

Kroniek Concentratiecontrole 2003

mr L.E.J. Korsten, drs M. A. Langman en mr M. van Wanroij¹

Inleiding

Op het gebied van de concentratiecontrole was 2003 geen bijzonder spectaculair jaar. De statistiek van 2003 komt in grote lijnen overeen met die van 2002. In slechts twee gevallen besliste de d-g NMa dat een vergunning was vereist (The Greenery – Fruitmasters en Nuon – Reliant Energy Europe). Uiteindelijk hoefde slechts in één van deze zaken een tweedefasebeslissing te worden genomen (Nuon – Reliant). Dat tweedefasebesluit steekt met kop en schouders boven de andere concentratiebesluiten uit 2003 uit en zal in deze kroniek onder de loep worden genomen. Voor de coöperaties The Greenery, Fruitmasters en CVK leverde 2003 een hernieuwde kennismaking met de NMa op. Ook bij de hierop betrekking hebbende zaken zullen wij in deze kroniek stilstaan. In 2003 hebben zich geen wijzigingen voorgedaan in de wet- en regelgeving voor het Nederlandse concentratietoezicht; wél heeft het kabinet eind 2003 plannen bekendgemaakt om de boetes terzake van het concentratietoezicht te verhogen. In 2003 werd slechts één rechterlijke uitspraak gewezen die relevant is voor deze concentratiekroniek. Aan het begin van het lopende kalenderjaar zijn de voorschriften voor de Europese concentratiecontrole vervangen door nieuwe. Een en ander zal hieronder kort aan de orde komen.

Statistiek

Door het verhogen van de drempelbedragen per 17 oktober 2001 en waarschijnlijk ook door het zware economische tij was er in 2002 ten opzichte van voorgaande jaren sprake van een zeer sterke daling van het aantal concentratiemeldingen (77 in 2002 ten opzichte van 135 in 2001 en 197 in 2000). In 2003 was sprake van een bestendiging van het aantal meldingen op het niveau van 2002.

De statistiek van 2003 komt in grote lijnen overeen met die van 2002:²

	2003	2002
Meldingen ³	69	77
Ingetrokken meldingen	5	8
Ontheffing wachtperiode	1	1
Besluiten op meldingen	71	66
Vergunning voor concentratie vereist	2	1
Besluiten op vergunningsaanvragen	1	0
Wijziging melding na potentiële mededingingsproblemen door NMa	0	2

L.E.J. Korsten en M. van Wanroij zijn beiden advocaat te Amsterdam (DLA SchutGrosheide). M. A. Langman is econoom (LangmanEconomen).

In 2003 oordeelde de d-g NMa in vier gevallen dat het concentratietoezicht niet van toepassing was op een aangeelde zaak. Driemaal omdat niet werd voldaan aan de drempels van artikel 29 Mw en eenmaal omdat er geen sprake was van een wijziging van zeggenschap (zaak 3793, Achmea – Interpolis – Univé, besluit van 10 december 2003). Dit besluit komt hieronder aan de orde (zie: 'Melding / Geen wijziging zeggenschap'). Anders dan het geval was in voorgaande jaren, heeft de d-g NMa in 2003 geen enkele sanctiebeschikking terzake van een concentratie genomen.

De NMa heeft overigens niet alle concentratiebesluiten op website geplaatst. Enkele besluiten ontbreken. Dit is jammer in zoverre dat de NMa-website wat betreft de concentratiebesluiten thans niet volledig is. Het is niet duidelijk waarom de NMa niet alle concentratiebesluiten op haar website heeft gezet. Ook al gaat onze nationale mededingingsautoriteit ver in haar streven naar transparantie, er blijft ruimte voor verbetering zoals ook hierna nog zal blijken.

De concentratie met veruit het grootste aantal fraaie namen is ongetwijfeld zaak 3445 (Vimaroty c.s – Nijland Holding, besluit van 9 mei 2003). In deze zaak komen vennootschappen voor met namen als Vimaroty Apeldoorn B.V., Majul B.V., Lass Benschop Vaassen B.V., Tedeje B.V., Wejoka Beheer B.V., Roekebosk Beheer B.V. en Rinnert de Jager Beheer B.V.

Verkort besluit

De d-g NMa heeft in 2003 in 23 gevallen een melding afgedaan door middel van een verkort besluit. In 2002 deed hij dit in 19 gevallen en in 2001 in 45 gevallen. In alle drie de jaren werd derhalve op ongeveer een op de drie meldingen beslist door middel van een verkort besluit.

Doorlooptijd

De NMa heeft in 2003 in het overgrote deel van de zaken vragen gesteld ter aanvulling van de melding (82%). Zij heeft 31% van de gemelde concentraties binnen vier weken afgerond. De meeste andere zaken zijn binnen enkele maanden afgewikkeld. Duidelijke uitzonderingen in dit opzicht zijn: zaak 3081 (Braverassa – Sandean, melding van 7 november 2002, besluit van 15 oktober 2003); zaak 3386 (Nuon – Reliant, melding van 2 april 2003, eerstefasebesluit van 11 september 2003) en zaak 3431 (Assa Abloy – Security

1 De auteurs danken Eelkje Stap, studente Universiteit van Tilburg, voor haar medewerking bij de voorbereiding van dit artikel.

2 Bron: website NMa. Zie ook: G.G.J. ten Broeke, De NMa in 2003: een overzicht, AM 2004, p. 6-7.

3 Ter vergelijking: 2001: 135, 2000: 197, 1999: 158 en 1998: 154.

Hardware Group Europe, melding van 25 maart 2003, besluit van 8 december 2003).

Informele zienswijzen

In 2003 heeft de NMa, evenals de jaren daarvoor, tal van informele zienswijzen afgegeven. Dergelijke zienswijzen zijn geen besluit⁴ en worden door de NMa als vertrouwelijk aangemerkt en niet gepubliceerd. In de eerste jaarverslagen van de NMa viel over de inhoud van door haar afgegeven zienswijzen nog wel het een en ander te lezen. In het – medio 2003 verschenen – jaarverslag over 2002 was dat echter niet het geval. Het is te hopen dat hieruit moet worden afgeleid dat de NMa in 2002 geen belangwekkende informele zienswijzen heeft afgegeven. Het valt immers moeilijk te accepteren dat de NMa zou weigeren of nalaten de zakelijke – niet tot partijen herleidbare – inhoud van belangwekkende zienswijzen bekend te maken. Dit zou eens te meer gelden indien de NMa – in navolging van haar beleidswijziging ten aanzien van het afgeven van zienswijzen bij de toepassing van artikel 6 en 17 Mw⁵ – het afgeven van informele zienswijzen in concentratiezaken bijvoorbeeld zou beperken tot nieuwe rechtsvragen van groot maatschappelijk belang of tot situaties waarin om strategische redenen een signaal naar de markt moet worden gegeven.

Rechter

In 2003 is één voor deze concentratiekroniek relevante rechterlijke uitspraak geweest. Het betreft de uitspraak van 1 mei 2003 van Rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, inzake Broadcast Newco Two B.V. tegen de d-g NMa. Op deze uitspraak wordt hieronder teruggekomen (zie: Rechterlijke controle). S.A.C.M. Lavrijssen publiceerde in SEW (2004, 03) een opstel over 'De rol van de Nederlandse administratieve rechter bij het toezicht op de mededinging' waarin wordt onderzocht op welke wijze de rechter de bevoegdheidsuitoefening door de NMa, de OPTA en de DTe heeft gecontroleerd.

Melding

Welke concentratie melden?

In zaak 3233 (Pon – Geveke, besluit van 17 januari 2003) hebben partijen in hun melding aangegeven dat Pon het voornemen heeft om enige tijd na de verwerving van de Geveke-aandelen een belang van 60% in de ondernemingen van Geveke die de Trade & Services Group (T&SG) worden genoemd, over te dragen aan een derde (Nimbus) waarna terzake van T&SG sprake zou zijn van gezamenlijke zeggenschap. Partijen stelden zich op het standpunt dat de activiteiten van T&SG geen deel uitmaakten van de aangemelde concentratie. Er was volgens hen slechts sprake van een tijdelijke verwerving van uitsluitende zeggenschap welke een afzonderlijke concentratie betreft, 'die apart gemeld zal worden bij de bevoegde mededingingsautoriteiten.' De d-g NMa is het met de impliciete conclusie dat dit deel van de transactie niet nu in de beoordeling moest worden betrokken niet eens omdat *niet zeker is* of Pon direct na het verwerven van de

aandelen in Geveke het belang van 60% in T&SG daadwerkelijk aan Nimbus zal overdragen. De d-g NMa oordeelt:

'Het feit dat Pon voornemens is de aanvankelijk uitsluitende zeggenschap in T&SG om te zetten in gezamenlijke zeggenschap doet er niet aan af dat Pon ten gevolge van het openbare bod uitsluitende zeggenschap zal verkrijgen en zeggenschap zal behouden over T&SG.'

De d-g NMa laat daarop volgen:

'Gelet op het vorengaande zal bij de beoordeling van de onderhavige concentratie ook rekening worden gehouden met de activiteiten die worden uitgevoerd binnen TS&G.' (randnummer 7). Deze gevolgtrekking ligt minder voor de hand dan men wellicht zou denken. Het stelsel van concentratietoezicht is geheel opgehangen aan de melding van partijen. De d-g NMa ontleent zijn bevoegdheid tot het beoordelen van een voorgenomen concentratie aan een melding door de betrokken partijen (artikel 37 lid 1 Mw). De d-g NMa is niet bevoegd een niet gemelde concentratie te beoordelen. Hij kan wél een boete opleggen indien ten onrechte niet werd gemeld en een last om de overtreding ongedaan te maken (artikel 74 lid 1 en 2 Mw). In het verlengde hiervan is de d-g NMa evenmin bevoegd een concentratie te beoordelen in enige andere vorm dan waarin zij ter beoordeling werd aangemeld (aanvullingen op en wijzigingen van de melding inbegrepen). En hij kan wél een boete opleggen aan degene die onjuiste of onvolledige gegevens verstrekt bij een melding (artikel 73 Mw).'

Toegegeven kan worden dat de formulering in het besluit van de d-g NMa ('zal bij de beoordeling van de onderhavige concentratie ook rekening worden gehouden met') zodanig dubbelzinnig is dat niet duidelijk is of de d-g NMa uitgaat van een andere dan de aangemelde concentratie, dan wel uitgaat van de aangemelde concentratie maar daarbij omstandigheden betreft die zijns inziens voor de beoordeling van de concentratie van belang zijn. De meldende partijen hebben zich er blijkbaar niet druk over gemaakt. Zij hebben hun melding niet ingetrokken om de d-g NMa af te houden van het toetsen van een concentratie die zij (op dat moment) niet door de NMa wilden laten beoordelen.

Eén of twee concentraties? Eén of twee meldingen?

Ofschoon de d-g NMa terzake van twee voorgenomen transacties twee afzonderlijke meldingen had ontvangen – zaak 3525 (Griffon – Boerenbond, besluit van 8 juli 2003)

4 Rb. Rotterdam, sector bestuursrecht, 24 januari 2000, MEDED 99/206-SCR (Vereniging Belangenbehartiging Schildersbedrijven en Stichting Meldadres BBS en Bureau Meldadres BBS BV/d-g NMa); *M&M* 2000, p. 79 e.v.

5 B.A. Nijs, NMa wijzigt beleid met betrekking tot informele zienswijzen, *AM* 2004, p. 3-4.

en zaak 3526 (Griffon – Agri Retail, besluit van 8 juli 2003) behandelde hij de transacties gezamenlijk.

De eerste transactie betreft De Hanze B.V., een vennootschap die actief is op het gebied van het beheer van onroerend goed en onderdeel uitmaakt van de Griffon Trust-groep met onder meer eigen winkels onder de formule Dierenland en een deelneming in een zelfbedieningsgroothandel voor dierenvoeding. De Hanze B.V. had het voornemen zeggenschap te verkrijgen over de Boerenbondactiviteiten van Coöperatieve Cehave Landbouwbelangen U.A. welke coöperatie onder meer 50% van de aandelen houdt in Agri Retail B.V. – de inkooporganisatie en franchisegever voor de Boerenbond- en Welkoopwinkels – en actief is op het gebied van het beheren van vastgoedlocaties waarop de Boerenbondwinkels zijn gevestigd. De tweede transactie betrof De IJsvogel Beheer B.V., een vennootschap die eveneens onderdeel uitmaakt van de Griffon Trust-groep en actief is op het gebied van de inkoop van dierbenodigdheden ten behoeve van franchisenemers, tevens franchisegever is van door derden geëxploiteerde winkels onder de formules Pet's Place en Dierland en houdster is van een B.V. met een groothandel in dierbenodigdheden. De IJsvogel B.V. had het voornemen zeggenschap te verkrijgen over Agri Retail B.V.

De d-g NMa beschouwde de beide voorgenomen transacties als één concentratie. Onder verwijzing naar artikel 27 onder b Mw stelt de d-g NMa dat onder het begrip concentratie mede wordt begrepen het verkrijgen van zeggenschap over een of meer ondernemingen of delen daarvan. In zaak 1132 (FCDF – De Kievit, besluit van 7 juli 1999; randnummers 14-34, waarin de partijen slechts één concentratie hadden gemeld) had de d-g NMa geoordeeld dat de vraag of sprake is van één dan wel twee of meer concentraties beoordeeld dient te worden aan de hand van (i) de contractuele samenhang en (ii) de economische samenhang. Op beide punten concludeert de d-g NMa in zaak 3525 en zaak 3526 dat materieel sprake is van één concentratie. Wat betreft de contractuele samenhang maken beide transacties onderdeel uit van dezelfde *Letter of Intent* en is in elk van de koopovereenkomsten de opschortende voorwaarde opgenomen dat de andere overeenkomst is ondertekend. Wat betreft de economische samenhang toetst de d-g NMa – op het voetspoor van zijn besluit in zaak 1132 – (i) of de onderscheiden entiteiten in belangrijke mate in onderlinge samenhang worden ingezet voor de productie of distributie van goederen of diensten, (ii) of er tussen de entiteiten belangrijke onderlinge toeleveringsrelaties zijn, (iii) of er tussen de entiteiten fysieke of logistieke verbondenheid is, en (iv) of bepaalde belangrijke bedrijfsmiddelen – waaronder eventueel IE-rechten en gebruiksrechten – bij meerdere entiteiten in gemeenschappelijk gebruik zijn. Voor de d-g NMa volgt de economische samenhang uit het gegeven dat Agri Retail zowel de inkooporganisatie als franchisegever voor de Boerenbondwinkels is, terwijl de Boerenbondwinkels uitsluitend producten via hun franchisegever Agri Retail inkopen.

De facto zeggenschap / structuurvennootschap / corporate governance

In de zojuist besproken zaken 3525 (Griffon – Boerenbond) en 3526 (Griffon – Agri Retail) rees de vraag of het verkrijgen van 50% van de aandelen in Agri Retail B.V. door IJsvogel Beheer B.V., onderdeel van de Griffon Trust-groep, een verkrijging van *zeggenschap* was. Partijen hadden zich aanvankelijk op het standpunt gesteld dat Griffon met de verkrijging van een belang van 50% in Agri Retail zeggenschap op basis van vetorechten zal verkrijgen over Agri Retail B.V. In een later stadium hebben partijen aangegeven dat Agri Retail een structuurvennootschap is waarbinnen de Raad van Commissarissen – samengesteld door middel van coöptatie – een beslissende invloed heeft op het strategische en commerciële beleid van de onderneming. Volgens dit voortschrijdend inzicht van partijen zou Griffon derhalve geen zeggenschap verwerven over Agri Retail, zodat de desbetreffende transactie niet (afzonderlijk) behoeft te worden gemeld. De d-g NMa volgt partijen hierin echter niet. Hij verwijst terzake naar zijn eerdere besluiten in zaak 2014 (HIM Furness – Koops, besluit van 22 september 2000, randnummer 8)⁶ en zaak 2198 (Schuitema – Sperwer, besluit van 3 januari 2001, randnummer 22) waarin is aangegeven dat het gegeven dat het structuurregime er in beginsel toe leidt dat een aantal belangrijke beslissingsbevoegdheden binnen een vennootschap niet aan de grootaandeelhouder maar aan de Raad van Commissarissen toekomt, niet tot de conclusie leidt dat de grootaandeelhouder niet meer in staat zou zijn om een beslissende invloed, in de zin van artikel 26 Mw, uit te oefenen op de activiteiten van de vennootschap. De d-g NMa wijst hierbij op de Parlementaire Geschiedenis⁷ op grond waarvan voor het verkrijgen van zeggenschap niet vereist is dat invloed ontstaat op de dagelijkse gang van zaken in de onderneming. In beginsel is het voldoende dat invloed wordt verkregen op het beleid dat op lange termijn wordt gevoerd (bijvoorbeeld beslissende invloed op investeringen, ingrijpende uitbreiding of inkrimping van activiteiten of het wijzigen van de doelstelling van de onderneming of de inrichting van de rechtspersoon waarin de onderneming wordt gedreven). Met een beroep op het rapport van de Commissie Peters, Corporate Governance uit 1996 (onder meer par. 5.6.4) stelt de d-g NMa dat een structuurregime niet kan leiden tot een situatie waarin het bestuur en de Raad van Commissarissen zich volledig onafhankelijk opstellen van de grootaandeelhouder. Uitgangspunt is immers, aldus de d-g NMa, dat zowel het bestuur als de Raad van Commissarissen het vertrouwen van de grootaandeelhouder moeten hebben:

'Aangenomen moet worden dat de Raad van Commissarissen niet blijvend voorbij zal kunnen gaan aan de wil van de grootaandeelhouder. De grootaandeelhouder beschikt, ongeacht de belemmeringen die kunnen voortvloeien uit het

6 Zie over dit besluit: D.J.M. de Grave en E.P. Jorritsma, Het derde jaar geconsolideerd concentreren, *M&M* 2001, p. 94-95.

7 Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr.3, p. 72.

structuurregime, de facto over verschillende mogelijkheden om de gang van zaken in de onderneming te beïnvloeden⁸ en het bestuursbeleid, zo zij dit noodzakelijk acht, te frustreren. Het is aannemelijk dat het bestuur en de commissarissen zich zullen richten naar het beleid van de grootaandeelhouder in de wetenschap dat deze grootaandeelhouder, eventueel op langere termijn, over indirecte middelen beschikt, waaronder financiële, om het beleid van de vennootschap naar haar hand te zetten.’ (randnummer 10).

Op dit oordeel van de d-g NMa lijkt zowel feitelijk als juridisch wel iets af te dingen. Zo maakt de d-g NMa in zijn besluit onder meer niet duidelijk (i) waarom moet worden aangenomen dat de Raad van Commissarissen niet blijvend voorbij zal kunnen gaan aan de wil van de grootaandeelhouder; (ii) dat de grootaandeelhouder – mede gelet op het enquêterecht – werkelijk over de mogelijkheid beschikt het bestuursbeleid te frustreren; (iii) onder welke omstandigheden de grootaandeelhouder het ‘noodzakelijk’ acht het bestuursbeleid te frustreren; (iv) wat ‘eventueel op langere termijn’ betekent; en (v) dat de grootaandeelhouder als het er op aankomt daadwerkelijk over voldoende financiële middelen beschikt om het beleid van de vennootschap naar haar hand te zetten.

Het toetsen van *de facto* zeggenschap is uit de aard der zaak nauw verweven met de feiten. Maar deze toets is minstens evenzeer verweven met het (toepasselijke) vennootschapsrecht. In dat verband zijn van belang het door de Tweede Kamer met enkele wijzigingen aangenomen wetsvoorstel tot aanpassing van de structuurregeling⁹ en de op 9 december 2003 gepubliceerde Nederlandse corporate governance code (ook wel genoemd de Code Tabaksblat), welke code door het kabinet inmiddels integraal en ongewijzigd is overgenomen als gedragscode voor *beursgenoteerde* vennootschappen en, als het aan het kabinet ligt, na de aanvaarding van het hiervoor genoemde wetsvoorstel betreffende de aanpassing van de structuurregeling, zal worden aangewezen als gedragscode in de zin van artikel 2:391 lid 4 B.W.¹⁰ Zoals bekend, was een belangrijke doelstelling van de opstellers van de code Tabaksblat om aandeelhouders – primair binnen de bestaande wet- en regelgeving – meer zeggenschap te geven. De nieuwe code zou derhalve in sommige gevallen ook een rol kunnen gaan spelen bij het vaststellen van *de facto* zeggenschap, bij vennootschappen met een structuurregeling¹¹ of daarbuiten.

Geen wijziging zeggenschap

In zaak 3793 (Achmea – Interpolis – Univé, besluit van 10 december 2003) oordeelde de d-g NMa dat het concentratietoezicht niet van toepassing was omdat *geen* sprake was van een *wijziging* van zeggenschap. De gemelde operatie – de totstandbrenging van de gemeenschappelijke onderneming Dispatch Nederland B.V. door Achmea Schadeservice B.V., Interpolis Facilitaire Dienstverlening B.V. en Onderlinge Verzekering Maatschappij Univé Schade B.V. – leidde in het geheel niet tot enige vorm van zeggenschap (uitsluitende

noch gezamenlijke zeggenschap). In casu ontbraken (i) veto-rechten, (ii) een stemovereenkomst op grond waarvan minderheidsaandeelhouders gezamenlijk zouden hebben opgetreden en (iii) grote gemeenschappelijk belangen van de minderheidsaandeelhouders, waardoor onaannemelijk was dat een situatie ontstaat die aanleiding zou geven tot collectief handelen. De d-g NMa concludeerde dat zowel in de aandeelhoudersvergadering als in de Raad van Commissarissen van Dispatch *wisselende coalities* besluiten van strategische en commerciële aard zullen kunnen nemen.

‘Er is sprake van een situatie waarin geen van de aandeelhouders in staat is om zonder instemming van een of meer andere aandeelhouders strategische beslissingen over de activiteiten van Dispatch te bepalen of blokkeren.’ (randnummer 10).¹²

Drempel / omzet

In zaak 3592 (Carat – Medialand, besluit van 1 augustus 2003), die betrekking had op de markt van het inkopen van mediaruimte, speelt de vraag of de omzetrempels wel werden gehaald. De d-g NMa overweegt – onder verwijzing naar zijn besluit van 25 juli 2002 in zaak 2943 (My Travel – NBBS) – dat de NMa bij het toetsen van een (aangemelde) concentratie aan de omzetrempels een goedgekeurde of anderszins definitieve jaarrekening als uitgangspunt neemt. Carat had in haar *financial report* 2002 voor het eerst haar omzet berekend aan de hand van de inkomsten uit de door haar ontvangen provisies. Vervolgens formuleert de NMa als (tweede) uitgangspunt dat ‘de gebruikelijke wijze van financiële verslaggeving in de relevante branche als uitgangspunt dient te worden genomen’ (randnummer 5). Volgens markt-

8 De d-g NMa wijst in een voetnoot op art. 2:168 B.W. (het recht van aanbeveling en het recht van bezwaar bij de benoeming van commissarissen), art. 2:274 B.W. (het recht om kennis te nemen van de voorgenomen benoeming en het ontslag van een bestuurder) en art. 2:273 B.W. (het recht van de aandeelhoudersvergadering om de jaarrekening van de vennootschap goed of af te keuren).

9 Kamerstukken I, 2002/2003, 28 179, nr. 309 (Gewijzigd voorstel van wet).

10 Brief van de Ministers van Financiën en Economische Zaken, Zalm en Brinkhorst, d.d. 1 maart 2004 aan de Tweede Kamer (te raadplegen op: www.minfin.nl en www.commissietabaksblat.nl). Zie over de Code Tabaksblat bijvoorbeeld de WPNR special ‘*Tabaksblat en verder*’, WPNR nr. 6563 van 31 januari 2004; en over de wijze van wettelijke incorporatie van de gedragscode: J.B. Huizink, A.J.M. Klein Wassink en S.E. Zijlstra, *De Nederlandse corporate governance code in de wet: statisch, dynamisch of problematisch?*, *NJB* 2004, p. 425-430.

11 Zie hierover: Tekst en toelichting, *Nieuwe structuurregeling*, D. Dirks, B. van Hussen en E. Soerjatin, *Sdu* 2004, p. 28, onder verwijzing naar Kamerstukken II, 2002/2003, 28 179, nr. 31 (Tweede nota van wijziging).

12 In lijn met de eerdere besluiten van de d-g NMa in zaak 169 (HIC), 1891 (Avandis) en 2866 (Nuon Water) en conform randnr. 35 van de Mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip ‘concentratie’ in Verordening (EEG) nr. 4069/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*Pb. EG* 1988, C 66/5 van 2 maart 1988): ‘Indien er geen sterke gedeelde belangen [...] bestaan, sluit de mogelijkheid van wisselende coalities van minderheidsaandeelhouders normalerwijze het vermoeden van gezamenlijke zeggenschap uit.’

partijen is het in de branche waarin Carat en Medialand actief zijn, gebruikelijk dat de omzet wordt berekend aan de hand van het totale bedrag dat bij de opdrachtgever in rekening wordt gebracht, en niet slechts de ontvangen provisie. Ook Medialand hanteert dit uitgangspunt in haar jaarverslag. De d-g NMa toetst vervolgens de inhoudelijke juistheid van dit uitgangspunt voor het onderhavige geval. Carat en Medialand lopen bij het aanbieden van hun diensten 'een financieel- of bedrijfsrisico' en de toegevoegde waarde aan de uiteindelijke inhoud van het mediaplan kan redelijkerwijs 'niet als nihil' worden beschouwd. Carat en Medialand leveren en adviseren over mediadiensten die onder meer bestaan uit mediastrategie, -planning, -reserveringen en opties en prijsonderhandelingen waarvan media-inkoop onderdeel uitmaakt. De genoemde adviezen en het bedingen van tariefreducties kunnen worden aangemerkt als toegevoegde waarde aan de uitvoering van het mediaplan, zodat geen sprake is van 'een louter bemiddelende rol' en er geen reden is om bij de berekening van de omzet slechts de ontvangen provisie in aanmerking te nemen (randnummer 7). In de hiervoor al genoemde zaak 2943 (My Travel – NBBS, besluit 25 juli 2002) en in zaak 2639 (Monuta – SCI, besluit van 25 september 2001) oordeelde de d-g NMa reeds in gelijke zin. Gegeven vorenstaande strenge maatstaven zal in geval van 'bemiddeling plus' bij het toetsen aan de omzetrempels niet van de provisie-inkomsten moeten worden uitgegaan maar van het 'aan de opdrachtgever in rekening gebrachte bedrag'.

Concentratie

Uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap?

In zaak 3782 (BCD – Sudtours, besluit van 15 december 2003) is sprake van een tweetrapsraket. BCD neemt geleidelijk de aandelen Sudtours over van Bimoss Holding. Gedurende de eerste vier jaar hebben BCD en Bimoss beide effectief een vetorecht over belangrijke strategische beslissingen. Na vier jaar verliest Bimoss haar vetorecht en verkrijgt BCD de uitsluitende zeggenschap over Sudtours. Partijen stellen zich op het standpunt dat hun concentratie 'beoordeeld dient te worden als zijnde een verkrijging van uitsluitende zeggenschap door BCD over Sudtours' (randnummer 7). De d-g NMa gaat hier niet in mee. Onder de enkele verwijzing naar de Mededeling van de Europese Commissie over het begrip concentratie,¹³ stelt de d-g NMa dat de aanloopfase *maximaal drie jaar* mag beslaan. De getrapte overdracht van Sudtours door Bimoss aan BCD zal om die reden per stap moeten worden beoordeeld. In 2003 betrof de beoordeling de eerste stap (de totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderneming als bedoeld in artikel 27 onder c van de Mededingingswet) en in 2007 zal de tweede stap betreffen (de overname van de resterende aandelen van Sudtours door BCD) moeten worden beoordeeld.

Sudtours is actief als organisator van toeristische reizen. Na de verkoop van Sudtours aan BCD zal Bimoss geen activiteiten meer hebben op deze markt. BCD is net als Sudtours actief op de markt voor georganiseerde reizen. De d-g

NMa beoordeelt in zijn besluit de positie van de combinatie BCD/Sudtours op de markt voor georganiseerde reizen en concludeert dat het gezamenlijke marktaandeel van deze partijen geen aanleiding geeft te veronderstellen dat er een economische machtspositie zal ontstaan.

Het mechanische beroep van de NMa op de hiervoor genoemde mededeling van de Commissie levert ons inziens geen goede reden op om te zijner tijd een afzonderlijk oordeel te vellen over de wijziging van gezamenlijke zeggenschap in uitsluitende zeggenschap. Aangezien Bimoss buiten Sudtours om niet actief is op de markt voor georganiseerde reizen, lijkt ons een afzonderlijke beoordeling van de wijziging van gezamenlijke zeggenschap in uitsluitende zeggenschap in 2007 feitelijk overbodig. De d-g NMa had de in het verschiet liggende verkrijging van de uitsluitende zeggenschap door BCD meteen in zijn beoordeling kunnen meenemen. Een toetsing van de getrapte transactie in twee fasen lijkt de meldende partijen en de NMa alleen maar onnodig extra werk te bezorgen. De d-g NMa had zijn besluit in de zaak BCD/Sudtours kunnen aangrijpen om aan te geven wanneer en waarom het omzetten van gezamenlijke zeggenschap in uitsluitende zeggenschap in een geval als het onderhavige een afzonderlijke beoordeling behoeft. Er is weliswaar sprake van een wijziging van zeggenschap, maar het lijkt op voorhand uitgesloten dat door die wijziging een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt.

Inhoudelijke beoordeling

Energiesector

De d-g NMa heeft in 2003 verschillende besluiten over de energiemarkt genomen. Deze besluiten komen hieronder aan de orde.

Nuon – Reliant

De besluiten inzake Nuon – Reliant Energy Europe (zaak 3386) vormden ongetwijfeld de meest opmerkelijke concentratiebesluiten van 2003. De d-g NMa heeft de overname van Reliant door Nuon in de vergunningsfase toegestaan onder de voorwaarde dat Nuon de capaciteit van de Intergen-centrale zal veilen onder kleinere energieleveranciers. In zijn besluiten lijkt d-g NMa een nieuwe invulling te

13 Mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip 'concentratie' in Verordening (EEG) nr. 4069/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*Pb. EG* 1989, C 66/5 van 2 maart 1998). De relevante voetnoot uit de mededeling van de Commissie, waarop de d-g NMa zich baseert, luidt: 'Deze aanloopfase mag maximaal 3 jaar beslaan. Zaak IV/M.425 (British Telecom/Banco Santander) van 28 maart 1994.' Wie zaak IV/M.425 erop naleest, zal een maximum van drie jaar echter niet terugvinden. De Commissie schrijft slechts: 'At most BS will be able to exercise a decisive influence over BTSa for only the first three years of the joint venture agreement [...] Given the long term nature of the investment, the three year period is insufficient to bring about a lasting change in the structure of the undertakings concerned. BT will therefore have sole control over BTSa.' Dat laat meer ruimte dan de Europese Commissie en de NMa in respectievelijk de mededeling en het besluit in zaak 3782 suggereren.

hebben willen geven aan het begrip 'economische machtspositie' en aan het wettelijk verankerde toetsingscriterium voor concentraties.

De melding in zaak 3386 is van 2 april 2003. De NMa heeft ambtshalve vragen gesteld aan verschillende marktpartijen en heeft aan twee onderzoeksbureaus (ECN Beleidsstudies en Frontier Economics Ltd.) opdracht gegeven de concentratie door middel van econometrische modellen te onderzoeken en tweemaal aanvullende vragen gesteld aan de meldende partijen. Die hebben op hun beurt de NMa 'de mogelijkheid willen geven een relatief uitgebreid onderzoek te doen'. Dit heeft ertoe geleid dat de behandeltermijn langdurig opgeschort is geweest. De d-g NMa heeft zijn beslissing in de eerste fase pas ruim zeven maanden na de melding genomen (11 september 2003). De beslissing in de tweede fase werd op 8 december 2003 genomen.

De d-g NMa heeft de fusie in zijn oorspronkelijke opzet geblokkeerd omdat uit onderzoek zou blijken dat er door de fusie een grotere kans zou ontstaan op maatschappelijk ongewenste marktresultaten (lees: meer volatiele spotmarktprijzen voor leveringsbedrijven en een hogere elektriciteitsprijs voor eindgebruikers). Dit risico hangt samen met de eigenaardigheden van de elektriciteitsmarkt. Elektriciteit kan niet worden opgeslagen, maar moet worden geproduceerd op het moment dat ze wordt afgenomen. De vraag naar elektriciteit is zeer beweeglijk. Overdag zijn er scherpe pieken en dalen en ook over het jaar is er sprake van variatie. Ook de productiecapaciteit van elektriciteit kan variëren. Zo zorgde de hete zomer van 2003 voor problemen omdat de centrales onvoldoende koelwater konden innemen, en er toevallig (?) op dat moment een centrale uitviel als gevolg van storingen. Doordat de vraag en de productiecapaciteit onafhankelijk van elkaar variëren kent de spotmarkt voor elektriciteit grote prijsfluctuaties. Van de ene dag op de andere kan de prijs vertienvoudigen. De prijsmutaties op de spotmarkt zijn groot, maar de verhandelde volumes zijn beperkt. De bulk van de elektriciteit wordt op termijn gecontracteerd. Op de spotmarkt worden voornamelijk de laatste plooitjes in vraag en aanbod gladgestreken. De meeste eindgebruikers hebben weinig last van de scherpe prijsfluctuaties op de spotmarkt, omdat ze lange-termijncontracten hebben afgesloten voor hun elektriciteitsvoorziening.¹⁴ Het probleem zit hem vooral bij de leveringsbedrijven die op elk moment voldoende elektriciteit moeten inkopen bij de productiebedrijven om hun afnemers van stroom te voorzien. Als een leveringsbedrijf (door fluctuaties in de vraag) op enig moment onvoldoende elektriciteit op de langetermijnmarkt heeft gecontracteerd, zal het die extra stroom tegen elke prijs op de spotmarkt moeten bijkopen.¹⁵ De afhankelijkheid van de leveringsbedrijven op de groothandelsmarkt speelt de elektriciteitsproducenten in de kaart. Voor hen kan het aantrekkelijk zijn om capaciteit uit de markt te nemen op een moment van relatieve schaarste, omdat dat de prijzen verder opdrijft. De d-g NMa stelt dan ook in zijn besluiten dat de markt zich leent voor 'strategisch gedrag' van producenten, ook als geen sprake is van kartelvorming of van een economische machts-

positie van een of meer aanbieders. Anders dan Essent heeft Nuon aanvankelijk op één paard gewed door zich te profileren als leveringsbedrijf. Nuon heeft slechts beperkte productiefaciliteiten. De achtergrond van de overname van Reliant is waarschijnlijk dat Nuon door op grotere schaal actief te worden als producent zich wil indekken tegen spotmarktfluctuaties.

Productmarkt

Afbakening van de relevante markt in mededingingszaken gebeurt doorgaans (impliciet of expliciet) op basis van de SSNIP-test. In deze test worden de gevolgen geanalyseerd van een 'small but significant *non-transitory* increase in prices'. De relevante markt omvat de aanbieders die (door gezamenlijk op te treden als monopolist) in staat zouden zijn hun omzet te vergroten door middel van een kleine, maar significante *duurzame* prijsverhoging.

In het Nuon/Reliant-besluit stelt de d-g NMa echter (randnummer 19):

'Als gevolg van het fluctueren van vraag en aanbod ontstaat een wisselende situatie op de markt(en). Dit betekent dat de vraag of een economische machtspositie ontstaat of wordt versterkt niet goed kan worden beantwoord zonder het tijdsaspect daarbij te betrekken en dat de tijdsfactor ook bij de bepaling van de relevante markt steeds in ogenschouw moet worden genomen. In feite kan gesteld worden dat elk moment een aparte productmarkt vormt en dat de mate waarin ondernemingen over een economische machtspositie beschikken snel kan variëren in de tijd.'

Deze opvatting verhoudt zich slecht tot de gebruikelijke SSNIP-test. Als elk moment een afzonderlijke productmarkt zou vormen, dan zijn 'non-transitory' prijsstijgingen immers helemaal niet aan de orde.

Geografische markt

In zijn besluit gaat de d-g NMa uit van de Nederlandse elektriciteitsmarkt, ondanks de opvatting van partijen dat sprake is, of in ieder geval op afzienbare termijn zal zijn, van een Europese markt. Voor beide opvattingen is wel wat te zeggen. Voor de opvatting van de d-g NMa spreekt dat de capaciteit van de verbindingen met Duitsland en België beperkt is (randnummer 33 en 34). Dit spoort met de opvatting die de NMa eerder heeft uitgesproken in de Notitie concentraties in de energiesector.¹⁶ Door deze capaciteitsbeper-

¹⁴ Uiteindelijk betalen de eindgebruikers uiteraard wel voor de hoge prijzen op de spotmarkt, omdat die vroeg of laat door de leveringsbedrijven in de langetermijnprijzen worden doorberekend.

¹⁵ Een vergelijkbaar probleem treft overigens elektriciteitsproducenten wanneer hun productiecapaciteit door bijvoorbeeld storingen onvoldoende is om de elektriciteit te produceren die ze op de langetermijnmarkt hebben verkocht. In dat geval zijn zij het die tegen elke prijs stroom moeten bijkopen op de spotmarkt.

¹⁶ NMa, Notitie concentraties in de energiesector, december 2002 (te raadplegen op: www.nmanet.nl).

kingen zijn buitenlandse producenten niet in staat om flexibel in te spelen op prijsfluctuaties op de Nederlandse spotmarkt. Voor de opvatting van partijen spreekt dat op langere termijn aan integratie van de Europese elektriciteitsmarkt niet te ontkomen is. Wanneer de Nederlandse spelers nu in hun groei worden belemmerd, zijn het straks kabouters op een markt van Europese reuzen.¹⁷

Marktaandelen

Op de groothandelsmarkt voor elektriciteit in Nederland zijn aan de aanbodkant vier grote partijen actief: Electrabel, E.On, Reliant en Essent. Electrabel, E.On en Reliant zijn vooral productiebedrijven. Essent is zowel productiebedrijf als leveringsbedrijf. Daarnaast is er decentrale productiecapaciteit in de vorm van WKK-centrales en dergelijke die in handen zijn van leveringsbedrijven. De bij Nuon vermelde capaciteit heeft betrekking op de Intergencentrale.

Marktaandelen op de elektriciteitsmarkt (bij benadering)

	basislast	pieklast	totaal
Electrabel	5%	43%	21%
Essent	15%	22%	18%
EPZ (Essent/Delta)	7%	0%	4%
E.On	9%	9%	9%
Reliant	16%	15%	16%
Nuon	0%	10%	4%
Decentraal	48%	0%	28%
Totaal	100%	100%	100%

Bron: berekend op basis van de marktgegevens in het NMa-besluit.

Aan de vraagkant van de groothandelsmarkt is een groot aantal spelers actief. Het gaat dan om de grote leveringsbedrijven Essent, Nuon en Eneco, maar ook om kleinere leveringsbedrijven als Delta en nieuwkomers op de markt zoals Energiebedrijf.com. Behalve leveringsbedrijven zijn er ook grote afnemers die hun elektriciteit direct bij de producent inkopen.

Marktmacht

In het tweedefasebesluit gaat de d-g NMa uitgebreid in op het begrip marktmacht in relatie tot de elektriciteitsmarkt.¹⁸ Volgens artikel 1 onder i van de Mededingingswet beschikt een onderneming over marktmacht wanneer zij in staat is zich onafhankelijk op te stellen van concurrenten en afnemers. De d-g NMa operationaliseert deze definitie door te stellen dat partijen in staat zijn zich onafhankelijk op te stellen van afnemers en concurrenten wanneer zij

'de mogelijkheid hebben om de prijzen of andere wezenlijke concurrentieparameters significant en op duurzame wijze te beïnvloeden'

(curs. NMa; randnummer 50). De d-g NMa gaat echter verder (randnummer 50):

'Ondernemingen beschikken over gezamenlijke marktmacht wanneer zij door een, al dan niet stilzwijgende, afstemming van hun marktgedrag één of meer concurrentieparameters gezamenlijk kunnen beïnvloeden. Marktmacht kan ook bestaan wanneer sprake is van 'unilaterale effecten', dat wil zeggen dat een of meer ondernemingen ieder voor zich, dus zonder onderlinge coördinatie, invloed op de prijzen of andere wezenlijke concurrentieparameters kunnen uitoefenen.'

Essentieel in dit citaat is dat de woorden 'significant' en 'op duurzame wijze', die de d-g NMa eerder in zijn besluit had gecursiveerd, plotseling zijn weggevallen. Dat klemmt te meer omdat de d-g NMa stelt dat juist op deze vorm van marktmacht het onderzoek in zaak 3386 zich richt.

Afgezien van collusie en parallel marktgedrag wordt de marktmacht van individuele aanbieders van elektriciteit op enig moment in de tijd bepaald door de elasticiteit van de vraag naar elektriciteit en de elasticiteit van het aanbod van elektriciteit van concurrerende aanbieders. De elasticiteit van de vraag naar elektriciteit op de spotmarkt is laag omdat veel afnemers langetermijncontracten hebben gesloten om te voorzien in hun elektriciteitsverbruik. De spotprijs speelt in hun afwegingen geen enkele rol. De leveringsbedrijven zitten daardoor tussen hamer en aambeel. Hoge spotprijzen zijn niet van invloed op het verbruik van hun afnemers. Dit betekent dat de vraag naar stroom van leveringsbedrijven op de groothandelsmarkt niet elastisch kan zijn. De elasticiteit van het aanbod van elektriciteit is afhankelijk van de capaciteitsbezetting van de producenten.

'Als de concurrenten allemaal aan hun capaciteitslimiet zitten, is de overblijvende producent feitelijk monopolist,'

aldus de NMa (randnummer 54). Voor deze monopolist kan het aantrekkelijk zijn om capaciteit achter te houden om zo de prijzen op de spotmarkt verder op te drijven. Het verlies dat deze monopolist leidt door de vermindering van de afzet wordt meer dan goedgemaakt door de hogere prijzen voor de resterende afzet. De spotmarkt voor elektriciteit heeft naar haar aard een volatiel karakter. Die volatilititeit maakt haar gevoelig voor strategisch gedrag. En dat strategisch gedrag kan de volatilititeit nog verder doen toenemen. De mogelijkheden voor strategisch gedrag nemen toe naarmate er minder

¹⁷ Dit probleem wordt nog versterkt door het besluit van het kabinet, eind maart 2004, om de distributienetwerken in handen van de rijksoverheid te brengen. Zuivere leveringsbedrijven zijn straks weinig meer dan een klantenbestand met factureringsoftware die op een Europese markt weinig anders kunnen doen dan zich laten overnemen door een serieuze (buitenlandse) marktpartij. Deze bedrijven protesteerden dan ook onmiddellijk tegen het kabinetsbesluit.

¹⁸ Zie voor een analyse van het beoordelingscriterium van het eerstefasebesluit van de d-g NMa en een vergelijking daarvan met (het ontwerp voor) de nieuwe Europese concentratieverordening: M. Visser, Nuon/Reliant – een spannend besluit, AM 2003, p. 193-197.

producenten overblijven, wat volgens de onderzoeksbureaus die de d-g NMa heeft ingeschakeld kan leiden tot grotere uitschieters van de prijs op de spotmarkt.¹⁹

Een aspect dat in het besluit onderbelicht blijft, is dat leveringsbedrijven niet per definitie zijn aangewezen op de spotmarkt voor elektriciteit. Wanneer ze op de langetermijnmarkt voldoende stroom inkopen, kunnen ze de spotmarkt met zijn vaak iets lagere, maar soms veel hogere elektriciteitsprijzen, links laten liggen. De elektriciteitsmarkt is vergelijkbaar met de markt voor kaartjes voor een popconcert. Wie om vier uur 's ochtends in de rij gaat staan, is verzekerd van een kaartje. Wie dat niet doet, kan in twee situaties terechtkomen. Het concert is uitverkocht en de kaartjes kosten op de zwarte markt een vermogen. Of het concert is niet uitverkocht en de laatste kaartjes gaan tegen bodemprijzen weg. Heeft nu degene die om vier uur 's ochtends in de rij is gaan staan en extra kaartjes heeft gekocht, géén machtspositie als er kaartjes overblijven, maar wél als het concert is uitverkocht? En heeft hij alleen een machtspositie als hij bereid is zijn kaartjes te verkopen of heeft hij ook een machtspositie als hij zelf naar het concert wil gaan? Of heeft hij alleen een machtspositie als hij van zijn tien kaartjes er maar drie wil verkopen omdat hij dan hogere prijzen kan krijgen?

Dit zijn vragen die ook voor de elektriciteitsmarkt moeten worden beantwoord. Elektriciteitsproducenten beschikken over een bepaalde productiecapaciteit. Ze zijn vergelijkbaar met handelaren die bij ieder concert om vier uur op de stoep liggen. Meestal blijven ze met kaartjes zitten, maar soms maken ze een klapper. Hebben ze een machtspositie op de momenten dat sprake is van een verkopersmarkt? En hebben de leveringsbedrijven een machtspositie op de (veel talrijker) momenten dat sprake is van een kopersmarkt?

Hier wreekt zich het wegvallen van de woorden significant en op duurzame wijze in de definitie van unilaterale effecten. De prijzen op de spotmarkt kunnen door de producenten immers wel *significant*, maar niet *op duurzame wijze* worden beïnvloed. In dat geval zou er immers ruimte ontstaan voor arbitrage tussen de langetermijnmarkt en de spotmarkt. Of in gewoon Nederlands: dan zou het voor bijvoorbeeld leveringsbedrijven aantrekkelijk zijn om op de langetermijnmarkt te veel elektriciteit in te kopen die vervolgens met gegarandeerde winst op de spotmarkt zou kunnen worden verkocht. Toetreding tot de spotmarkt als aanbieder van stroom vergt een grote portemonnee, maar verder zijn er feitelijk geen belemmeringen. Het is opmerkelijk dat de d-g NMa met deze disciplinerende factor op het producentengedrag geen rekening heeft gehouden.

Consequenties van het NMa-besluit

Zoals gesteld is de overname van Reliant waarschijnlijk ingegeven door de wens van leveringsbedrijf Nuon om zijn afhankelijkheid van producenten op de spotmarkt te verminderen. Ook na de overname van Reliant blijft Nuon netto vragender op de groothandelsmarkt voor elektriciteit. Na de overname heeft Nuon als netto inkoper nog steeds belang bij lage spotmarktprijzen, al wordt dat belang wel minder. Om die

reden is het wrang dat het NMa-besluit juist Nuon treft, en niet bijvoorbeeld Electrabel of E.On. Deze bedrijven hebben immers als netto aanbieder op de groothandelsmarkt het grootste belang bij hoge spotmarktprijzen. De conclusie dat door de overname van Reliant een economische machtspositie van Nuon zou ontstaan of zou worden versterkt, lijkt op basis van de analyse van de d-g NMa niet te kunnen worden getrokken en wordt door de d-g NMa ook niet getrokken. Andere conclusies zijn wel mogelijk. Zo is de transactie vervelend voor de kleine – niet-producerende – leveringsbedrijven, omdat er minder 'vrije' capaciteit overblijft. Hun economische onmacht wordt dus groter. Voorzover sprake is van een machtspositie van producenten als Essent, E.On en Electrabel lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat die machtspositie door de voorgenomen transactie wordt versterkt. Maar ten aanzien van Nuon lijkt slechts de conclusie gerechtvaardigd dat de onmacht afneemt.

Remedie

De merites van de door Nuon voorgestelde en door de d-g NMa geaccepteerde quasi-structurele remedie komen uit het besluit niet duidelijk naar voren. Deze remedie komt erop neer dat de productie van de Intergen-centrale op de langetermijnmarkt zal worden geveild onder de kleinere leveringsbedrijven. Deze veiling stelt de leveringsbedrijven in staat zich in te dekken tegen spotmarktfluctuaties door elektriciteit op de langetermijnmarkt te contracteren. De d-g NMa beperkt zich tot de mededeling dat uit modelsimulaties blijkt dat de mogelijkheden voor strategisch gedrag verminderen. Hoe dat kan blijkt niet uit het besluit. 90% van de elektriciteit wordt verhandeld op de termijnmarkt en slechts 10% op de spotmarkt. Nuon kan dus gewoon een deel van de capaciteit van het over te nemen Reliant inzetten om mee te speculeren op de spotmarkt. Uiteindelijk zal de effectiviteit van de remedie afhangen van de mate waarin de kleinere leveringsbedrijven zich tegen spotmarktfluctuaties wensen in te dekken. Want ook op de elektriciteitsmarkt brengt het afdekken van risico's kosten met zich mee.

Tegen het tweedefasebesluit van de NMa is beroep ingesteld.

Eneco – Remu

Voor aanzienlijk minder problemen heeft de overname van Remu door Eneco geleid. De d-g NMa heeft in zaak 3282 in de eerste fase beslist dat voor de overname geen vergunning is vereist. Voor Remu was de keuze voor Eneco er één bij gebrek aan beter. Een overname door de Spaanse energie-gigant Endesa is in 2002 afgeketst op een weigering van toenmalig minister Jorritsma van Economische Zaken om toe te staan dat het netwerk van Remu in handen zou komen van een particuliere onderneming. Tegen een overname door

¹⁹ De NMa heeft de onderzoeksrapportages van Frontier Economics en ECN niet gepubliceerd. De juistheid van de analyse kan daarom niet worden getoetst.

Eneco, ook een overheidsbedrijf, bestaan bij het Ministerie geen bezwaren, net zomin als bij de d-g NMa.

De d-g NMa is nog wel nagegaan of door de overname van Remu door Eneco op de leveringsmarkt van energie een oligopolie zou kunnen ontstaan, met dezelfde ongewenste effecten als op de productiemarkt. Gezien het succes van nieuwkomers en kleinere leveringsbedrijven op de markt voor (groene) elektriciteit verwacht de d-g NMa echter dat de schade wel zal meevallen.

TenneT

Ook de overname van Transportnet Zuid-Holland (TZH) door staatsbedrijf Tennet (zaak 3672, besluit van 13 oktober 2003) is niet op mededingingsrechtelijke bezwaren gestuit.

Samen met de Rabobank heeft TenneT bovendien van de d-g NMa groen licht gekregen voor de oprichting van een joint venture die platforms aanbiedt voor de handel in groencertificaten en emissierechten (zaken 3461, besluit van 11 september 2003 en 3790, besluit van 11 december 2003). De d-g NMa heeft de zaak in twee instanties behandeld, omdat de eerste melding uitsluitend betrekking had op groencertificaten en TenneT en de Rabobank blijkbaar pas na deze melding hun voornemens hebben uitgebreid tot emissierechten. De d-g NMa besluit in beide zaken dat het gaat om een concentratieve joint venture waarvoor geen vergunning is vereist.

TenneT is een 100%-overheidsbedrijf dat op grond van de Elektriciteitswet 1998 is aangewezen als de onafhankelijke beheerder van het landelijke hoogspanningsnet. Een vraag die de d-g NMa niet heeft beoordeeld, is of het verstandig is dat een overheidsbedrijf waaraan een publieke taak is toevertrouwd commerciële activiteiten ontplooit in een joint venture met een particuliere onderneming. Wettelijk is daartegen geen bezwaar. Het wetsvoorstel Markt en Overheid,²⁰ dat marktactiviteiten door overheidsorganisaties aan banden had moeten leggen, is in de aanloop naar de parlementaire behandeling gesneuveld. De geest van dit wetsvoorstel is echter nog niet geheel terug in de fles.²¹ Ooit zal het kabinet of het Ministerie van Economische Zaken wellicht besluiten dat het geen goed idee is dat TenneT in samenwerking met een particuliere onderneming commerciële activiteiten ontplooit. De vraag is dan of het exploiteren van handelsplatforms tegen die tijd als publieke taak of als marktactiviteit zal worden beschouwd. Het antwoord op deze vraag zal bepalen of de activiteiten in dat geval in handen zullen komen van TenneT of van de Rabobank.

Aardbeien, appels en peren

Een joint venture van de twee grootste Nederlandse fruitveilingen, The Greenery en Fruitmasters, is in 2003 opnieuw gesneuveld op bezwaren van de NMa. Al in 1999 hebben deze organisaties bij de NMa een voornemen voor de joint venture gemeld (zaak 1427, besluit van 16 september 1999). Het besluit van de d-g NMa dat voor deze concentratie een vergunning was vereist, heeft partijen destijds doen afzien van hun voornemens. In 2003 verliep de procedure

niet anders. Na het besluit dat voor de concentratie een vergunning was vereist (zaak 3230, besluit van 16 april 2003), hebben partijen opnieuw van hun fusievoornemen afgezien.

The Greenery en Fruitmasters zijn beide erkende telersverenigingen. Telersverenigingen zijn volgens Verordening (EG) 2200/96 verenigingen die zijn opgericht met als doel onder andere 'de concentratie van het aanbod en het in de handel brengen van de producten van de leden te bevorderen, de productiekosten te drukken en de productieprijzen te reguleren.' (artikel 11 lid 1). Een van de voorwaarden voor de erkenning van een telersvereniging is dat de statuten de aangesloten telers verbieden hun producten anders dan via het verkoopkanaal van de telersvereniging aan de man te brengen. Telersverenigingen hebben recht op communautaire financiële steun wanneer zij een actiefonds vormen. Dit actiefonds dient de fruitveiling in staat te stellen zo nodig fruit door te draaien. Doordraaien is het kunstmatig beperken van het aanbod om zo de marktprijs op peil te houden. Kortom: telersverenigingen zijn gesanctioneerde kartels.

The Greenery en Fruitmasters beoogden met hun fusie schaalvoordelen en daarmee kostenvoordelen te realiseren (randnummer 64).²² De d-g NMa heeft daar nu dus ten tweede male een stokje voor gestoken. In zijn besluit van 13 april 2003 memoreert de d-g NMa dat hij al bij de eerste melding in 1999 de zorg heeft geuit dat de voorgenomen concentratie zou kunnen leiden tot de vorming van een economische machtspositie jegens de aanbieders van vers fruit (fruittelers). In 2003 constateert de d-g NMa dat deze situatie sinds 1998 niet significant is veranderd, zij het dat het relatieve belang van het BVO-kanaal (het 'Buiten-de-Veiling-Om'-kanaal) sinds 1998 is gestegen door een groot aantal stakingen van bedrijven onder fruittelers (randnummer 69).²³ Wat betreft de positie op de markt voor de afzet van vers fruit (of mogelijke deelmarkten) oordeelt de d-g NMa op vergelijkbare wijze (randnummer 99).

Het is jammer dat The Greenery en Fruitmasters de NMa nooit in staat hebben gesteld om een uitspraak te doen in de tweede fase. In een diepgaander onderzoek zou de NMa immers hebben kunnen nagaan hoe de voorgenomen concentratie zich verhoudt tot de marktvisie die ten grondslag ligt aan de genoemde EG-Verordening. Die analyse zou veel inzicht kunnen opleveren in de economische merites van kartelvorming. Een andere vraag is waarom The Greenery en Fruitmasters de herhaalde confrontatie met de NMa hebben

²⁰ Kamerstukken II 2001/2002, 28 050, nr. 1-3.

²¹ Zie de brief van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer van 12 februari 2004 met het kabinetsstandpunt 'Heroverweging van het wetsvoorstel markt en overheid', kenmerk ME/MW 4002548 (te raadplegen op: www.minez.nl).

²² In zoverre hierbij werd gewezen op internationale concurrentiedruk lijkt sprake van enige spanning met de nationale marktafbakening waarvan in het besluit is uitgegaan (randnr. 63).

²³ Van de stelling dat The Greenery en Fruitmasters – als verlengde arm van hun leden – uitsluitend tot doel hebben de belangen van de leden te dienen (randnr. 66), is de d-g NMa niet onder de indruk. Het gaat immers niet slechts om de belangen van de leden van de verenigingen.

opgezocht. Het 'overnemen' van de afzonderlijke leden van The Greenery en Fruitmasters door een nieuwe telersvereniging lijkt niet zonder meer onder de concentratiecontrole te vallen.

Kalkzandsteen: geen boete voor de NMa

De – nagenoeg identieke – zaken 3432 (Haniel – Kalkzandsteenfabrieken, besluit van 24 maart 2003) en 3433 (Cementbouw – Kalkzandsteenfabrieken, besluit van 22 maart 2003) hebben een bijzondere voorgeschiedenis. De d-g NMa beoordeelt twee concentraties die op aandrang van de Europese Commissie tot stand zijn gebracht om een eerdere, door de NMa (informeel) goedgekeurde en door de Commissie daarna de facto verboden concentratie te ontvlechten.

De voorgeschiedenis

De geschiedenis begint met zaak 124 (CVK kalkzandsteenfabrieken). De Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging CVK was een samenwerkingsverband waarbij elf producenten van kalkzandsteen waren aangesloten. Deze elf ondernemingen behoorden – direct of indirect – toe aan drie moedermaatschappijen: Haniel, NBM-Amstelland (later Cementbouw) en RAG. De leden van CVK werkten al langer samen, hetgeen had geleid tot een kartelprocedure op grond van de Wet economische mededinging. Mede naar aanleiding van deze procedure werd een poolingovereenkomst opgesteld die (na inwerkingtreding van de Mededingingswet) bij de NMa werd aangemeld. Alle economische activiteiten van de leden van CVK zouden voor een periode van minimaal tien jaar onder centrale leiding van het bestuur van CVK gebracht worden. De resultaten van de fabrieken zouden worden gepoold en volgens een vooraf vastgestelde verhouding verdeeld. De NMa oordeelde dat sprake was van een concentratie aangezien voorheen onafhankelijke ondernemingen duurzaam werden samengevoegd, dat deze concentratie binnen het Nederlandse concentratietoezicht viel en dat hiervoor een vergunning moest worden aangevraagd.

Binnen de kalkzandsteensector was volgens de NMa sprake van twee onderscheiden relevante markten, namelijk een van bouwmaterialen voor constructieve (of dragende) wanden en een van bouwmaterialen voor niet-constructieve wanden. Binnen deze markten, die beide nationaal van aard waren, bestond geen verder onderscheid tussen woningbouw en utiliteitsbouw. Hoewel gesteld kon worden dat de bij CVK aangesloten ondernemingen voorheen reeds een collectieve machtspositie hadden gehad en dat deze positie in omvang hetzelfde bleef, oordeelde de NMa dat de omzetting van deze collectieve machtspositie naar een enkelvoudige machtspositie een versterking van de machtspositie inhield, omdat de potentiële concurrentie tussen partijen op structurele wijze werd uitgeschakeld. Ofschoon CVK een aanzienlijke marktmacht zou krijgen, waren er volgens de NMa voldoende disciplinerende factoren aanwezig om de concentratie toe te staan.

De vergunning voor deze concentratie werd door de NMa verleend op 20 oktober 1998, maar pas ruim 9 maanden

later werd de poolingovereenkomst door partijen gesloten. Ondertussen waren verdergaande onderhandelingen gevoerd: partijen waren overeengekomen dat Haniel en Cementbouw de aandelen van RAG in de bij CVK aangesloten ondernemingen zouden overnemen. Hierdoor zouden Haniel en Cementbouw ieder een aandeel van 50% in CVK verwerven. De NMa was door partijen in maart 1999 van dit voornemen op de hoogte gesteld. In een informele brief deelde zij partijen mede dat deze transactie, wanneer deze na het sluiten van de poolingovereenkomst zou plaatsvinden, geen concentratie in de zin van de Mededingingswet vormde die apart zou moeten worden aangemeld. De reden hiervoor was, zoals de NMa later aan de Commissie zou laten weten, dat de aandeelhouders met de overdracht van de zeggenschap over hun ondernemingen aan CVK de directe zeggenschap over deze ondernemingen kwijtraakten, zonder (indirecte) zeggenschap over CVK te verwerven aangezien de leden van de leidinggevende organen van CVK niet tegelijkertijd functies mochten bekleden bij de moedermaatschappijen. De overname van de aandelen van RAG bracht volgens de NMa derhalve geen wijziging in de zeggenschap over CVK.

De poolingovereenkomst werd op 9 augustus 1999 gesloten. Meteen daarna, op dezelfde dag, namen Cementbouw en Haniel de aandelen van RAG in de bij CVK aangesloten ondernemingen over. *So far, so good*. In 2001 deed Haniel echter bij de Commissie melding van de overname van twee Duitse producenten van bouwmaterialen. Door deze melding raakte de Commissie op de hoogte van Haniels deelneming in CVK en van de transactie die in 1999 had plaatsgevonden. Volgens de Commissie was deze transactie ten onrechte niet bij haar aangemeld.²⁴

In haar informele brief aan partijen had de NMa het volgens de Commissie bij het verkeerde eind gehad met betrekking tot de zeggenschap over CVK. Toen de aandelen in CVK door drie partijen gehouden werden was er, zoals in het oorspronkelijke besluit correct was geconcludeerd, geen sprake van gezamenlijke zeggenschap over CVK omdat zich tussen de drie moeders wisselende meerderheden konden vormen. Door het vertrek van RAG verwierven Haniel en Cementbouw echter gezamenlijke zeggenschap over CVK omdat zij ieder over 50% van de aandelen in de bij CVK aangesloten ondernemingen, en daardoor in CVK, beschikten. Dat de leden van de leidinggevende organen van CVK niet tegelijkertijd een functie bij Haniel of Cementbouw mochten bekleden was wel een factor die bij de zeggenschapsvraag in aanmerking mocht worden genomen, maar de NMa had deze factor niet doorslaggevend mogen laten zijn. Omdat ervan moest worden uitgegaan dat Haniel en Cementbouw gezamenlijke zeggenschap over CVK hadden, moest bij de beoordeling van de concentratie ook hun omzet in aanmerking worden genomen. De concentratie verwierf hierdoor een

²⁴ Beschikkingen van de Commissie van 21 februari 2002, in zaak COMP/M.2495 Haniel/Fels, *Pb. EG* 2003 L 103/36 en van 9 april 2002 in zaak COMP/M.2568 Haniel/Ytong, *Pb. EG* 2003 L 111/1.

communautaire dimensie en had dus bij de Commissie moeten worden aangemeld.

Het bezwaar van partijen dat de NMa de wijziging in de door haar goedgekeurde concentratie door middel van een informele brief had gesanctioneerd, werd door de Commissie eenvoudig terzijde geschoven. Omdat de NMa niet bevoegd is de concentratieverordening toe te passen, kon haar informele brief voor partijen niet een gerechtvaardigd vertrouwen creëren dat zij volgens de concentratieverordening niet tot aanmelding bij de Commissie verplicht waren. Daarbij komt dat de oorspronkelijk bij de NMa aangemelde concentratie niet tot stand was gebracht. De Commissie concludeert dat zij bevoegd is de gewijzigde concentratie aan de concentratieverordening te toetsen. De Commissie gaat ervan uit dat de verantwoordelijkheid hiervoor bij partijen ligt.

Ook bij de inhoudelijke beoordeling van de concentratie²⁵ blijkt de Commissie het niet met de NMa eens te zijn. Alhoewel zij na een uitgebreid marktonderzoek tot dezelfde relevante markt en dezelfde marktaandelen komt als de NMa, trekt zij hieruit een diametraal tegengestelde conclusie. De Commissie schat vooral de afnemersmacht lager in dan de NMa. Aangezien CVK in Nederland de enige producent is van kalkzandsteen en dit materiaal in sommige gevallen slechts in beperkte mate door andere materialen kan worden vervangen, kunnen afnemers, zelfs wanneer zij grote afnemers zijn, in feite niet om CVK heen. Daarbij komt nog dat er aanzienlijke toetredingsdrempels tot de relevante markt bestaan en dat een van de moedermaatschappijen van CVK, Cementbouw, zelf op deze markt actief is met complementaire producten. De NMa had dus niet mogen oordelen dat de uit het grote marktaandeel van CVK voortvloeiende marktmacht voldoende zou worden begrensd door 'disciplinerende factoren'.

Om de situatie te voorkomen dat de Commissie de concentratie alsnog onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt zou verklaren, hebben Haniel en Cementbouw toegezegd CVK te zullen ontbinden, de poolingovereenkomst op te heffen en de gezamenlijke zeggenschap over de van RAG overgenomen ondernemingen te beëindigen. In het licht van deze toezegging verklaart de Commissie de aangemelde concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt. Dit is een paradoxaal besluit: de Commissie keurt een concentratie goed onder de voorwaarde dat deze wordt ontbonden. Niettemin is dit, gezien de voorgeschiedenis, wellicht de meest pragmatische oplossing. Het is verder opvallend dat de Commissie met geen woord rept over een boete wegens het tot stand brengen van een niet aangemelde concentratie, hoewel hiervoor in beginsel een boete van 10% van de omzet van de betrokken ondernemingen kan worden opgelegd. Het zou een interessante casus opgeleverd hebben wanneer Haniel en Cementbouw zouden proberen een door de Commissie opgelegde boete daarna op de Nederlandse overheid te verhalen.

Het door Cementbouw bij het Gerecht van Eerste Aanleg tegen het besluit ingestelde beroep is nog aanhangig. Niettemin zijn Cementbouw en Haniel begonnen met de ont-

binding van CVK. Hierbij stuitten zij op een laatste probleem: ten gevolge van de ontbinding verkrijgen zij ieder de uitsluitende zeggenschap over een aantal van de leden van het voormalige CVK. Op grond van artikel 27 onder b van de Mededingingswet is dit een concentratie die bij de NMa gemeld moet worden.

De besluiten

In zijn – nagenoeg identieke – besluiten in de zaken 3432 en 3433 beoordeelt de d-g NMa uiteindelijk de ontbinding van de coöperatie die hij in zaak 124 (en de genoemde informele brief) goedkeurde. Ofschoon duidelijk gemaakt wordt dat de onderhavige concentratie voortvloeit uit de voorwaarden die aan een Commissiebesluit waren verbonden, is over de wel heel opmerkelijke voorgeschiedenis van deze concentratie uit de NMa besluiten niet veel op te maken. Zo schrijft de NMa bijvoorbeeld onder randnummer 20 (in beide besluiten):

'Partijen gaan er – onder verwijzing naar een recente zaak van de Europese Commissie – van uit dat de markt voor bouwmaterialen voor constructieve wanden en de markt voor bouwmaterialen voor niet-constructieve wanden door de concentratie worden beïnvloed.' [cursivering toegevoegd, sc.]

Aan het feit dat deze 'recente zaak' in feite dezelfde is, lijkt de NMa het liefst niet te worden herinnerd.

De besluiten zijn verder weinig opmerkelijk: de markt-afbakening en marktaandelen kunnen uit het Commissiebesluit worden overgenomen en de NMa hoeft verder slechts te overwegen dat de aangemelde transactie ertoe leidt dat een bestaande economische eenheid wordt opgesplitst in twee elkaar beconcurrerende ondernemingen, hetgeen de concurrentie ten goede komt.²⁶ Wel gaat de NMa nog in op enkele aangemelde nevenrestricties. Met een wijziging van de periode waarbinnen Haniel en Cementbouw elkaar nog IT-ondersteuning en andere technische diensten zullen blijven verlenen, wordt de aangemelde transactie door de NMa goedgekeurd.

Ontstaan collectieve economische machtspositie

Waar de d-g NMa in 2002 nog in verschillende zaken uitvoerig had getoetst of ten gevolge van de voorgenomen concentratie een collectieve economische machtspositie zou (kunnen) ontstaan, is dit aspect in 2003 uitsluitend in zaak 3283 (Eneco – Remu, besluit van 25 februari 2003) uitvoerig aan de orde gekomen en summier in zaak 3233 (Pon – Geveke, besluit van 17 januari 2003) alsmede in zaak 3432 en zaak 3433 (besluiten van 22 en 24 maart 2003 betreffende

25 Beschikking van de Commissie van 26 juni 2002 in zaak COMP/M.2650 Haniel/Cementbouw/JV(CVK), Pb. EG 2003 L 282/1.

26 Zie over de coöperatie als economische eenheid: M. van Empel, 'Vorrei e non vorrei', Coöperatie als economische eenheid, in de bundel *Mok-aria*, p. 41-50, Kluwer, 2002.

de ontvlechting van CVK). In geen van deze gevallen concludeerde de d-g NMa dat sprake was van het ontstaan van een collectieve economische machtspositie.

Over de laatstgenoemde drie zaken kan niet worden gezegd dat de motivering terzake van het al of niet ontstaan van een collectieve economische machtspositie spoort met het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 6 juni 2002 in de zaak Airtours/First Choice.²⁷ In dat arrest werd, zoals bekend, geoordeeld dat een concentratie wegens het ontstaan van een collectieve economische machtspositie slechts mag worden tegengehouden indien vast is komen staan

- (i) dat ieder van de betrokken ondernemingen het gedrag van de andere ondernemingen effectief kan monitoren en aldus kan controleren of zij één front vormen;
- (ii) dat er voldoende factoren met afschrikkende werking bestaan om duurzaam een stimulans te vormen om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn af te wijken; en
- (iii) dat de (waarschijnlijke) reacties van werkelijke en potentiële concurrenten en van consumenten de resultaten van de gemeenschappelijke gedragslijn niet in gevaar brengen.

In zaak 3233 (Pon – Geveke) overwoog de d-g NMa:

‘Gelet op de praktijk om individuele kortingen te geven, waardoor de transparantie in de markt vermindert, de recente toetreding van twee spelers, de bepaalde mate van heterogeniteit van de producten, de asymmetrie in marktposities, de fluctuaties van marktaandeelen, de introductie van nieuwe modellen en het feit dat afnemers geen problemen zien in de concentratie, lijkt het niet aannemelijk dat de onderhavige concentratie zal leiden tot het ontstaan dan wel versterken van een collectieve economische machtspositie.’

In zaak 3432 en zaak 3433 (ontvlechting CVK) verwijst de d-g NMa allereerst naar het oordeel van de Europese Commissie dat het ontstaan van een collectieve economische machtspositie op een Nederlandse markt voor bouwmaterialen voor constructieve wanden niet is te verwachten. Vervolgens wijst hij op het feit dat enerzijds Haniel pas sinds de jaren negentig is toegetreden tot de Nederlandse markt en doende is haar productaanbod op de Nederlandse markt te vergroten en anderzijds Cementbouw al lang actief is op de Nederlandse markt, verticaal geïntegreerd is en ook actief op het gebied van de groot- en detailhandel in bouwmaterialen zoals kalkzandsteen. De d-g NMa concludeert vervolgens (randnummer 34):

‘Dit wijst erop dat na het wegvallen van de verkooporganisatie CVK de aanwezigheid van een verschil in belangen van Haniel en Cementbouw op de Nederlandse markt – ook met het oog op de geografische spreiding van de kalkzandsteenfabrieken van Haniel en Cementbouw – een collectieve economische machtspositie onwaarschijnlijk maakt.’ [onderstreping sc.].

In zaak 3282 (Eneco – Remu) is de d-g NMa uitvoerig ingegaan op de vraag of door de voorgenomen overname van Remu door Eneco een collectieve economische machtspositie van Nuon, Essent en Eneco/Remu op de mogelijke markt(en) voor de levering van elektriciteit zal ontstaan of worden versterkt. Onder verwijzing naar het genoemde arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg inzake Airtours – First Choice en het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 25 maart 1999 inzake Gencor²⁸ concludeert de d-g NMa dat in dit geval niet aan de in de rechtspraak gestelde voorwaarden voor het ontstaan van een collectieve economische machtspositie wordt voldaan. De markt voor levering van elektriciteit is volgens de NMa ‘volop in beweging’: de liberalisering van de energiemarkt maakt het mogelijk dat nieuwe leveranciers tot deze markt toetreden, terwijl elektriciteit door het leveren van ‘maatwerk’ steeds minder een homogeen product wordt.

Zienschijzen derden

Ook in 2003 hebben derden meer dan eens hun zienschijze over een voorgenomen concentratie aan de NMa kenbaar gemaakt. Hieronder komen de zienschijzen van derden in twee zaken aan de orde

Concentratietoezicht en (mogelijk) misbruik

Zaak 3243 (besluit van 27 januari 2003, 3i Group, VS&A/TeleMedia) betrof de overname van Telefoongids Media B.V. door twee groepen van investeerders (3i en VS&A/VSS). Telefoongids Media B.V. – een dochter van Koninklijke KPN N.V. – verzorgt de productie en distributie van de telefoongids in gedrukte vorm, een Cd-foongids en een telefoongids op internet. Onder juristen heeft Telefoongids Media B.V. vooral bekendheid verworven door de jarenlange twist tussen KPN en het strijdlustige Denda over het ter beschikking stellen van abonneegegevens van KPN aan Denda dat producten uitgeeft die concurreren met die van Telefoongids Media B.V.

Ofschoon in deze zaak niet sprake was van een door de voorgenomen concentratie beïnvloede of te onderzoeken markt, besloeg het besluit van de d-g NMa 20 pagina’s. Meer dan de helft hiervan was gewijd aan de weergave en de weerlegging van een zienschijze van een niet met naam genoemde derde (die nauwelijks een ander dan Denda kan zijn geweest). In haar zienschijze uitte de derde haar vrees dat de transactie ertoe zal leiden dat één marktpartij, te weten Telefoongids Media, een geprivilegieerde toegang zou krijgen tot de markt voor abonneegegevens van KPN (‘een verticaal foreclosure probleem met horizontale effecten’). De meldende partijen hebben in hun reactie op de zienschijze opgemerkt dat de verplichting van KPN als *operator* tot het leveren van abonneegegevens krachtens artikel 43 Besluit ONP Huurlijnen en

²⁷ Zaak T-342/99, *Jur.* 2002, p. II-2585; *M&M* 2002, p. 266-271, m.nt. E.J. Kloosterhuis. Zie ook: J.K. de Pree en Y. de Vries, Het Airtours-arrest, *AM* 2002, p. 101-104.

²⁸ Zaak T-102/96, *Jur.* 1999, p. II-753

Telefonie – over de nakoming waarvan de derde zich zorgen maakt – los staat van de voorgenomen transactie die betrekking heeft op de overdracht van zeggenschap in een onderneming die *uitgever* en *producent* is van telefoongidsen. Volgens hen dient de d-g NMa op grond van artikel 37 Mw de rechtstreekse gevolgen van de concentratie te beoordelen, en niet de gevolgen van een mogelijke (toekomstige) gedraging van KPN. De d-g NMa overweegt dat

‘de zienswijze [...] niet zo zeer betrekking [heeft] op de gevolgen van de verwerving van gezamenlijke zeggenschap door 3i-Group en VSS [...] over Telefoongids Media’.

De geuite bezwaren zien op het mogelijke gedrag (misbruik van een eventuele economische machtspositie) die (sic; sc.) de Telefoongids Media en/of de verkoper (een niet bij de concentratie betrokken partij) zou kunnen maken (sic; sc.) wanneer het bedrijfsonderdeel dat zij verkoopt, niet langer deel uitmaakt van haar onderneming, waarbij dit gedrag vervolgens zou kunnen leiden tot het ontstaan of versterken van een respectievelijk die machtspositie’ (randnummer 77). De d-g NMa oordeelt dat niet voldoende aannemelijk is geworden dat de toegang tot bepaalde gegevens ten gevolge van de concentratie verslechtert. Hierbij speelt ook een rol de door kopers en verkoper getroffen regeling die erin voorziet dat de Telefoongids Media aan KPN de gegevens zal verstrekken die KPN nodig heeft om aan haar verplichtingen krachtens de wet te voldoen. De d-g NMa wijst er verder op dat zijn besluit de eventuele toepasselijkheid van artikel 24 (lid 1) Mw onverlet laat en dat vanzelfsprekend artikel 6 (lid 1) Mw van toepassing is indien de afspraken tussen kopers en verkoper (merkbaar) mededingingsbeperkend zijn. Ten slotte overweegt de d-g NMa dat de zorg van de derde dat zij in de toekomst voor de gegevens afhankelijk is van een concurrent (Telefoongids Media als gemeenschappelijke onderneming van 3i en VSS) geen hout snijdt. Dit is in de huidige situatie niet anders. Ten gevolge van de concentratie verandert dit niet.

Afzetkanaal aparte productmarkt; geografische marktafbakening; ontstaan economische machtspositie

Een andere zaak waarin de d-g NMa redelijk uitvoerig is ingegaan op de verschillende door derden ingediende zienswijzen is zaak 3431 (Assa Abloy – Security Hardware Group Europe, besluit van 8 december 2003) betreffende de overname van de slotenfabrikanten Nemef en Corbin door het Zweedse Assa Abloy waartoe ook Lips Nederland behoort.

Een derde heeft de zienswijze naar voren gebracht dat de verkoop van hang- en sluitwerk aan de doe-het-zelf winkels een afzonderlijke markt vormt, aangezien de structuur van deze markt wezenlijk verschilt van de verkoop van hang- en sluitwerk aan de bouwnijverheid. De d-g NMa stelt vast dat partijen, net als hun concurrenten, hun producten leveren aan de groothandel, hardware dealers, inkooporganisaties en original equipment manufacturers. Omdat uit marktonderzoek blijkt dat ondernemingen uit deze distributiekanaalen

aan elkaar (kunnen) leveren zonder beperkende voorwaarden en dat voor gelijke sloten bij gelijke hoeveelheden dezelfde prijzen worden gehanteerd, concludeert de d-g NMa dat er geen afzonderlijke markten zijn voor levering aan respectievelijk de groothandel, hardware dealers, inkooporganisaties en original equipment manufacturers. Tussen de verschillende afzetkanalen kan immers handel en arbitrage plaatsvinden zodat afnemers in een van de kanalen niet aan prijsdiscriminatie kunnen worden onderworpen.

Door een derde is de zienswijze naar voren gebracht dat Nederland een afzonderlijke geografische markt voor sloten zou vormen, aangezien Nederland van oudsher specifiek maatvoeringen hanteert en toetreding van buitenlandse producenten tot op heden is uitgebleven. Dit punt werd door de d-g NMa met een beroep op ‘marktonderzoek’ als niet steekhoudend afgedaan.

Door twee derden is de zienswijze naar voren gebracht dat door het samengaan van Lips en Nemef een economische machtspositie ontstaat op de Nederlandse markt voor losse sloten en onderdelen. Bij gebreke van relevant marktonderzoek vergde dit punt nader onderzoek onder zowel concurrenten als afnemers van partijen. Na afloop van het onderzoek concludeerde d-g NMa, hoewel partijen na de voorgenomen concentratie een sterke positie hebben op de markt(en) voor insteeksloten en cilinders, dat er – gelet op het ontbreken van importbelemmeringen, de geringe transportkosten en het ondergeschikte belang van het merk van partijen ten opzichte van prijs, kwaliteit, keurmerk en andere relevante factoren – voldoende concurrenten op de markt zijn die tegenwicht kunnen bieden zodat er geen reden is om aan te nemen dat als gevolg van de concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

Uit het besluit van de d-g NMa blijkt niet in welke mate de door de derden ingediende zienswijzen tot vertraging in de behandeling van de zaak hebben geleid. Wel valt op dat er meer dan acht maanden zijn verstreken tussen de melding van partijen en het artikel 37-besluit van de d-g NMa. Daarmee behoorde deze zaak tot de langstlopende zaken van 2003.

Nevenrestricties

Bij het toetsen van nevenrestricties volgt de d-g NMa nog steeds strikt de bekendmaking terzake van de Europese Commissie uit 2001.²⁹ Zo houdt de d-g NMa strak de hand aan (i) de maximumtermijn van twee jaar voor non-concurrentiebedingen wanneer uitsluitend goodwill wordt overgedragen (randnummer 15 van de bekendmaking; b.v. zaak 3592, besluit van 1 augustus 2003) en (ii) de beperkte materiële en personele reikwijdte van non-concurrentiebedingen

²⁹ Bekendmaking van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van concentraties van 4 juli 2001, *Pb. EG* 2001, C 188/5.

(zie b.v. zaak 3298, besluit van 14 maart 2003) en (iii) legt hij het begrip knowhow uit in de strikte zin van artikel 10 van (EG) Verordening 240/96 welke daaraan volgens voetnoot 12 van de genoemde bekendmaking moet worden gegeven (zaak 3592, besluit van 1 augustus 2003). Afzonderlijke vermelding verdient het door de d-g NMa in zaak 3432 en zaak 3433 (besluiten van 22 en 24 maart 2003 betreffende de ontvlechting van CVK) toegestane gemeenschappelijk gebruik van de – in een stichting ondergebrachte – knowhow en intellectuele eigendomsrechten met als argument dat dit de beide spelers (Haniel en Cementbouw) in staat stelt zich als afzonderlijke aanbieders op de markt te manifesteren.

Afbakening relevante markt

Met uitzondering van de zaak Nuon – Reliant valt uit geen enkel van de in 2003 genomen besluiten op te maken dat de NMa door een derde marktonderzoek heeft laten uitvoeren. De NMa heeft in ongeveer de helft van de zaken zelf vragen aan 'marktpartijen' gesteld. In acht besluiten rept de d-g NMa over 'marktonderzoek'. In de ene helft van deze gevallen is duidelijk dat het gaat om eigen onderzoek van de NMa ('uit door de NMa in deze zaak gehouden onderzoek'). In de andere helft van de gevallen is onduidelijk door wie het marktonderzoek werd uitgevoerd ('marktonderzoek bevestigd'; 'uit marktonderzoek blijkt'; 'is nader onderzoek verricht').

Bij het afbakenen van de relevante markt lijkt de NMa niet altijd even grondig te werk te gaan. Zo werd in zaak 3754 (DLLT- VDB – Friesland Lease, besluit van 20 november 2003) geoordeeld:

'Partijen hebben aangegeven dat een dochtermaatschappij van Rabobank Groep, te weten Lage Landen Financial Services B.V., actief is op het gebied van objectfinanciering. Objectfinanciering bestaat uit [...]. Het is een vorm van [...]. De branchevereniging Nederlandse Vereniging van Lease-maatschappijen (NVL) heeft bevestigd dat dit een aparte, van autoleasing te onderscheiden markt betreft. Aangezien Friesland Lease hierop niet actief is, zullen de activiteiten van de Rabobank Groep op het gebied van objectfinanciering in het hiernavolgende buiten beschouwing worden gelaten.'(randnummer 14).

Het heeft bevestigd hangt geheel in de lucht. Dit punt van de marktafbakening komt in het besluit verder niet voor. Het lijkt er daarom op dat de d-g NMa zich in deze concentratiezaak bij het vervullen van een van zijn kerntaken – het afbakenen van de relevante markt – heeft verlaten op een 'bevestiging' van een branchevereniging.

In een artikel over het gebruik van economische theorie en econometrisch bewijsmateriaal stelt R. van den Bergh dat marktaandelen een slechte indicator zijn van marktmacht. Hij verkiest een directe meting van de marktmacht boven de omweg langs de marktafbakening en de meting van marktaandelen.

*'De relevante markt is in essentie een juridisch concept dat past in een naïeve denkwereld waarin eerlijkheid belangrijker is dan efficiëntie.'*³⁰

Van den Berg meent dat de methode die (door de NMa, maar bijvoorbeeld ook door de Europese Commissie) wordt gehanteerd om de relevante markt af te bakenen gebrekkig is. Vaak ontbreekt een economische analyse en wordt ten onrechte op basis van productkenmerken een conclusie getrokken over substitutiemogelijkheden. En als al de SSNIP-test wordt toegepast, wordt vaak alleen gekeken naar de mogelijkheden voor vraagsubstitutie. Ten onrechte blijven de mogelijkheden voor aanbods substitutie en potentiële concurrentie buiten beschouwing. In het artikel noemt Van den Bergh een aantal methoden die het mogelijk maken op basis van prijselasticiteiten direct de marktmacht (of de wijziging daarin als gevolg van concentraties) te meten. De toepasbaarheid van die methoden staat of valt met de beschikbaarheid van bruikbare gegevens. Het is evenwel de vraag in hoeverre die gegevens in de praktijk voldoende voorhanden zijn.

Prospectieve benadering

Bij het beoordelen van een voorgenomen concentratie wordt een prospectieve toets uitgevoerd.³¹ Bij zijn beoordeling houdt de d-g NMa niet slechts rekening met op dat moment zekere toekomstige omstandigheden, maar ook met op dat moment nog onzekere toekomstige omstandigheden. Een goed voorbeeld hiervan leverde zaak 3496 op (Patrimonium – Rochdale, besluit van 13 juni 2003). In deze zaak stapt de d-g NMa over een gezamenlijk marktaandeel postfusie van [30-40%] heen (randnummer 22):

'De gehele woningvoorraad van Nieuw Amsterdam is thans op basis van een overeenkomst met de gemeente Amsterdam betrokken bij een saneringsoperatie, waarbij circa de helft van de door haar aangeboden woningen wordt gesloopt en circa 40% wordt gerenoveerd. Ook wordt een groot aantal nieuwe woningen gebouwd. Voorts geven partijen aan dat een deel van het woningaanbod van Nieuw Amsterdam verkocht zal worden. Ten gevolge van deze ontwikkelingen zal het gezamenlijke marktaandeel van partijen, volgens eigen opgaaf, op deze mogelijke (deel)markt afnemen tot minder dan 20%.'

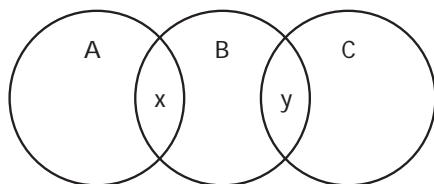
Keteneffecten

In voorgaande jaren is het zogeheten keteneffect (door de NMa gedefinieerd als: homogenisering van de concurrentievoorwaarden in een groter gebied door overlap in het geografische bereik) onder meer al ter sprake gekomen in

³⁰ R. van den Bergh, Dante, Calimero en de rechter-econoom. Over de mogelijkheden en beperkingen van het gebruik van economische theorieën en econometrisch bewijsmateriaal in mededingingszaken. *SEW* 2003, januari, p.10-19.

³¹ Zie bijvoorbeeld *Jaarverslag 2002 NMa en DTe*, p. 85-86 waar wordt ingegaan op zaak 3052 (Liberty Media – Casema, besluit van 6 november 2002).

NMa-besluiten met betrekking tot supermarkten en betonmortelcentrales. Bij twee concentraties die betrekking hebben op natte betonmortel (zaak 3284, Van Nieuwpoort – De Hoop Terneuzen – Readymix, besluit van 24 februari 2003; en zaak 3799, NCD – Overwhere, besluit van 30 december 2003) kwam het keteneffect met betrekking tot natte betonmortel opnieuw ter sprake. De d-g NMa memoreert in deze besluiten dat sprake zou kunnen zijn van keteneffecten, waardoor de relevante markt de nationale in plaats van de lokale of regionale markt zou moeten zijn. In beide besluiten meent de d-g NMa echter dat de keteneffecten in het midden gelaten kunnen worden, omdat deze de materiële beoordeling niet beïnvloeden. Natte betonmortel wordt geleverd in een gebied dat wordt begrensd door een cirkel met als middelpunt de betoncentrale en een straal van 40 kilometer. De concurrentiedruk die een betoncentrale ondervindt wordt dus in de eerste plaats uitgeoefend door andere centrales die leveren in het afzetgebied van de betreffende centrale. Dat zijn de centrales die op minder dan 80 kilometer afstand liggen. Centrales die op een grotere afstand liggen kunnen wel indirect concurrentiedruk uitoefenen via de concurrentiedruk die ze uitoefenen op tussenliggende centrales. In schema ziet dat er zo uit:



De concurrentiedruk die uitgaat van centrale B op centrale A is afhankelijk van de omvang van de overlap van de twee afzetgebieden, in dit geval gebied x. Naarmate deze overlap groter is (en centrale B dus meer afzet kan realiseren in het afzetgebied van centrale A), zal de concurrentiedruk groter zijn. Centrale B ondervindt op haar beurt concurrentie van centrale C. Als centrale A veel hogere prijzen zou hantieren dan centrale C, dan zou het voor centrale B interessant zijn om te pogen prijsdiscriminatie toe te passen door in gebied x hogere prijzen te rekenen dan in gebied y. Wanneer centrale B daartoe niet in staat is, is het waarschijnlijk dat er keteneffecten optreden: centrale B verlaagt zijn prijzen om te kunnen concurreren met centrale C en dwingt daardoor centrale A om ook zijn prijzen te verlagen. In dat geval is sprake van keteneffecten en homogenisering van de concurrentievoorwaarden in een groter gebied. In dat geval omvat de relevante markt niet alleen het afzetgebied van centrale A, maar ook het gedeelte van het afzetgebied van centrale B dat buiten het afzetgebied van centrale A valt en zelfs het afzetgebied van centrale C, waarmee het afzetgebied van centrale A helemaal geen overlap heeft. Keteneffecten komen doorgaans ter sprake bij de afbakening van de geografische markt, maar kunnen ook van toepassing zijn bij de afbakening van de productmarkt. Het is mogelijk dat een hotel zonder indirect concurrentiedruk uitoefent op een hotel met

vijf sterren, via hotels die in de classificatie een tussenpositie innemen.

Rechterlijke controle

De enige rechterlijke uitspraak uit 2003 over de concentratiecontrole door de NMa betrof de zaak Broadcast Newco Two B.V. tegen de d-g NMa (Rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, 1 mei 2003)³² terzake van het artikel 37 lid 1 Mw besluit van de d-g NMa van 2 april 2001 dat voor de totstandbrenging van de gezamenlijke onderneming Digtente Holding door KPN, Nozema en NOB geen vergunning vereist was. Broadcast Newco Two B.V. meende dat de d-g NMa de relevante markt onjuist had afgebakend, dat de concentratie tot een machtspositie of versterking daarvan zou leiden en dat er een risico van coördinatie van marktgedrag door Nozema en KPN bestond. De rechtbank oordeelde allereerst – ambtshalve – dat de mededeling van de d-g NMa als bedoeld in artikel 37 lid 1 Mw dat voor het tot stand brengen van de concentratie geen vergunning vereist is, is aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb waartegen op de voet van artikel 93 lid 2 Mw rechtstreeks beroep openstaat bij de rechter. De rechtbank had eerder (op 3 april 2002 in de zaak UTC³³) al in dezelfde zin besloten. Vervolgens behandelde de rechtbank de vraag of Broadcast Newco Two B.V. belanghebbende is:

*'Het is vaste jurisprudentie van onder andere deze rechtbank dat een directe concurrent een voldoende objectief bepaalbaar, eigen (persoonlijk, individualiseerbaar) en actueel belang heeft om als belanghebbende te kunnen worden aangemerkt. De mogelijkheid dat eiseres op de (deel)markt voor digitale doorgifte actief zal worden is in het onderhavige geval – waar ten tijde van het bestreden besluit alle relevante (deel)markten nog in belangrijke mate toekomstige markten waren – naar het oordeel van de rechtbank voldoende om een rechtstreeks belang van eiseres aan te nemen bij het bestreden besluit.'*³⁴

Inhoudelijk oordeelde de rechtbank dat, hoewel de d-g NMa de relevante markt ruimer had moeten afbakenen, hij terecht heeft geconcludeerd dat er geen reden is om aan te nemen dat als gevolg van de concentratie een machtspositie kan ontstaan, dan wel worden versterkt, die de daadwerkelijke mededinging op de markt op significante wijze belemmert en dat hij ook terecht heeft geoordeeld dat niet aanmerkelijk is dat de concentratie tot coördinatie van het marktgedrag van de oprichtende ondernemingen zal leiden.

³² MEDED 01/1043-RIP; LJV-nummer AF 9122.

³³ MEDED 00/1850-SIMO; AM 2002, p. 90 e.v.

³⁴ Concurrenten worden ook wel aangeduid als 'categoraal belanghebbenden' voor wie in beginsel het onweerlegbare vermoeden geldt dat het behoren tot de desbetreffende groep betekent dat men belanghebbende is. Zie terzake bijvoorbeeld: R.J.N. Schlössels, De belanghebbende (deel A9 Monografieën Algemene wet bestuursrecht), Kluwer – Deventer 2004, p. 64-65.

Bovenstaande uitspraak is een van de weinige rechterlijke uitspraken tot nu toe waarin een artikel 37 lid 1 Mw mededeling van de d-g NMa inhoudelijk wordt beoordeeld voorzover het betreft

- (i) het afbakenen van de relevante markt;
- (ii) het toepassen van het toetsingscriterium van artikel 37 lid 2 Mw en
- (iii) het toepassen van het kwalificatiecriterium van artikel 27 (in casu sub c) Mw.

Over de inhoudelijke beoordeling door de rechtbank valt op te merken dat op elk van de drie genoemde punten – in lijn met de uitspraak van het CBB van 27 september 2002 inzake Essent en Edon tegen de d-g NMa³⁵ – sprake was van een ‘volle’ toetsing van het oordeel van de d-g NMa door de bestuursrechter. Dit in tegenstelling tot de beperktere toets (of de d-g NMa zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen) die de bestuursrechter bijvoorbeeld uitvoert bij het beoordelen van beperkingen of voorwaarden op de voet van artikel 41 lid 4 Mw.³⁶

Remedies & monitoring

De d-g NMa heeft op 17 december 2002 de Richtsnoeren Remedies vastgesteld nadat op 23 september 2002 een consultatiedocument voor deze richtsnoeren was bekendgemaakt.³⁷ In 2002 werden in twee zaken remedies in de eerste fase geaccepteerd door het wijzigen van de melding. Dat betrof zaak 2879, Essent – Razob, besluit van 30 september 2002 en zaak 3074, Koninklijke BAM NBM N.V. – Hollandse Beton Groep N.V., besluit van 24 oktober 2002. In 2003 is dit niet voorgekomen. Wel heeft de d-g NMa in 2003 in zijn tweedefasebesluit in zaak 3368 (Nuon – Reliant Energy Europe, besluit van 8 december 2003) een quasi-structurele remedie opgelegd; zie hiervoor ‘Energiesector / Nuon – Reliant’.

In haar Jaarverslag 2002 NMa en DTe merkt de NMa onder ‘Monitoring van remedies’ op (p. 49):

‘Als remedies de oplossing zijn voor een geconstateerd mededingingsprobleem, moet worden gecontroleerd of daadwerkelijk op de juiste manier uitvoering wordt gegeven aan de voorwaarden.’

Vervolgens haalt de NMa drie zaken aan waarin zij in 2002 de naleving van eerder opgelegde remedies heeft gecontroleerd. In zaak 1331 (PNEM/Mega – Edon) was sprake van het schenden van een voorwaarde terzake waarvan de NMa Edon heeft besloten een boete op te leggen (zaak 3182, Purva). In beide andere zaken (zaak 1335, De Telegraaf – De Limbuger en zaak 1528, Wegener – VNU) hebben partijen vanwege plannen voor het besparen van kosten met de NMa overleg gevoerd over de wijze van naleving van de voorwaarden. In de concentratiekroniek in dit blad met betrekking tot 2002 werd onder meer op deze beide laatste zaken reeds kort ingegaan en op basis van de summere persberichten van de NMa van 11 december 2002 en 20 december 2002 met betrekking tot zaak 1528 werd geconcludeerd dat

de monitoring door de NMa niet alleen traag was, maar voor een buitenstaander bovenal onduidelijk.³⁸ Thans moet worden vastgesteld dat het Jaarverslag van de NMa niet meer informatie geeft dan de eerdere persberichten en dat de NMa in 2003 geen enkel (pers)bericht heeft uitgebracht over de naleving van remedies. Het is spijtig te moeten concluderen dat de NMa op het niet onbelangrijke punt van – de controle op – het naleven van voorwaarden zeer terughoudend is met het verstrekken van informatie.

Evaluatie Mededingingswet

In het kader van de evaluatie van de Mededingingswet³⁹ heeft het kabinet aangegeven de op overtreding van de Mededingingswet gestelde boetes te willen verhogen. De huidige boetes hebben volgens het kabinet onvoldoende preventieve en repressieve werking en dienen meer op één lijn te worden gebracht met de boetes binnen het Europese mededingingsrecht (zie hierna ‘Herziening van de Europese concentratiecontrole’).⁴⁰ Wat betreft de boetes terzake van het concentratietoezicht wil het kabinet allereerst de sanctie op het schenden van de medewerkingsplicht van thans maximaal € 4.500 (artikel 69 Mw) wijzigen in een boete die kan oplopen tot maximaal 1% van de omzet in het boekjaar voortgaande aan de beschikking.⁴¹ Voorts zal het schenden van de medewerkingsplicht in de toekomst tevens gevolgen kunnen hebben voor medewerkers van de desbetreffende onderneming(en) die de medewerkingsplicht overtreden. Zij zullen een boete van maximaal € 12.500 kunnen krijgen. Het kabinet wil verder ook de boete voor het tot stand brengen van een concentratie zonder melding dan wel het overtreden van de door de NMa aan een ontheffing gestelde voorschriften verhogen. Deze boete bedraagt momenteel € 4.500 (artikel 71 Mw) en zal worden verhoogd naar maximaal 10% van de omzet van de betrokken onderneming.⁴² Als het aan het kabinet ligt, zal ook de boete voor het geven van onjuiste of onvolledige gegevens worden verhoogd van € 22.500 (artikel 73 Mw) naar maximaal 1% van de omzet van de onderneming.⁴³ Ten slotte wil het kabinet de boete verhogen voor het tot stand brengen van een concentratie zonder goedkeuring.

35 Zaaknr. AWB 01/633; LJN-nummer AE 8688; besproken in de concentratiekroniek in dit blad over 2002: *M&M* 2003, p. 88.

36 CBB 5 december 2001 inzake d-g NMa/Wegener Arcade N.V.; zaaknr. AWB 00/867 en 00/870 en LJN-nummer AD 6693.

37 Richtsnoeren voor de inhoud, indiening en tenuitvoerlegging van remedies bij concentraties; Staatscourant 2003, nr. 39, p. 31. Zie over deze richtsnoeren: L.E.J. Korsten en P.J. Kreijger, 2002: het vijfde jaar Nederlandse concentratiecontrole, *M&M* 2003, p. 80-81 en *Jaarverslag 2002 NMa en DTe*, p. 83-84, en over het consultatiedocument voor deze richtsnoeren: Y.E. de Muynck, Het Consultatiedocument Richtsnoeren Remedies, *AM* 2002, 168-170.

38 L.E.J. Korsten en P.J. Kreijger, 2002: het vijfde jaar Nederlandse concentratiecontrole, *M&M* 2003, p. 83.

39 Kamerstukken II 2003/2004, 29 272, nrs. 1-3.

40 Kamerstukken II 2003/2004, 29 272, nr. 1, p. 3.

41 Kamerstukken II 2003/2004, 29 272, nr. 1, p. 26.

42 Kamerstukken II 2003/2004, 29 272, nr. 1, p. 27.

43 Kamerstukken II 2003/2004, 29 272, nr. 1, p. 27.

Deze boete zal worden verhoogd van € 22.500 (artikel 74 en 75 Mw) naar maximaal 10% van de omzet van de betrokken onderneming.⁴⁴

Herziening van de Europese concentratiecontrole⁴⁵

Vanaf 1 mei 2004 zal de nieuwe concentratieverordening 139/2004⁴⁶ de vorige, Verordening 4064/89⁴⁷, vervangen. Bijna gelijktijdig met de nieuwe concentratieverordening heeft de Commissie richtsnoeren⁴⁸ gepubliceerd waarin zij het beoordelingskader schetst voor concentraties waarbij de betrokken ondernemingen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn (zogenaamde 'horizontale fusies'). Verder heeft de Commissie recent een ontwerpverordening⁴⁹ gepubliceerd met de regels voor de praktische implementatie van de nieuwe concentratieverordening. Deze verordening zal Verordening 447/89⁵⁰ vervangen en geeft praktische regels voor termijnen, hoorzittingen enzovoort. De ontwerpverordening maakt samen met ontwerpen voor verschillende meldingsformulieren⁵¹ deel uit van een publieke consultatieronde. De Commissie zal de definitieve teksten mede op grond van de ontvangen reacties vaststellen.

De herziening van de Europese concentratiecontrole heeft in beginsel geen directe consequenties voor het concentratietoezicht door de NMa. Het Europese en nationale concentratietoezicht blijven autonome, elkaar uitsluitende systemen: de toepasselijkheid van het ene systeem houdt automatisch de niet-toepasselijkheid van het andere systeem in. Niettemin zal van Verordening 139/2004 en de richtsnoeren voor horizontale fusies waarschijnlijk wel enige invloed op het nationale concentratietoezicht uitgaan. Het heeft er immers alle schijn van dat de d-g NMa zich in de – hiervoor reeds besproken – zaak Nuon – Reliant Energy Europe alvast door het beoordelingscriterium van artikel 2(3) van de nieuwe verordening en door de richtsnoeren heeft laten inspireren.

De materiële test

De sleutelfunctie van het begrip 'economische machtspositie' in Verordening 4064/89 als beoordelingsmaatstaf voor het toetsen van concentraties bleek problematisch uit te pakken wanneer de concentratie leidt tot het ontstaan van een duopolie of een oligopolie zonder dat de bij de concentratie betrokken ondernemingen een individuele economische machtspositie in de zin van artikel 82 EG Verdrag verwerven. De in eerste instantie door de Commissie (en het Gerecht van Eerste Aanleg) hiervoor gevonden uitweg was om in zo'n situatie aansluiting te zoeken bij het leerstuk van de gezamenlijke economische machtspositie.⁵² Dat leerstuk kent echter eveneens zijn grenzen. In de latere Airtours zaak⁵³ heeft het Gerecht erop gewezen dat van een collectieve economische machtspositie moeilijk sprake kan zijn wanneer deze ondernemingen niet duidelijk ertoe aanzet om 'duurzaam een front te vormen'.

De wijziging van de materiële toets heeft tot doel duidelijk te maken dat de Commissie ook tegen een concentratie mag optreden wanneer deze tot een 'non-collusive oligopoly'

leidt waarin door het wegvallen van een deel van de concurrentiedruk op de markt zogenaamde 'unilaterale' (dat wil zeggen niet-gecoördineerde) effecten kunnen ontstaan. Artikel 2 lid 3 Verordening 139/2004 bepaalt:

'Concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zouden belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of versterken van een machtspositie, moeten onverenigbaar verklaard worden met de gemeenschappelijke markt.'

Alhoewel deze formulering op het eerste gezicht doet denken aan de 'substantial lessening of competition' (SLC) test uit de VS, ziet de 'significante belemmering van daadwerkelijke mededinging' test⁵⁴ volgens de Commissie⁵⁵ naast enkelvoudige en collectieve machtsposities slechts op 'non-

44 Kamerstukken II 2003/2004, 29 272, nr. 1, p. 27.

45 Zie uitgebreider onder meer A.A. Brouwer en E.R. van Staden, De Herziening Concentratieverordening, AM 2004, p. 33 en Van Gerven en Veraneman, De voorstellen van de Europese Commissie tot hervorming van de Europese fusiecontrole, M&M 2003, p. 131.

46 Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EG 2004 L 24/1.

47 Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EG 1989 L 395, gerectificeerd in Pb. EG 1990 L 257/13, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1310/97, Pb. EG 1997 L 180/1, gerectificeerd in Pb. EG 1998 L 40/17.

48 Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EG 2004 C 31/5.

49 Proposal for a draft Commission Regulation implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations ('The EC Merger Implementing Regulation'), Pb. EG 2004 L 24/1. Te vinden op <http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/>.

50 Verordening (EG) nr. 447/89 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EG 1998 L 61/1.

51 Draft-form CO relating to the notification of a concentration pursuant to Regulation (EC) No 139/2004, Draft-short form for the notification of a concentration pursuant to regulation (EC) No 139/2004 en Draft-form RS (RS= reasoned submission pursuant to Article 4(4) and (5) ECMR). Te vinden op <http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/>.

52 Zaak T-102/96, Gencor v. Commissie, Jur. 1999 p. II-753, randnr. 200. Een concentratie is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wanneer deze leidt tot 'een situatie waarin één of meer ondernemingen een economische macht bezitten die hen in de gelegenheid stelt de handhaving van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te verhinderen.' (cursivering toegevoegd, sc.)

53 Zaak T-342/99, Airtours v. Commissie, Jur. 2002 p. II-2585; zie over dit arrest ook hiervoor onder 'Ontstaan collectieve economische machtspositie'.

54 Ook wel aangeduid als de SIEC-test (Significant Impediment of Effective Competition).

55 Overweging 25 bij Verordening 139/2004.

collusive oligopolies'.⁵⁶ Het is nog niet duidelijk of de nieuwe toets inhoudt dat concentraties alleen verboden zullen worden als er op de betreffende markt(en) even weinig restconcurrentie zou overblijven als gevolg van de concentratie als in het geval dat door de concentratie een machtspositie zou zijn gevestigd of versterkt.

Beoordelingskader voor horizontale fusies

In de richtsnoeren voor horizontale fusies zet de Commissie haar 'plan van aanpak' uiteen. De eerste stap is het maken van een marktafbakening en het bepalen van de marktaandeelen van partijen. Wanneer na de fusie het gemeenschappelijk marktaandeel van de betrokken ondernemingen beneden de 25% blijft, kan de concentratie worden vermoed met de gemeenschappelijke markt verenigbaar te zijn zolang deze niet leidt tot een collectieve machtspositie waarbij derde ondernemingen betrokken zijn. Voor de toepassing van de materiële test van artikel 2 lid 3 van Verordening 139/2004 onderscheidt de Commissie in de richtsnoeren drie 'probleemcategorieën'.⁵⁷ Horizontale fusies die binnen een van deze categorieën vallen, zijn mogelijk niet verenigbaar met de gemeenschappelijke markt en zullen door de Commissie in detail worden beoordeeld.⁵⁸ De 'probleemcategorieën' zijn:

- vestiging van een economische machtspositie, of versterking van een reeds bestaande economische machtspositie;
- 'effecten zonder marktcoördinatie': op een oligopolistische markt wordt belangrijke concurrentiedruk op één of meer ondernemingen weggenomen, hetgeen leidt tot een grotere marktmacht zonder dat daarvoor coördinatie van marktgedrag met andere ondernemingen nodig is;
- 'effecten met marktcoördinatie': op een oligopolistische markt verandert de aard van de mededinging zodanig dat ondernemingen die hun marktgedrag voorheen niet coördineerden, hierdoor tot coördinatie van marktgedrag worden gestimuleerd, of wordt reeds bestaande coördinatie eenvoudiger, stabiel of doeltreffender gemaakt.⁵⁹

Verwijzingsregels

De nieuwe concentratieverordening behoudt het 'one-stop shop' mechanisme van Verordening 4064/89 en maakt dit enigszins flexibeler. Onder de nieuwe verordening kunnen partijen reeds voorafgaand aan de aanmelding van een concentratie met een communautaire dimensie de Commissie verzoeken de zaak te verwijzen naar de bevoegde autoriteit van een van de lidstaten (artikel 4 lid 4). In het omgekeerde geval, bij een concentratie die beneden de communautaire omzetsdrempels valt en die gemeld moet worden in ten minste drie lidstaten, kunnen partijen de Commissie verzoeken de concentratie te beoordelen in plaats van de bevoegde nationale autoriteiten (artikel 4 lid 5). De bezwaartermijn voor de lidstaten van 15 werkdagen garandeert dat partijen vrij snel uitsluitel krijgen. De onder Verordening 4064/89 bestaande

mogelijkheid dat een zaak op verzoek van een lidstaat of – na instemming door de desbetreffende lidstaat – op initiatief van de Commissie naar het nationale of het communautaire niveau wordt verwezen, blijft bestaan (artikel 9 respectievelijk artikel 22).

Nevenrestricties

Verordening 139/2004 laat het in beginsel aan partijen over te beoordelen in hoeverre de met een concentratie samenhangende mededingingsbeperkingen als nevenrestricties toelaatbaar zijn. Commissiebeschikkingen die een aangeelde concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaren, houden automatisch ook goedkeuring in van alle aan de concentratie verbonden nevenrestricties, zonder dat de Commissie verplicht is deze in ieder afzonderlijk geval te beoordelen. Artikel 6 lid 1 sub b van Verordening 139/2004 brengt dit uitgangspunt tot uitdrukking: wanneer de Commissie een concentratie goedkeurt, worden alle met de concentratie samenhangende nevenrestricties geacht door de Commissie in dat besluit te zijn meegenomen, ook wanneer dit in feite niet het geval geweest is. Deze regeling sluit aan bij het systeem van self-assessment voor mededingingsbeperkingen in het kader van artikel 81 lid 3 EG Verdrag zoals dat bij de inwerkingtreding van Verordening 1/2003⁶⁰ – eveneens per 1 mei 2004 – zal gaan gelden. Partijen kunnen bij hun beoordeling aansluiting zoeken bij de bekendmaking inzake nevenrestricties.⁶¹ Voor 'nieuwe en onopgeloste vragen die aanleiding geven tot werkelijke onzekerheid' kunnen partijen nog wel bij de Commissie terecht.⁶²

Meldingsmoment

Aan de bestaande regel dat een concentratie moet worden aangemeld voorafgaand aan haar totstandbrenging en nadat de overeenkomst is gesloten, voegt artikel 4 van Verordening 139/2004 toe dat een aanmelding eveneens kan worden gedaan wanneer de betrokken ondernemingen te goeder

56 Zie over de reikwijdte van deze categorie bijvoorbeeld Van Gerven en Veranneman, De voorstellen van de Europese Commissie tot hervorming van de Europese fusiecontrole, *M&M* 2003 p. 131 en het Redactioneel van P.M.A.L. Plompen in het eerste nummer (februari) van de lopende jaargang van *M&M*.

57 Zie voor een kritische bespreking van deze indeling Van Gerven en Veranneman, De voorstellen van de Europese Commissie tot hervorming van de Europese fusiecontrole, *M&M* 2003 p. 132.

58 Zie over de rol van 'efficiencies' bij deze beoordeling: De voorgestelde wijziging van de Concentratieverordening en 'efficiencies', *AM* 2003, p. 54-57.

59 Zie in verband met de te maken analyse van reeds bestaande coördinatie in kritische zin Gavin Robert en Charles Hudson, Past Co-ordination and the Commission Notice on the Appraisal of Horizontal Mergers, *ECLR* 2004, p. 163.

60 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de art.en 81 en 82 van het Verdrag, *Pb. EG* 2003 L 1/1.

61 Bekendmaking van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van concentraties, *Pb. EG* 2001 C 188/5.

62 Overweging 21 bij Verordening 139/2004.

trouw voornemens zijn een overeenkomst te sluiten. Deze versoepeling geeft partijen de mogelijkheid eventuele mededingingsrechtelijke bezwaren te laten toetsen voordat de voorgenomen concentratie in een definitieve vorm wordt gegoten.

Enkele andere wijzigingen

Zonder volledig te zijn, noemen wij kort nog enkele andere wijzigingen. De nieuwe concentratieverordening maakt het gemakkelijker de termijnen die gelden voor het onderzoek, op verzoek of met instemming van partijen, te verlengen. Ook worden de inspectiebevoegdheden van de Commissie uitgebreid en krijgt zij de bevoegdheid om, in afwachting van een definitief besluit, in bepaalde gevallen voorlopige maatregelen te nemen om een daadwerkelijke mededinging te herstellen of te handhaven. Om tot een effectievere handhaving te komen verlaat Verordening 139/2004 verder het stelsel van vaste minimum- en maximumbedragen voor boetes en dwangsommen voor het verstrekken van onjuiste informatie of een weigering om mee te werken. Onder de nieuwe verordening wordt hiervoor aangehaakt bij de hoogte van de omzet van de betrokken onderneming.

Slot

Na enkele nauwelijks spectaculaire jaren, zal 2004 wellicht spannender verlopen. De economie trekt iets aan, wat mogelijk voor een toename van het aantal meldingen zal zorgen. Verder zal blijken welke invloed de nieuwe Europese concentratieverordening op het Nederlandse concentratietoezicht heeft.