de voorwaarden verbonden aan de vergunning van de d-g NMa voor de fusie van PNEM/MEGA Groep N.V. en EDON Groep N.V. tot Essent (het hiervoor besproken besluit van 20 oktober 1999 in zaak 1331/PNEM-MEGA – EDON). EDON moest binnen twee jaar na de vergunningsverlening enkele van haar belangen afstoten aan een door de d-g NMa tevoren goedgekeurde koper. EDON had deze termijn voor één van de te verkopen onderdelen niet gehaald. Vervolgens werd BDO Corporate Finance B.V. ingevolge aan de vergunning verbonden voorschrift onherroepelijk gemachtigd tot verkoop over te gaan, overigens nog steeds onder de voorwaarde dat de d-g NMa voorafgaand aan de verkoop zou hebben vastgesteld dat de koper aan de vereiste criteria voldeed.³¹ Deze voorwaarde werd echter niet nageleefd. BDO Corporate Finance had de d-g NMa per fax van 28 december 2001 bericht dat de verkoop nog voor het einde van het jaar geëffectueerd zou worden, wat daarna ook is geschied. Nadat de d-g NMa BDO per brief van 4 januari 2002 op de hiervoor genoemde voorwaarde had gewezen, heeft EDON de d-g NMa gevraagd om 'een bevestiging dat de d-g NMa alsnog instemt met verkoop van Essent's belang in Purva aan HVC' (randnr. 13). Per brief van 8 mei 2002 heeft de d-g NMa weliswaar de verkoop alsnog goedgekeurd, maar op 8 oktober 2002 heeft hij tevens

tegen EDON op de voet van artikel 77 Mw een rapport opge maakt wegens het niet naleven van de aan de vergunning verbonden voorwaarde (artikel 75, lid 1 Mw). In zijn boetebesluit van 18 december 2002 heeft de d-g NMa de overtreding aan EDON toegerekend en de verweren van EDON verworpen, oordelend dat overtreding van een vergunningsvoorschrift het systeem van preventief concentratietoezicht ondermijnt evenzeer als dit het geval is bij het niet melden van een voorgenomen concentratie. De eventuele gevolgen van de schending voor de mededinging zijn daarom niet van belang. Volgens de d-g NMa dient – in overeenstemming met het boetebeleid in geval van schending van artikel 34 Mw – de maximale boete van Euro 22.500 te worden opgelegd. EDON had gesteld dat zij zich 'niet bewust zou zijn geweest van haar overtreding' (randnr. 40), maar zij heeft kennelijk niet aannemelijk kunnen maken dat haar van de overtreding geen verwijt kon worden gemaakt (artikel 76 Mw).

Dit is de eerste keer dat de d-g NMa wegens overtreding van artikel 41, lid 4 Mw een boete ex artikel 75 Mw heeft opgelegd. De geschonden voorwaarde vormde de inzet van de door Essent en EDON tegen de d-g NMa aangespannen beroepsprocedure die zij in eerste aanleg op 21 juni 2001 hadden verloren; van de hangende het hoger beroep bij het CBB gevraagde voorlopige voorziening tot opschorting van de voorwaarde, die op 19 oktober 2001 werd afgewezen;³² en de voorwaarde was opgenomen in de onherroepelijke verkoopvolmacht aan BDO Corporate Finance B.V. Toch is de voorwaarde hangende het hoger beroep bij het CBB – dat Essent en EDON op 27 september 2002 verloren – noch door EDON noch door BDO Corporate Finance B.V. nageleefd. Van het lage maximumbedrag voor de boete lijkt nauwelijks afschrikkende werking uit te gaan³³ en het systeem van de 'vakbekwame en onafhankelijke' gevolmachtigde blijkt niet waterdicht te zijn.³⁴ Het niet-naleven van aan de concentratievergunning verbonden beperkingen en voorschriften betekent dat de concentratie zonder vergunning tot stand is gebracht, zodat haar ongedaanmaking kan worden verlangd. Het opleggen van een last onder dwangsom ertoe strekkende

30 Kritisch over de diepgang en zorgvuldigheid van de toetsing door het CBB is F.J. Leeflang in haar noot bij de uitspraak van het CBB in AM, 2002, p. 174-176.

31 Randnummer 231, onder b. en c. (en kennelijk de – niet openbare – bijlage) van het besluit van 20 oktober 1999. De relevante passage luidt: 'De d-g NMa zal de potentiële koper vóóraf moeten goedkeuren op basis van de in het vorige punt genoemde criteria, onverminderd de eventuele toepasselijkheid van het concentratietoezicht onder de Mw.'

32 President CBB 19 oktober 2001, Essent Zuid BV (voorheen PNEM/MEGA Groep N.V.) en EDON Groep B.V. vs d-g NMa, M&M 2002, p. 78-79, m.nt. P. Glazener.

33 De NMa merkte in het Jaarverslag NMa en DTe 2000 over overtreding van de voorschriften van het concentratiecontrole reeds op (p. 52/53): 'De boetes [...] zijn laag in verhouding tot het belang dat ermee gemoeid is. Voorkomen moet worden dat [...] de concentratiecontrole [wordt] gefrustreerd. Om die reden legt de NMa bij overtreding in beginsel de maximumboete op tenzij sprake is van bijzondere verzachtende omstandigheden.'

34 In randnr. 56 van haar mededeling over remedies overweegt de Europese Commissie: 'De gevolmachtigde vervult namens de Commissie een aantal specifieke taken die moeten garanderen dat de verbintenissen te goeder trouw worden uitgevoerd.'

dat de concentratie of de overtreding ongedaan zal worden gemaakt (artikel 75, lid 1 onder b Mw) zal vaak niet effectief of disproportioneel zijn, zodat ook deze remedie de d-g NMa meer dan eens weinig soelaas zal bieden. Een adequate sanctiemogelijkheid is mogelijk het opnemen van dwangsommen in de beperkingen of voorschriften zélf voor het geval deze niet worden nageleefd, al is daartoe wellicht wetswijziging nodig.

Wegener-dagbladen Gelderland

EDON was overigens niet de eerste onderneming die door de d-g NMa opgelegde vergunningsvoorwaarden *niet* naleefde. Op 13 maart 2000 had de d-g NMa voorwaarden gesteld aan de overname door Wegener van de VNU-dagbladen. Volgens de d-g NMa moesten deze voorwaarden voorkomen dat Wegener onder meer in Gelderland een economische machtspositie zou krijgen. De voorwaarden hielden onder meer in dat Wegener de Arnhemse Courant en het Gelders Dagblad (edities Vallei & Veluwe, Liemers & Betuwe en Graafschap/Achterhoek) moest verkopen. Nadat Wegener op 20 september 2000 het beroep tegen het besluit van de d-g NMa gedeeltelijk had gewonnen,³⁵ voegde zij de Arnhemse Courant en het Gelders Dagblad samen met De Gelderlander. Op 5 december 2001 vernietigde het CBB echter de uitspraak van de rechtbank. Hierdoor stond vast dat de door d-g NMa aan de vergunning verbonden voorschriften – waarvan Wegener er inmiddels één niet had nageleefd – terecht waren opgelegd.³⁶ Het duurde vervolgens nog een jaar totdat de d-g NMa enige helderheid bracht. Op 20 december 2002 gaf de NMa een summier persbericht uit waaruit bleek dat de d-g NMa (nadere) voorwaarden had vastgesteld voor de Wegener-dagbladen in Gelderland. Volgens de d-g NMa vloeiden deze voorwaarden voort uit de oorspronkelijke voorwaarden verbonden aan de vergunning voor de overname van de VNU-dagbladen door Wegener. De voorwaarden houden het volgende in: 'om het effect van de oorspronkelijk door de d-g NMa gestelde voorwaarden in stand te houden' geldt voor een periode van drie jaar: (i) dat Wegener de prijzen van haar dagbladen in Gelderland niet sterker mag verhogen dan die in de rest van het land; (ii) dat Wegener redactionele edities van De Gelderlander die zich duidelijk richten op deelregio's moet handhaven; (iii) dat Wegener ondernemingen die willen toetreden tot de regionale dagbladenmarkt in Zuidoost-Gelderland moet ondersteunen door tegen marktconforme prijzen onder meer advertentiediensten en ondersteuning op het gebied van transport en bezorging ter beschikking te stellen;³⁷ (iv) dat Wegener de mogelijkheid moet handhaven voor regionale en lokale adverteerders om in gedeelten van het verspreidingsgebied te adverteren. De d-g NMa heeft hier nog een vijfde voorwaarde aan toegevoegd 'om de concurrentie in de regio Gelderland te waarborgen'. Die voorwaarde hield in: (v) dat Wegener verplicht is volledige medewerking te verlenen aan de verkoop van een aantal titels.

Blijkens het persbericht moet Wegener 'halfjaarlijks aan de d-g NMa rapporteren over de uitvoering van deze verplichtingen en de mogelijke gevolgen ervan in de praktijk'.

Behalve het persbericht is geen informatie beschikbaar. Bij navraag is gebleken dat de d-g NMa geen besluit heeft genomen zodat dus enkel sprake kan zijn van feitelijk, handhavend optreden van de d-g NMa. Hoe Wegener in dat kader gebonden kan worden aan verplichtingen die niet reeds als voorschrift of beperking aan de vergunning waren verbonden, is onduidelijk. Is bedoeld op te treden op basis van artikel 24 Mw? Is op enigerlei wijze sprake van gedogen?. Als sprake is van het niet naleven van vergunningsvoorwaarden, moet niet alleen de wet worden gehandhaafd, maar ook een rapport worden opgemaakt (77 Mw).³⁸ Wellicht heeft Wegener ter voorkoming van erger de hiervoor genoemde verplichtingen vrijwillig op zich genomen. Vastgesteld moet worden dat de handelwijze van de d-g NMa niet alleen erg traag is, maar voor een buitenstaander bovenal onduidelijk.

Persbericht Wegener dagbladen Zeeuws-Vlaanderen

Negen dagen eerder, op 11 december 2002, had de d-g NMa overigens al een eerste persbericht over de vergunningsvoorwaarden van de dagbladenfusie van Wegener en VNU uitgegeven. Dit persbericht betrof de dagbladen BN/De Stem en de Provinciale Zeeuwse Courant. In het vergunningsbesluit van 13 maart 2000 had de d-g NMa bepaald dat Wegener de verspreiding en de commerciële en redactionele onafhankelijkheid van de hiervoor genoemde dagbladen moest waarborgen. Blijkens het persbericht is de d-g NMa nu onder voorwaarden akkoord gegaan 'met de plannen van Wegener N.V. voor kostenbesparingen' bij BN/De Stem en de Provinciale Zeeuwse Courant. De bezuinigingsplannen van Wegener hielden in dat een aantal facilitaire diensten bij een derde vennootschap zou worden ondergebracht. Het lijkt erop dat Wegener haar plannen zelf zodanig ingrijpend achtte dat zij de door de d-g NMa gestelde vergunningsvoorwaarden mogelijk zouden uithollen en dat Wegener de d-g NMa daarom om een oordeel heeft gevraagd. Ook hier geldt echter dat niet duidelijk is naar aanleiding van welke gedragingen de d-g NMa is opgetreden en evenmin op grond van welke bevoegdheden dat is gebeurd.

35 De rechtbank vernietigde de aan de vergunning verbonden voorwaarden, echter met de overweging dat de NMa in die nieuwe situatie de vergunningsaanvraag alsnog zou kunnen afwijzen. Vanwege dit laatste aspect stelde Wegener hoger beroep in.

36 Zie over de uitspraak van het CBB van 5 december 2001 en het ongedaan maken van een 'geconsumeerde' fusie ('unscrambling the eggs'), M. van Empel in zijn noot bij de uitspraak, M&M 2002, p. 34, r.k.

37 Vgl. Hof van Justitie EG 26 november 1998, zaak C-7/97, Jur. 1998, p. I-7791, Oscar Bronner GmbH & Co.

38 Ook een derde kan er belang bij hebben dat wordt opgetreden tegen een overtreding van de Mededingingswet. Als het belang van die derde actueel, persoonlijk, geïndividualiseerd, objectief bepaalbaar en rechtstreeks betrokken is, kan de derde als belanghebbende de NMa verzoeken een rapport op te maken en een sanctiebesluit te nemen.

Inhoudelijke beoordeling: relevante markt, individuele en collectieve machtspositie

Afbakening van de relevante markt

Al geruime tijd is het vaste praktijk van de d-g NMa om slechts in bepaalde gevallen de relevante markt (productmarkt en/of geografische markt) diepgaander af te bakenen omdat in het merendeel van de gevallen op voorhand duidelijk is dat de aangemelde concentratie niet tot mededingingsproblemen zal leiden. In het verslagjaar was dat niet anders. In het overgrote deel van de zaken volstond de d-g NMa met het benoemen van – mogelijke – markten (in vele gevallen onder verwijzing naar marktafbakeningen uit eerdere besluiten) om vervolgens – volgens de inmiddels vaste formule – ‘in het midden’ te laten of de aldus benoemde markten ook na diepgaand onderzoek inderdaad afgebakend dan wel verder verfijnd zouden kunnen worden ten opzichte van eerdere marktafbakeningen. In het kader van de hierna te bespreken evaluatie van de Mededingingswet, waarvan de resultaten in het verslagjaar zijn gepubliceerd, is ook een afzonderlijk rapport geschreven over de afbakening van de relevante markt waarin, mede op basis van steekproeven, deze werkwijze van de d-g NMa wordt bevestigd.³⁹ Dit rapport is overigens van gezaghebbende zijde vernietigend besproken in dit tijdschrift.⁴⁰

Vooralsnog geen markt

In sommige gevallen moest geconcludeerd worden dat (nog) geen sprake is van een markt, als gevolg van strikte regulering van de betrokken activiteit. Dit was bijvoorbeeld aan de orde in de zaak Stichting Sint Antonius Ziekenhuis – Stichting Mesos Medisch Centrum, waarin mede sprake was van onduidelijkheid over de termijn waarop de beoogde wijzigingen in beleid en regelgeving van kracht zouden worden die concurrentie tussen ziekenhuizen in zekere mate mogelijk zouden maken. In de zaak Stichting Nationale PostcodeLoterij – Stichting Uitvoeringsorgaan Financiële Acties liet de d-g NMa in het midden of sprake was van een afzonderlijke markt voor fondsenwerving waarop ‘goede doelenorganisaties’ als vragers van fondsen op zouden treden en loterijen zoals de Nationale PostcodeLoterijen als aanbieders; dit was onder meer twijfelachtig nu de door de organisaties geleverde prestaties (loterijen mogen bijvoorbeeld hun merken gebruiken) niet direct in verhouding staan tot de door hen ontvangen gelden.

Keteneffect

Het in het kader van de afbakening van geografische markten relevante keteneffect kwam in het verslagjaar enkele malen aan de orde. Zo bijvoorbeeld in de zaak Sperwer Holding en Spar Holding inzake de supermarktsector. In lijn met eerdere besluiten met betrekking tot deze sector stelt de d-g NMa dat de geografische dimensie van de markt waarop een supermarkt actief is vanuit de consument gezien beperkt is tot het verzorgingsgebied van die specifieke supermarkt. Een overlap van verzorgingsgebieden van verschillende super-

markten kan evenwel tot homogene concurrentievoorwaarden in een groter gebied leiden en derhalve tot een geografisch ruimere markt: het zogeheten keteneffect. Daarbij is volgens d-g NMa op voorhand aannemelijk dat voor zover al van keteneffecten sprake is, dit meer relevant is in stedelijke dan in landelijke gebieden. Of een keteneffect zich voordoet moet volgens de d-g NMa voor ieder specifiek geval onderzocht worden. Na een onderzoek van de marktaandelen van Sperwer en Spar in een aantal gemeenten met minder dan 50.000 inwoners waarin beide partijen een supermarkt exploiteerden, kon worden geconcludeerd dat de concentratie doorgang kon vinden.⁴¹

De mathematisch-modelmatige benadering van het keteneffect zoals door de d-g NMa in 2001 ontwikkeld in de zaak NCD-Fernhout⁴² werd in het verslagjaar toegepast bij de beoordeling van de gevolgen van de overname van HBG door BAM NBM op de markt voor de productie van asfalt.⁴³ Deze productie vindt plaats in asfaltcentrales. Wanneer deze markt landelijk bezien wordt, dan hebben de centrales onder zeggenschap van HBG en BAM NBM een gezamenlijk aandeel van 30 – 40 % (het exacte cijfer is vertrouwelijk gehouden). Nu vervoer van asfalt over langere afstanden niet rendabel is, heeft iedere asfaltcentrale een beperkt leveringsgebied dat niet verder reikt dan naar de d-g NMa heeft aangenomen 50 kilometer rondom de vestigingsplaats van de centrale. Hierdoor is mogelijk per asfaltcentrale sprake van een regionale markt. Om een indicatie te vinden voor de positie van BAM NBM en HBG op deze regionale markten, heeft de d-g NMa aan de hand van het model per centrale een berekening gemaakt van de potentiële totale afzet (ook van derden dus) binnen het gebied van de beoordeelde centrales en het deel daarvan dat door de centrales van BAM NBM/HBG wordt geleverd. Daarbij werden alle asfaltcentrales betrokken waarvan tenminste een deel van het afzetgebied overlapt met dat van de asfaltcentrales van BAM NBM/HBG. Het aldus berekende afzetpercentage gaf volgens de d-g NMa een indicatie van de concurrentie die de beoordeelde centrale in haar leveringsgebied ondervindt, waarbij (wel) werd verondersteld dat de afzet en de overlap van andere centrales evenredig over het beoordeelde leveringsgebied is gespreid.

Hoewel de d-g NMa met het beschreven model een gestructureerde benadering van het keteneffect nastreeft, is de waarde van het model ons inziens niet groot. Want gezien

39 B. Baarsma, J. Theeuwes, De afbakening van de relevante markt (SEO Rapport nr. 615), Amsterdam, 2002.

40 P.V.F. Bos, E.E.C. van Damme, B.M.J. van der Meulen, T.R. Ottervanger, E.H. Pijnacker Hordijk, P.M.A.L. Plompen, F.O.W. Vogelaar, Evaluatie van de Mededingingswet; een gemiste kans, M&M 2002, nr. 7, p. 213 – 218.

41 Zie ook M.R. Mok, Actualiteiten Toepassing Mededingingswet, Ondernemingsrecht 2001-1/2, p. 34-36 over Laurus-Groenwoudt, Vendex-De Boer Unigro en Schuitema-Sperwer.

42 Zaak 2427/NCD-Fernhout, M&M 2002, nr. 2, p. 83-86, m.nt. P.J. Kreijger.

43 Overigens aanvaardde de Commissie deze wijze van afbakenen door de NMa kennelijk, zoals kan worden opgemaakt uit §§ 21, 22 en 33 van de beschikking van 3 september 2002 ex artikel 9 (3) Vo. 4064 89 in zaak IV/M.2881, Koninklijke BAM NBM/HBG.

de aan het model ten grondslag liggende veronderstelling van gelijkmatige spreiding van afzet over het potentieel afzetgebied van in dit geval asfaltcentrales lijkt het model te abstraheren van de positie van de afnemers en met name de geografische spreiding van de door hun uitgevoerde projecten. Daarmee abstraheert het model echter ook van de uitwijkmogelijkheden die deze concrete afnemers (kunnen) hebben en daarmee van de daadwerkelijke tegenmacht van afnemers en mogelijke concurrentiedruk van derden. Naar onze mening is dit niet terecht: veel afnemers van asfalt zullen grote landelijk opererende aannemers zijn die hoogstens voor een concreet project in overwegende mate op een bepaalde asfaltcentrale aangewezen zullen zijn (voor zover van aangewezen zijn al sprake is nu geen enkele centrale een afzetpercentage van 100 % in zijn verzorgingsgebied heeft). Centrales en afnemers komen elkaar ook elders in het land tegen (onder de rook van een minder machtige asfaltcentrale) en dan kunnen de verhoudingen heel anders liggen. Dat gegeven heeft mogelijk ook een disciplinerende werking op het gedrag van BAM NBM/HBG via asfaltcentrales die binnen hun verzorgingsgebied wel een groot deel van de afzet verzorgen. Het zou in dat verband interessant geweest zijn om ook de afzetcijfers van concurrerende asfaltcentrales volgens het model te berekenen. Nu immers de vestigingsplaats als middelpunt van de cirkel genomen wordt, zal het afzetcijfer bij andere centrales anders liggen en de gecombineerde afzetcijfers zouden wellicht een ander en genuanceerder beeld kunnen bieden. Nog interessanter zou het zijn om dezelfde berekening te maken vanuit de plaats van enkele nabijgelegen bouwplaatsen om ook een beeld van de positie van de afnemers te krijgen. Wij komen in ieder geval tot de conclusie dat het uiteindelijk uit toepassing van het model resulterende afzetcijfer omzichtig behandeld moet worden, met name nu geabstraheerd wordt van de positie van afnemers, en het niet meer dan een indicatieve waarde heeft.

Dat de d-g NMa soms – wanneer het er op aan komt – een grondige marktafbakening uitvoert, wordt geïllustreerd door het besluit in de zaak Liberty – Casema. De feiten waren er ook naar: een voorgenomen overname door het Amerikaanse mediaconcern Liberty van Casema waarbij beide partijen actief waren in vele geledingen en sectoren van de media (waaronder het aanbieden van (betaal)televisieprogramma's, interactieve televisiediensten en –technologie, doorgifte van signalen via kabel – Liberty via UPC – en internetdiensten en telefonie). De poging van partijen, mede in het licht van de ontwikkelingen in de (Europese) regelgeving, om de relevante markt af te bakenen tot (een) markt voor de distributie van informatie slaagt niet. Ook wanneer diensten of producten binnen eenzelfde kader van regelgeving vallen, leidt dit niet vanzelf tot de conclusie dat er sprake is van dezelfde relevante markt voor het mededingingsrecht, aldus de d-g NMa. Gelet op de veelomvattende activiteiten van partijen vervolgt de d-g NMa dan ook met een dienovereenkomstig uitgebreide afbakening van markten voor (*upstream* en *downstream*) distributie van radio en televisiesignalen (weer onder te verdelen in distributie per kabel, ether en sat-

teliet, analoog en digitaal en media met wisselend belang al naar gelang het TV of radio betreft), internettoegang en netwerktoegang (te onderscheiden in breedband en smalband, kabel en xDSL), telefonie, huurlijnen en datanetwerkdiensten. Bij de afbakening van de markten voor smalbandinternet en breedbandinternet noemt de d-g NMa het fenomeen van de substitutieconcurrentie; weliswaar zijn de markten voor smalband- en breedbandinternet van elkaar te onderscheiden, de mogelijkheid dat gebruikers bij voldoende verlaging van de kosten van breedbandinternet van smalband naar breedband overstappen, oefent toch een zekere mate van concurrentiedruk uit op de prijsvorming in de markt voor smalbandinternet.⁴⁴

Beoordeling individuele machtspositie

In het verslagjaar heeft het er slechts in een zeer beperkt aantal zaken om gespannen of een individuele machtspositie uit de voorgenomen concentratie zou resulteren. In het overgrote deel van de gevallen waren de gezamenlijke marktaandelen van de betrokken partijen dusdanig gering dat geen problemen dreigden wat ook zijn weerslag had op de marktafbakening (zie hiervoor).

In de zaak BAM NBM/HBG concludeert de d-g NMa dat de concentratie zou leiden tot een economische machtspositie op het gebied van de productie van asfalt in een aantal leveringsgebieden van asfaltcentrales. Op basis van het hiervoor beschreven marktafbakeningsmodel komt de d-g NMa tot relatief hoge afzetpercentages voor deze centrales (50-60 % dan wel 40 – 50 %; exacte cijfers zijn vertrouwelijk gehouden). Daarnaast is BAM NBM/HBG volgens deze berekening in de beoordeelde leveringsgebieden ruim (tot twee maal) groter dan de eerstvolgende concurrent. Dit gegeven in combinatie met het grote aandeel van BAM NBM/HBG in de landelijke afzet van asfalt, de positie van de combinatie in de wegenbouw en de hoge toetredingsbarrières tot lokale asfaltmarkten – eerder krimp- dan groeimarkten – leiden de d-g NMa tot de voornoemde conclusie. Zoals hiervoor onder 'Remedies' omschreven, hebben partijen enige concessies moeten doen om de zorgen van de d-g NMa weg te nemen. Het oordeel van de d-g NMa is in overwegende mate gebaseerd op het hierboven besproken marktafbakeningsmodel waarin wordt geabstraheerd van de positie van de afnemers en ook overigens van bepaalde vaste premissen wordt uitgegaan (met name de omvang van het afzetgebied), waarvan niet zonder meer vaststaat dat deze altijd opgaan. Zeker als het landelijk gemeten marktaandeel van partijen gezamenlijk niet zodanig is dat dit zonder nader bewijs de conclusie rechtvaardigt van een (dreigende) economische machtspositie lijkt ons dat aanvullend bewijs voor een gevreesde machtspositie (én de daaruit voortvloeiende mededingingsbeperking) niet overbodig is.

In de zaak Essent-Razob werd de dreiging van het oordeel van de d-g NMa dat de concentratie zou resulteren in

⁴⁴ Randnr. 314.

een individuele machtspositie op de markt voor compostering van GFT-afval (Groente, Fruit, Tuin) afgewend door de toezegging van Essent om voorafgaand aan het realiseren van de transactie een meerderheidsbelang in een van haar andere GFT-installaties af te stoten. De capaciteit van deze installatie stemde vrijwel overeen met die van de capaciteit van Razob zodat het marktaandeel van Essent op deze markt door de concentratie slechts verwaarloosbaar zou toenemen. Nu Essent vóór de concentratie een landelijk marktaandeel van 40 % had op deze markt en Razob slechts 3 % lijkt Essent wel wat strak aan de ketting te zijn gehouden. Want een marktaandeel van 40 – 45 % is weliswaar een sterke, maar nog geen doorslaggevende aanwijzing voor een machtspositie. Nu het besluit overigens geen motivering bevat voor het oordeel dat een toename van het marktaandeel van Essent met slechts 3 % niet aanvaardbaar zou zijn, vinden wij het wat karig gemotiveerd. Wij nemen aan dat de d-g NMa niet zonder meer een marktaandeelplafond van 40 % heeft willen introduceren. Wellicht is de in het openbare besluit vertrouwelijk gehouden vestigingsplaats van de af te stoten installatie van belang al gaat de d-g NMa uit van een geografisch gezien landelijke markt.

De zaak Liberty – Casema was in het verslagjaar de enige zaak waarin de d-g NMa oordeelt dat voor de voorgenomen concentratie een vergunning was vereist. Na uitvoerig onderzoek concludeert de d-g NMa dat zowel op de door de voorgenomen concentratie beïnvloede *upstream* als de *downstream* markten voor transport van TV-signalen via de kabel, als de markten voor het samenstellen en aanbieden van standaardpakketten via de kabel een individuele machtspositie dreigde. De combinatie zou 60 % van de kabel TV aansluitingen beheersen, met name in de Randstad, en daarmee een poortwachtersfunctie krijgen voor heel Nederland nu het resterend aantal kabelaansluitingen te gering was voor programma aanbieders om succesvol in Nederland actief te kunnen zijn. De combinatie zou in staat zijn door haar versterkte inkoopmacht de prijzen en voorwaarden voor programmadoorgifte te bepalen, de ontwikkeling van digitale televisie in Nederland sterk te beïnvloeden, haar eigen programma-aanbod te bevoordelen en het aanbod van digitale diensten aan consumenten te bepalen. Partijen voerden onder meer aan dat de sterke regulering van de markt (de door de Mediawet verplichte doorgifte van een basispakket aan programma's en de rol van de gemeentelijke programmeraden bij de samenstelling van het door te geven pakket) een voldoende rem zou zijn op mogelijk misbruik van machtspositie. De d-g NMa verwierpt dit argument met de expliciete overweging dat de regelgeving die erop is gericht om misbruik van machtspositie te voorkomen en de pluriformiteit van het aanbod te waarborgen, niet afdoet aan de noodzaak van concentratiecontrole. Deze heeft immers tot doel te waarborgen dat de structuur van de markt niet zodanig wordt aangetast dat een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt, waarmee de noodzaak wordt voorkomen om rechtstreeks controle uit te oefenen op eventueel misbruik van een dergelijke machtspositie. Daar komt

dan nog bij dat het regelgevend kader waar partijen zich op beroepen in de praktijk, aldus de d-g NMa, niet vlekkeloos werkt en ook niet alle mogelijke problemen afdekt.

Beoordeling verticale relaties

Bij de beoordeling van verticale relaties tussen de betrokken ondernemingen neemt de d-g NMa steevast tot uitgangspunt de vraag of de concentratie tot marktafsluitingseffecten zal leiden. Op de zaak Liberty – Casema na was er in geen van de in 2002 beoordeelde zaken waarin verticale elementen aan de orde waren aanleiding voor de d-g NMa om marktafsluitingseffecten aan te nemen. De betrokken ondernemingen hadden doorgaans beperkte marktaandelen en/of voldoende concurrenten zodat marktafsluiting niet viel te vrezen. Dit lag bepaald anders in de zaak Liberty – Casema, waarin de d-g NMa concludeerde dat deze combinatie de mogelijkheid en de prikkel heeft om marktafsluitend gedrag te vertonen, gelet op het aantal kabelaansluitingen van deze combinatie, haar activiteit als programma-aanbieder en samensteller van programmapakketten en de bedrijfsstrategie van Liberty, om voordeel uit verticale integratie te behalen.

Beoordeling collectieve machtspositie

De toets van de collectieve dominantie is in het verslagjaar regelmatig door de d-g NMa aangelegd en is aldus vast onderdeel van de dominantietoets geworden. Onduidelijk is thans nog hoe de uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg in de zaak Airtours/First Choice – uiteraard van eminent belang voor de toepassing van dit leerstuk – door de d-g NMa is opgepakt. A.W. Kist gaf in een interview in Actualiteiten Mededingingsrecht van december 2002 aan dat de NMa vanzelfsprekend goed zal bekijken wat de oordelen van het Gerecht voor haar betekenen, zonder dat dit noodzakelijkerwijze tot een verandering van de werkwijze van de NMa zou hoeven te leiden. Van een dergelijke verandering is in de relevante besluiten uit het verslagjaar niet gebleken, zij het dat uit diverse besluiten blijkt dat *partijen* expliciet een beroep op deze rechtspraak deden. Wij haasten ons echter daarbij op te merken dat, voorzover in het algemeen een dergelijke verandering van de NMa-praktijk al nodig zou zijn, de door de d-g NMa in 2002 beoordeelde concentraties daartoe waarschijnlijk in ieder geval geen aanleiding gaven nu in al deze gevallen sowieso niet aan de vereisten om een collectieve machtspositie aan te nemen werd voldaan. In de zaak Stichting Nationale Postcodeloterij – Stichting Uitvoeringsorgaan Financiële Acties deden zich enkele omstandigheden voor die een collectieve machtspositie zouden kunnen bevorderen, zoals een hoge concentratiegraad en een beperkt aantal spelers op de relevante Nederlandse markt voor loterijen en lotospelen, alsmede een markt die door vergaande regulering transparant is. Zo worden de voorwaarden waaronder marktdeelnemers kansspelen kunnen aanbieden sterk gedicteerd door de vereiste vergunning. Daar stonden echter niet slechts duidelijke aanwijzingen van concurrentie in het verleden tegenover, maar ook aanzienlijke asymmetrie in marktaandelen van de verschillende spelers, een bepaalde mate van hete-

rogeniteit van aanbod (behoorlijk verschillende lottospelen) en aanbieders en het feit dat de markt nog niet verzadigd is. Bovendien maakt de regulering die enerzijds bijdraagt tot transparantie van de markt het anderzijds moeilijk om een voor handhaving van een collectieve machtspositie vereist strafmechanisme te hanteren (zo moeten prijswijzigingen van overheidswege worden goedgekeurd, hetgeen bijvoorbeeld een snelle prijsoorlog onmogelijk maakt). In de zaak Deloitte & Touche – Arthur Andersen kwam de d-g NMa op basis van tal van factoren tot de conclusie dat een collectieve machtspositie van de na deze concentratie resterende ‘Big Four’ of ‘Final Four’ accountantskantoren niet aannemelijk was. Ook in de zaak Liberty – Casema concludeerde de d-g NMa dat een collectieve machtspositie van Liberty (UPC) en KPN op de Nederlandse markten voor breedband internettoegang en breedband netwerktoegang niet aannemelijk was ondanks de omvang van deze partijen, nu het gaat om een weinig transparante, jonge en dynamische markt met sterk groeipotentieel en weinig toetredingsbarrières.

Nevenrestricties

Zoals bekend conformeert de d-g NMa zich bij het beoordelen van nevenrestricties ex artikel 10 Mw aan het beoordelingskader van de Bekendmaking van de Commissie inzake nevenrestricties.⁴⁵ De ook in het verslagjaar regelmatig terugkerende oordelen over nevenrestricties bevatten dan ook niet veel nieuws. Niet als nevenrestrictie ex artikel 10 Mw werd erkend het in de zaak ABN Amro Participaties – Euromarine Electronics aan de orde zijnde non-concurrentiebeding ten laste van de managers van de over te nemen onderneming, nu dit niet rechtstreeks aan de concentratie was gerelateerd. In de zaak Euretco – Poelman werd ten behoeve van de koper van een te emitteren meerderheidsbelang in de over te nemen onderneming een concurrentieverbod opgelegd aan de (aanstaande) minderheidsaandeelhouders. Hoewel zij geen verkopers waren, achtte de d-g NMa in dit geval het concurrentiebeding gerechtvaardigd als nevenrestrictie. In de zaak Rouppe van der Voort en Thermo-Noord beschouwde de d-g NMa in navolging van de Bekendmaking van de Commissie een niet-wervingsbeding ten gunste van de verkoper niet als nevenrestrictie.

De vaststelling dat er over het afgelopen jaar niet veel nieuws is te melden over de NMa-praktijk inzake nevenrestricties is mogelijk nu de d-g NMa uitdrukkelijk in zijn beschikkingen de oordelen inzake nevenrestricties meeneemt, dit in tegenstelling tot het huidige beleid van de Commissie om dat – helaas – niet langer te doen (vgl. paragraaf 2 van de Bekendmaking). Het besluit in de zaak 3005/ Gilde Investment Management B.V. en Lips Textielservice Holding B.V. en Handelonderneming Domein B.V. illustreert de handelwijze van de d-g NMa. Hij neemt het oordeel over de nevenrestricties zelfs op in het overigens verkort gemotiveerde besluit. Participatiemaatschappij Gilde trad in het verslagjaar ook op als eiseres in de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 13 november 2002.⁴⁶ Daarin behandelde de rechtbank het beroep van Gilde tegen het

negatieve oordeel van de d-g NMa over het door Gilde als nevenrestrictie aangemelde non-concurrentiebeding ten laste van de Derby Cycle Corporation, in het kader van de verkoop door Derby aan Gilde van de aandelen in fietsenfabrikant Gazelle.⁴⁷ In het bestreden besluit oordeelde de d-g NMa dat het beding verder ging dan nodig voor de overdracht van goodwill en knowhow aan de koper nu Derby op de Nederlandse markt met het merk Raleigh actief bleef en het beding deze activiteit (kwantitatief) aan banden legde. Partijen zijn enkele dagen na dit besluit een alternatief concurrentiebeding overeengekomen. De rechtbank bevestigt dat ook het oordeel in een besluit ex artikel 37 Mw over nevenrestricties een besluit is in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb en daarmee tevens een besluit in de zin van artikel 37 lid 1 Mw. In dit verband refereert de rechtbank naar de wetsgeschiedenis en de hiervoor genoemde uitspraak van de rechtbank inzake UTC-HHCH van 3 april 2002. Vervolgens toetst de rechtbank het oorspronkelijke non-concurrentiebeding zelfstandig aan de Bekendmaking van de Commissie om eveneens te concluderen dat het beding in kwestie, gezien de blijvende activiteit op de markt van verkoper Derby, niet kwalificeert als nevenrestrictie. Doorslaggevend daarbij is dat een alternatief mogelijk is in de vorm van (slechts) een verbod voor Derby (zoals naderhand ook door partijen overeengekomen) om de goodwill en knowhow die zijn verbonden aan het overgedragen Gazelle te gebruiken, maar dat Derby vrijlaat bij haar activiteiten onder het merk Raleigh.

Notitie concentraties in de energiesector

Op 19 december 2002 publiceerde de NMa de Notitie concentraties in de energiesector. In deze notitie die in conceptvorm voorwerp is geweest van uitvoerig marktonderzoek en een openbare consultatie beoogt de NMa de voorlopige inzichten weer te geven over de uitgangspunten voor het beoordelen van toekomstige concentraties in de energiesector. De notitie wijdt vervolgens enkele hoofdstukken aan de diverse markten voor elektriciteit (productie/groothandel, transport en levering) en voor gas (*upstream*: opsporing, winning, groothandel, transport en opslag, en *downstream*: levering aan eindverbruikers) en aan de relatie tussen de markten voor gas en elektriciteit. Deze hoofdstukken behandelen het regulerend kader, de tot nu toe gehanteerde markt-afbakening en de te verwachten veranderingen in deze – zeer dynamische – markten. Daarnaast bevatten zij paragrafen waarin de NMa een aanzet beoogt te geven voor het beoordelen van horizontale concentraties en het beoordelen van verticale aspecten van concentraties. Het laatste – korte

⁴⁵ Bekendmaking van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van concentraties d.d. 4 juli 2001, Pb. EG 2001, C 188, p. 5.

⁴⁶ Zie noot 10. Het beroep was uitdrukkelijk beperkt tot het oordeel van de NMa over de nevenrestricties (randnummers 4 – 6 van het verkort gemotiveerde besluit).

⁴⁷ Zaak 2545/Gilde Investment Management B.V., Gilde Buy-Out Fund II B.V., Gilde Buy-Out Fund II C.V.-Koninklijke Gazelle B.V. Zie ook de bespreking van dit besluit in: D.J.M. de Grave en E.P. Jorritsma, Het vierde jaar concentratietoezicht door de NMa, M&M 2002, p. 199.

– hoofdstuk constateert dat het functioneren van de gasmarkt grote invloed heeft op het functioneren van de elektriciteitsmarkt, nu gas een grondstof is voor de productie van elektriciteit.

De Notitie geeft inzicht in de tot dusver door de d-g NMa gehanteerde marktafbakening, de stand van zaken per december 2002 en het regelgevend kader en is daarom lezenswaardig. In de inleiding zegt de NMa zelf al dat de in de Notitie geformuleerde uitgangspunten geleid op de ontwikkelingen in de energiemarkten uiteraard slechts voor een beperkte periode betekenis hebben, zodat de notitie als zodanig een voorlopig karakter heeft. Zij is daardoor voor de beoordeling van toekomstige concentraties minder waardevol. De gedeelten waarin de beoordeling van toekomstige concentraties in de diverse markten aan de orde komt, bevatten bij voorbeeld veel algemeenheden (zoals de evidente constatering dat bij de beoordeling van concentraties rekening zal worden gehouden met toekomstige ontwikkelingen). Gezien de stormachtige ontwikkelingen op deze markten en de daarmee gepaarde onzekerheid, valt de NMa dit gebrek aan richting niet te verwijten. De vraag rijst wel wat de reden is om juist nu met een dergelijke notitie te komen, althans met een notitie die meer pretendeert dan het weergeven van het tot dusver gevoerde (marktafbakenings)beleid en het regulerend kader.

Rechterlijke toetsing I: College van beroep voor het bedrijfsleven⁴⁸

In zijn uitspraak van 27 september 2002 in het hoger beroep van Essent en EDON tegen de uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 21 juni 2001 bevestigde het CBB de aangevallen uitspraak.⁴⁹ Over het rechterlijk toetsingskader van besluiten van de d-g NMa bevat de uitspraak van het CBB ten minste twee interessante passages.⁵⁰

Wat betreft het rechterlijke toetsingskader voor besluiten van de d-g NMa op vergunningsaanvragen (tweede fase) oordeelde het CBB: 'Dat de d-g NMa een zekere beoordelingsvrijheid heeft bij zijn waardering van de economische feiten en omstandigheden in het licht van de bepalingen van de Mw, neemt niet weg dat de rechterlijke toetsing, gelijk ook de rechtbank heeft overwogen, de vraag omvat of de d-g NMa heeft voldaan aan zijn verplichting aannemelijk te maken dat (al dan niet) sprake is van mededingingsrechtelijke problemen als genoemd in de Mw. Aan het rechterlijk toezicht op deze verplichting uit de Mw kan niet afdoen, dat volgens de rechtbank uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg zou kunnen worden afgeleid dat de mate van terughoudendheid van de rechterlijke toetsing groter zou zijn naarmate de complexiteit van de economische beoordeling toeneemt. [...] Hierbij dient derhalve niet alleen te worden gezien of het besluit op een zorgvuldige wijze is totstandgekomen en of het op een deugdelijke motivering berust, maar ook of de d-g NMa op juiste wijze invulling heeft gegeven aan de wettelijke begrippen en aannemelijk heeft gemaakt dat de feiten en omstandigheden aan de wettelijke voorwaarden voldoen.' [rov. 6.1; cursivering sc.].

Aangaande het criterium van artikel 41, lid 2 Mw voor de inhoudelijke beoordeling van de voorgenomen concentratie oordeelde het CBB: 'Ten onrechte heeft de rechtbank overwogen dat de enkele vaststelling van een economische machtspositie in de regel toereikend zal zijn voor de conclusie dat ook aan het vereiste van een significante belemmering van een daadwerkelijke mededinging is voldaan. Zodanige regel valt niet alleen niet uit de nationale regelgeving maar ook niet uit de communautaire regelgeving betreffende de controle op concentraties af te leiden [...]. Naar het oordeel van het College is echter het bestreden besluit, zoals door de d-g NMa toegelicht, voldoende grondslag voor de conclusie dat de vastgestelde machtspositie ook een significante belemmering van een daadwerkelijke mededinging tot gevolg zal hebben. [...] Uit deze omstandigheden, die wijzen op een machtspositie van een structurele, niet tijdelijke aard, heeft de d-g NMa kunnen concluderen dat de vastgestelde machtspositie tevens bedoeld gevolg van een significante mededingingsbelemmering heeft. De gesignaleerde belemmering kan in omvang niet onbetekenend worden geacht en is evenmin van tijdelijke aard.' (rov. 6.4). Hieruit wordt duidelijk – wat ook al algemeen werd aangenomen – dat de toetsing aan artikel 41, lid 2 Mw een dubbele toetsing is: niet alleen de economische machtspositie of het versterken daarvan zal vast moeten komen te staan, maar ook dat die positie een significante belemmering van een daadwerkelijke mededinging tot gevolg zal hebben. Nu het criterium van artikel 37 voor de beoordeling van concentratiemeldingen inhoudelijk gelijk is aan dat van artikel 41 voor de beoordeling van vergunningsaanvragen zou van deze uitspraak van het CBB reflexwerking kunnen worden verwacht voor de beoordeling in de eerste fase van de concentratiecontrole.⁵¹ In hoeverre de d-g NMa dit criterium in de eerste fase zo hanteert, is evenwel niet geheel duidelijk gezien de ook hiervoor al genoemde overweging in randnr. 197 van het besluit in de zaak Liberty-Casema. Hier noemt de d-g NMa immers als doel van het concentratietoezicht het waarborgen dat de structuur van de markt niet zodanig wordt aangetast dat een economische

48 Zie over het hoger beroep in concentratiezaken: 'Hoger Beroep in het mededingingsrecht; concentratie wenselijk?', J.R. van Angeren, M&M 2002, p. 246-251.

49 Zie voor de uitspraak AM 2001, p. 156-163, m.nt. R. Mahler en AB 2001, 331, m.nt. M.H. Boogers.

50 In zijn eerdere uitspraak van 5 december 2001 inzake d-g NMa vs Wegener Arcade N.V. oordeelde het CBB ten aanzien van de rechterlijke toetsing met betrekking tot de geoorloofdheid van het opleggen van beperkingen of voorschriften op de voet van artikel 41, lid 4 Mw: 'dat in het bijzonder nagegaan moet worden of de d-g NMa zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het naleven hiervan noodzakelijk is om de concentratie vergunningwaardig te doen zijn. Hierbij heeft de rechter in het bijzonder tot taak na te gaan of de voorschriften niet onevenredig zijn in verhouding met het ermee nagestreefde doel.' Zie over deze uitspraak nader de noten in: Mediaforum 4, april 2002, p. 131 e.v. (K.J.M. Mortelmans en F.J. Leeftang); M&M 2002, p. 32-35 (M. van Empel) en AM 2002, p. 26 e.v. (Y.E. de Muynck).

51 Zie de noot van F.J. Leeftang bij de uitspraak van het CBB in AM, 2002, p. 174-176, die – mede in het licht van de recente uitspraken van het Gerecht van eerste aanleg in Tetra Laval/Sidel en Schneider/Legrand – kritisch is over de diepgang en zorgvuldigheid van de toetsing door het CBB.

machtspostie kan ontstaan of worden versterkt, zonder verwijzing naar het afzonderlijke criterium van uit die machtspositie voortvloeiende belemmeringen.

Rechterlijke toetsing II: Gerecht van eerste aanleg

Het afgelopen jaar stond mede in het teken van de vernietiging door het Gerecht van Eerste Aanleg van maar liefst drie beschikkingen (inzake Airtours/First Choice, Tetra Laval/Sidel en Schneider/Legrand) van de Commissie in concentratiezaken. In deze, inmiddels uitvoerig becommentarieerde, arresten geeft het Gerecht voor de eerste maal een invulling aan het begrip collectieve machtspositie (Airtours) en wordt duidelijk dat op de Commissie een zware bewijslast (en bijbehorende motiveringsplicht) rust wanneer zij een voorgenomen concentratie wil verbieden waarbij de rechter een eenmaal genomen beschikking ook wat betreft de economische argumenten grondig kan toetsen. De tijd zal moeten leren welke invloed deze uitspraken op de Nederlandse rechtspraak zullen hebben. Het door het CBB in de zaak Essent-EDON/d-g NMa gehanteerde toetsingskader lijkt in elk geval van een meer dan marginale toetsing van concentratiebesluiten uit te gaan. Voormalig d-g NMa A.W. Kist was bij zijn vertrek bij de NMa vol vertrouwen over de kwaliteit van de concentratiebesluiten van de NMa: 'als je onze fusiecontrolebesluiten vergelijkt met besluiten van de Europese Commissie en ook die van het Bundeskartellamt, dan valt één ding voor iedere onbevooroordeelde lezer op, namelijk: dat onze besluiten veel uitvoeriger gemotiveerd zijn. Ik geloof dan ook dat onze besluiten werkelijk aan de maat zijn. Ik denk dat het CBB dan ook niet zo vaak zal oordelen dat wij het niet goed gedaan hebben.'⁵²

Europese samenwerking

Artikel 9, lid 1 Covo verwijzing

De Europese Commissie heeft op 3 september 2002 op verzoek van de Minister van Economische Zaken voor de tweede keer de beoordeling van een voorgenomen concentratie naar de NMa verwezen (artikel 9, lid 1 en lid 3 van de Europese Concentratieverordening).⁵³ De eerste keer betrof het de fusie van Vendex en KBB, voor zover het om de non-fooddetailhandelssector in Nederland ging (zaak 166). Ditmaal betrof het de zaak BAM NBM – HBG. Voor de toepassing van de Mededingingswet beschouwde de d-g NMa de aanmelding bij de Commissie met ingang van de datum van ontvangst van de verwijzingsbeschikking van de Commissie als een melding van een voorgenomen concentratie in de zin van artikel 34 Mw. Nadat partijen de voorgenomen concentratie hadden gewijzigd, besloot de d-g NMa op 24 oktober 2002 dat voor het tot stand brengen van de overname geen vergunning is vereist (zie over dit besluit ook hiervoor onder 'remedies', 'afbakening relevante markt' en 'beoordeling individuele machtspositie').

ECA: meervoudig aangemelde concentraties; gezamenlijk verzoek tot verwijzing

Op 18 april 2002 heeft de Werkgroep met betrekking tot meervoudig aangemelde concentraties van de in 2001 opgerichte (informele) vereniging voor European Competition Authorities (ECA) een *Procedures Guide* gepubliceerd waarin de praktijk van informatie-uitwisseling tussen de bij ECA aangesloten mededingingsautoriteiten voor meervoudig aangemelde concentraties is neergelegd.⁵⁴ Het ECA-lid dat een melding van een voorgenomen concentratiemelding ontvangt die ook al bij een andere ECA-autoriteit is gedaan, zal de andere ECA-autoriteiten informeren door een 'ECA-kennisgeving'.⁵⁵ Het doel hiervan is dat de ECA-autoriteiten elkaar vanaf een vroeg tijdstip op de hoogte houden en inconsistente uitspraken worden voorkomen. Volgens de website van de NMa zal de uit te wisselen informatie voornamelijk niet-vertrouwelijk zijn. Vertrouwelijke informatie zal slechts worden uitgewisseld als dit op grond van de nationale wetgeving geoorloofd is of de uitdrukkelijke instemming van bij de concentratie betrokken partijen heeft. Daarnaast is het de bedoeling dat de desbetreffende ECA-werkgroep fungeert als een platform voor het coördineren van gezamenlijke verzoeken tot het – op de voet van artikel 22, lid 3 van de Europese Concentratieverordening – naar de Europese Commissie verwijzen van concentraties die op nationaal niveau zijn aangemeld (in het Engels ook wel aangeduid als 'multi-jurisdictional mergers').⁵⁶

Hervormingsvoorstellen fusiecontrole Europese Commissie

Het in volle gang zijnde herzieningsproces van de Europese concentratiecontrole is inmiddels uitgemond in een voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, dat is vastgesteld op 12 december 2002.⁵⁷ Het voorstel is gebaseerd op het Groenboek van de Commissie van 11 december 2001 over de herziening van Verordening 4069/89. De Commissie stelde hierin onder meer een ander bevoegdheidscriterium voor om een betere afstemming tussen bevoegdheid van nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie te bereiken en meervoudige meldingen zoveel mogelijk te vermijden. De Commissie stelde verder voor dat zij automatisch bevoegd zou zijn wanneer concentraties meldingsplichtig zijn in drie

52 Afscheid van 'AW': een tevreden mens, AM 2002, p. 190-191.

53 Artikel 33, lid 2 Mw bepaalt in een dergelijk geval dat de voorschriften van de Nederlandse concentratievoorschriften van toepassing zijn.

54 Zie www.NManet.nl/overigepub/2002/eca/inleidingECAMergers.html. Zie hierover ook reeds D.J.M. de Grave en E.P. Jorritsma, Het vierde jaar concentratietoezicht door de NMa, M&M 2002, p. 192, die de wens uitspraken dat de ECA-mededingingsautoriteiten bij gelegenheid ook het bedrijfsleven en de Commissie bij hun informeel werkoverleg betrekken.

55 Bij de ECA Procedures Guide is een voorbeeld van een dergelijke kennisgeving gevoegd. Zie artikel 91, onder 1 Mw voor de bevoegdheid van de NMa tot het verstrekken van inlichtingen aan buitenlandse mededingingsautoriteiten.

56 De eerste van dergelijke verwijzingen hadden betrekking op de zaken IV/M.2698 –Promatech/Sulzer Textil en IV/M.2738/Gees – Unison.

57 Pb. EG 2003, C 20, p. 4 – 57.

of meer nationale jurisdicties (3+ systeem). Daarnaast behandelde de Commissie de verwijzingen van zaken tussen lidstaten, de vraag of een ander materieel beoordelingscriterium (de in de Amerikaanse concentratiecontrole gehanteerde *Substantial Lessening of Competition*-test) wenselijk is en enkele procedurele aspecten. (Ook) de Nederlandse staat is ingegaan op het in het Groenboek aan belanghebbenden gerichte verzoek om opmerkingen in te dienen. In de (concept) reactie van de Minister van EZ wordt onder meer gesuggereerd het nieuwe drie-landencriterium optioneel te maken, wordt in grote lijnen (maar met kanttekeningen) instemming betuigd met de voorgestelde vereenvoudiging van verwijzingen van zaken tussen Commissie en nationale autoriteiten, wordt gepleit tegen de SLC-test als materieel beoordelingscriterium en wordt het belang benadrukt van voldoende rechterlijke toetsing en toegang tot het dossier als tegenwicht tegen de door de Commissie voorgestelde verdergaande onderzoeksbevoegdheden.⁵⁸ Op basis van de vele ontvangen reacties op het Groenboek heeft de Commissie in het inmiddels gepubliceerde voorstel het 3+ systeem laten varen en in plaats daarvan ruimere mogelijkheden (procedureel en materieel) voorgesteld voor onderlinge verwijzing van zaken tussen nationale autoriteiten en de Commissie. Voorts wordt onder meer voorgesteld om de huidige machtspositietoets te handhaven. Op deze plaats laten wij het bij het uitspreken van de verwachting dat het Nederlandse en Europese systeem van concentratiecontrole in toenemende mate met elkaar verweven zullen raken. Zo zullen ook de op 31 december 2002 gepubliceerde ontwerp-mededeling van de Commissie inzake de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Raadsverordening inzake de controle op concentraties van ondernemingen – die op de laatste dag van 2002 in het Publicatieblad verscheen⁵⁹ – en de nog vast te stellen definitieve versie daarvan van belang zijn voor de concentratiecontrole onder de Mededingingswet.

Evaluatie Mededingingswet

In 2002 is de ook al daarvoor veelbesproken 'evaluatie van de mededingingswet' verschenen. Zij bestaat uit 6 deelonderzoeken, verricht door verschillende instanties en een syntheserapport van Bureau Berenschot. Het Eindrapport Evaluatie Mededingingswet van het NEI en het Eindrapport Evaluatie Mededingingswet – Juridisch deelonderzoek (dit laatste onder verantwoordelijkheid van Prof. mr P.J. Slot) gaan ook uitvoerig in op de concentratiecontrole, evenals het hiervoor reeds genoemde rapport van het SEO inzake de afbakening van de relevante markt.⁶⁰

Eindrapport NEI

Volgens dit rapport is het doel van de concentratiecontrole het in stand houden van ten minste het bestaande niveau van concurrentie in Nederland. Dit is vervolgens ook de toets die wordt gebruikt om de effectiviteit van de Mededingingswet te evalueren. Het onderzoek is gebaseerd op 'case studies' van 5 fusiezaken waarvoor het concurrentieniveau na het besluit wordt vergeleken met de (fictieve) situ-

atie dat het besluit er niet geweest zou zijn (simulatie analyse). De conclusie van het deelonderzoek luidt dat de veranderingen in het concurrentieniveau voor en na de besluiten niet substantieel, of licht positief zijn, hetgeen ook door externe factoren veroorzaakt kan zijn. Het effect van de concentratiecontrole is volgens het NEI-rapport daarom beperkt, waarop de conclusie wordt gebaseerd dat ingrijpen in het kader van concentratiecontrole waarschijnlijk het beste tot uitzonderingsgevallen – die gevallen waarin als gevolg van de voorgenomen concentratie de concurrentie daadwerkelijk zou verslechteren – beperkt kan blijven.

Eindrapport – juridisch deelonderzoek

De conclusie van dit deelonderzoek is dat het huidige systeem van concentratietoezicht in grote lijnen goed werkt. Hieraan wordt echter toegevoegd dat men zich kan afvragen of de kosten die het systeem voor overheid en bedrijfsleven met zich brengt wel opwegen tegen de beperkte welvaarts-winst die het oplevert. Het rapport noemt een aantal punten waarop de regels voor concentratietoezicht kunnen worden verbeterd: (i) deze regels moeten in lijn worden gebracht met de Europese regels voor de toetsing van coöperatieve joint ventures; (ii) het moet mogelijk worden gemaakt om al in de meldingsfase remedies op te leggen; (iii) de toepassingsdrempels voor het concentratietoezicht zouden verder moeten worden verhoogd; (iv) enkele procedurele aspecten zouden beter geregeld kunnen zijn (wie kan een concentratie aannemen?; regels voor hoorzittingen en termijnen voor het indienen van stukken). Als meer algemeen bezwaar tegen de concentratieregels voert het rapport aan dat het bestaande criterium (de dominantie-toets) niet erg relevant is omdat dit weinig zegt over de gevolgen van een concentratie voor – het niveau van – de concurrentie.

Syntheserapport

Bovenstaande opmerkingen worden gedeeltelijk herhaald in het syntheserapport, waarin in het algemeen wordt gesteld dat de concentratiecontrole onder de Mededingingswet goed werkt. Opgemerkt wordt dat sommige brancheorganisaties dit betwijfelen omdat er in veel economische sectoren nog steeds sprake is van een verder gaande concentratie. Volgens het syntheserapport leidt dit echter niet tot veranderingen in de effectieve concurrentie.

58 Kamerstukken II, 2002-2003, 22 093, nr. 14.

59 Pb. EG 2002, C 331, p. 18 - 31.

60 Alle rapporten zijn in principe te downloaden van www.ez.nl/upload/docs/Kamerbrieven/PDF-documenten/02027286-bijlage1.doc

Evaluatie van de evaluatie

In de redactionele kolommen van zowel het Nederlands Juristenblad⁶¹ als dit blad⁶² is meer dan forse kritiek geuit op de evaluatie van de Mededingingswet. Biesheuvel wijst erop dat de evaluatie, alhoewel het syntheserapport haar als een geheel presenteert, door verschillende onderzoekers is gericht die allen verschillende onderzoeksvragen stellen en verschillende onderzoeksmethoden gebruiken. Hij merkt verder op dat het mededingingsrechtelijk deel van het juridisch deelonderzoek uitgaat van een onduidelijke onderzoeksvraag en is gebaseerd op erg weinig gegevens (van de 150 aangeschreven respondenten hebben er slechts 14 gereageerd!), zodat de conclusies slecht zijn onderbouwd.

Boetebesluiten

In 2002 heeft de d-g NMa in slechts één concentratiezaak een boete opgelegd. De boete, die euro 22.500 bedroeg, werd opgelegd aan EDON wegens overtreding van een voorschrift verbonden aan de vergunning van de d-g NMa voor de fusie van PNEM/MEGA Groep N.V. en EDON Groep N.V. tot Essent. Dit boetebesluit van de d-g NMa is hiervoor onder 'Remedies' reeds uitvoerig besproken.

In zaak 2034/Deutsche Post – Trans-o-flex Schnelliefdienst GmbH had de d-g NMa bij besluit van 9 november 2001 aan zowel Deutsche Post als Trans-o-flex een boete van NLG 50.000 (euro 22.500) opgelegd wegens het verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens (artikel 73 Mw). De d-g NMa was van oordeel dat partijen ten onrechte hadden nagelaten informatie te verstrekken over de markt voor het bezorgen van pakketten per expresse in Nederland. Dit was een door de voorgenomen concentratie 'te beïnvloeden markt' zodat de meldende partijen deze markt op grond van artikel 35 lid 1 Mw jo artikel 8 tot en met 12 van het Besluit gegevensverstrekking Mededingingswet⁶³ hadden moeten vermelden. In zijn besluit op bezwaar van 10 december 2002 heeft de d-g NMa deze boete ingetrokken en oordeelde hij dat de ondernemingen weliswaar een verkeerd beeld hadden van de marktafbakening waarvan de NMa en de Europese Commissie uitgaan, maar dat dit hen niet geheel kan worden verweten.⁶⁴ De d-g NMa verwijst ter onderbouwing van dit oordeel naar het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften (ook wel Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, BAC, genoemd),⁶⁵ waarbij hij overigens vermeldt dat in dit advies ten onrechte wordt opgemerkt 'dat alleen dan een boete zou mogen worden opgelegd als sprake is van een evidente (poging) tot misleiding', daaraan toevoegend dat artikel 76 Mw de d-g niet opdraagt opzet aan te tonen, maar dat juist de belanghebbenden aannemelijk moeten maken dat hen geen verwijt treft (randnr. 10). Voor de praktijk zijn het primaire besluit en het besluit op bezwaar van de d-g NMa van groot belang. Ter vermindering van boetes (en een hoop ellende) kunnen partijen en hun adviseurs bij het melden van een voorgenomen concentratie de 'te beïnvloeden markt' bijna niet zorgvuldig genoeg in kaart brengen.

Conclusie

Het afgelopen jaar overziende valt met name de sterke daling van het aantal aangemelde en beoordeelde concentratiezaken op, hetgeen ongetwijfeld het gevolg zal zijn van de verhoogde omzetrempels en de verslechterde economie. Niettemin, zoals wij al in de inleiding aangaven is het stelsel van Nederlands concentratietoezicht ook in het afgelopen jaar geen rustig bezit gebleken, maar integendeel een zich steeds verder ontwikkelend systeem waaraan zowel door de rechter als door de NMa in diverse omvangrijke besluiten verder is gebouwd. De te verwachten wijzigingen in de Europese concentratiecontrole zullen deze ontwikkeling ongetwijfeld slechts versnellen en versterken.

61 M.B.W. Biesheuvel, NJB nr. 26, 2002, p. 1233.

62 P.V.F. Bos, E.E.C. van Damme, B.M.J. van der Meulen, T.R. Ottervanger, E.H. Pijnacker Hordijk, P.M.A.L. Plompen en F.O.W. Vogelaar, Evaluatie van de Mededingingswet; een gemiste kans, MfM 2002, nr. 7, p. 213 – 218. Inmiddels is ook een weerwoord verschenen; zie drs. J. Plug, drs. R.M. Timmerman, dr. B.E. Baarsma, prof. dr. J.J.M. Theeuwes, drs. J.F.G. Bruggert, dr. N.J. van der Lijn, Leren van de Evaluatie van de Mededingingswet, MfM 2003, p. 16 – 20.

63 Besluit van 17 oktober 1997, Stb. 485, houdende uitvoering van de artikelen 18, eerste lid, 35, eerste lid, en 42, tweede lid, van de Mededingingswet, zoals gewijzigd bij Besluit van 27 april 2000, Stb. 2000, 222.

64 Artikel 76 Mw luidt: 'Een boete op grond van artikel 71, 72, 73, 74, eerste lid, of 75, eerste lid, wordt niet opgelegd indien de belanghebbende aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.'

65 Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage was dat advies nog niet gepubliceerd.