

# Kroniek

## Kroniek concentratiecontrole 2008

Mr. Maarten de Jong en mr. Luke Haasbeek\*

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

Tabel 1: Aantal concentratiemeldingen per categorie

	2006	2007	2008
Meldingen	135	108	129
Ingetrokken meldingen	5	7	8
Besluiten meldingsfase	119	106	119
Verkorte besluiten	54	69	84
Vergunning vereist	8	4	4
Besluit vergunningsfase	2	3	2
Ontheffingen wachterperiode	0	1	2
Boete voor niet melden	0	1	2
Informeel zienswijze	22	0	6

14

### De aantallen

Het aantal concentratiemeldingen in 2008 was met 129 in lijn met de aantallen van de afgelopen jaren (108 in 2007, 135 in 2006). Van de 119 besluiten in de meldingsfase die de NMa heeft genomen, waren er 84 verkorte besluiten en 35 gewone besluiten. Het aantal besluiten dat verkort wordt afgedaan blijft daarmee stijgen. Van de 35 gewone besluiten werd in vier gevallen geoordeeld dat een vergunning was vereist voor de concentratie. Van deze vier zaken is er in één geval reeds in 2008 een vergunning verleend. In twee andere gevallen is een vergunningsaanvraag ingediend en wordt het tweedefasebesluit verwacht in 2009. De NMa nam in 2008 twee besluiten in de vergunningsfase, wat vergelijkbaar is met de voorgaande jaren. Daarnaast heeft de NMa twee keer een ontheffing van de verplichte wachterperiode verleend op grond van artikel 40 Mw, zijn twee boetes uitgedeeld voor schending van de meldingsplicht en zijn zes informele zienswijzen afgegeven met betrekking tot vragen over concentratiecontrole. Een overzicht van de aantallen per categorie is opgenomen in tabel 1.

### Wetgeving en beleid

In 2008 is het beleid met betrekking tot verkorte afdoening van concentratiemeldingen gewijzigd en de meldingsdrempels zijn verlaagd voor concentraties in de zorgsector.

#### Wijziging beleid verkorte afdoening

Op 2 september 2008 heeft de NMa een nieuw besluit omtrent het verkort afdoen van concentratiemeldingen vastgesteld.<sup>1</sup> Dit nieuwe besluit verruimt wederom de mogelijkheden voor de NMa om concentratiemeldingen door middel van een verkort besluit af te doen. In 2006 waren deze mogelijkheden voor de NMa al aanzienlijk uitgebreid door verkorte afdoening mogelijk te maken wanneer bij een horizontale fusie het gezamenlijke markt-

\* Maarten de Jong is advocaat in Amsterdam. Luke Haasbeek is advocaat in Amsterdam.

1. Besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 2 september 2008 tot het vaststellen van uitvoeringsregels omtrent het verkort afdoen van concentratiemeldingen, *Stcrt.* 5 september 2008, nr. 172, p. 18.

aandeel minder dan 25% bedroeg en bij verticale fusies het gezamenlijke marktaandeel minder dan 30% bedroeg. In het nieuwe besluit, nog geen twee jaar later, zijn deze marktaandeelgrenzen geheel losgelaten.

Het nieuwe beleid is dat de NMa de melding met een verkort besluit kan afdoen wanneer geen vergunning wordt vereist én geen van de volgende omstandigheden zich voordoet:

1. de NMa heeft voorwaarden opgelegd of de melding is gewijzigd,
2. het besluit van de NMa wijkt af van een advies over de concentratie van de NZa, de OPTA of het Commissariaat voor de Media, of
3. bij de behandeling van de zaak is gebleken van relevante bezwaren van belanghebbende derden tegen de concentratie.

De NMa motiveert het laten vervallen van de marktaandeelgrenzen door erop te wijzen dat bij een deel van de concentraties waarbij de marktaandeelgrenzen werden overschreden toch evident is dat geen mededingingsrechtelijke bezwaren ontstaan. Zoals voorheen ook mogelijk was, kan de NMa in zaken die in aanmerking komen voor een verkorte afdoening toch kiezen voor een uitgebreide motivering. De NMa kan daar bijvoorbeeld voor kiezen wanneer er bijzondere belangstelling voor is bij belanghebbenden of bij het publiek. Nieuw is dat de NMa in de hiervoor genoemde gevallen (b) en (c) ook kan kiezen voor een gedeeltelijke motivering. De NMa zou dan bijvoorbeeld het besluit alleen kunnen motiveren op de punten waar wordt afgeweken van de zienswijze van de NZa of de OPTA of alleen op punten waar belanghebbenden bezwaren hadden.<sup>2</sup>

Het voordeel van de verruimde mogelijkheden voor verkorte afdoening is met name dat de NMa efficiënter te werk kan gaan en minder tijd hoeft te besteden aan minder belangrijke zaken. Voor de betrokken ondernemingen zijn er slechts in beperkte mate voordelen. De ervaring leert dat wanneer de NMa geen besluit hoeft te schrijven er ook vaak minder vragen worden gesteld en de NMa sneller het besluit neemt. Daarnaast noemt de NMa het voordeel dat geen tijd hoeft te worden besteed aan overleg over vertrouwelijke gegevens in het besluit. Het nieuwe besluit verkorte afdoening betekent echter niet dat de meldende partijen minder informatie hoeven te verstrekken in het meldingsformulier.<sup>3</sup>

### Verlaging meldingsdrempels voor zorgsector

De omzetsdrempels voor concentratiemeldingen zijn met ingang van 1 januari 2008 verlaagd voor ondernemingen in de zorgsector.<sup>4</sup> Voor deze ondernemingen is de drempel van een gezamenlijke wereldwijde omzet van 113,45 miljoen euro verlaagd tot 55 miljoen euro en de drempel van

30 miljoen euro omzet in Nederland door ieder van ten minste twee betrokken ondernemingen is verlaagd tot 10 miljoen euro. Daarbij moeten ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder meer dan 5,5 miljoen euro omzet behalen met het verlenen van zorg. Deze laatste omzetsdrempel is van belang in het geval een of meer van de betrokken ondernemingen niet alleen zorg verlenen, maar ook andere activiteiten ontplooiën. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld schoonmaakondernemingen die in beperkte mate ook thuiszorg verlenen. Dergelijke ondernemingen worden dan niet geraakt door de verlaagde drempels.

De mogelijkheid om voor bepaalde categorieën ondernemingen de meldingsdrempels tijdelijk te verlagen was gecreëerd bij de wijzigingen in de Mededingingswet die per 1 oktober 2007 in werking zijn getreden.<sup>5</sup> Deze mogelijkheid was bedoeld voor bepaalde (deel)sectoren in transitie, waarbij met name werd gedacht aan de zorgsector.<sup>6</sup> Na inwerkingtreding van de wijzigingen in de Mededingingswet heeft de minister snel gebruik gemaakt van deze mogelijkheid de drempels voor zorgondernemingen te verlagen. Bovendien heeft de minister gekozen voor de maximale duur van vijf jaar voor de tijdelijke verlaging van de drempels, dat wil zeggen tot 1 januari 2013.

De ondernemingen die onder de werking van de drempelverlaging vallen zijn onder meer thuiszorgorganisaties, verpleeghuizen, verzorgingshuizen, ziekenhuizen, huisartsen en apothekers.<sup>7</sup> De verwachting is dat deze verlaging met name gevolgen zal hebben voor de aanbieders van langdurige AWBZ-zorg. Dit zijn relatief veel ondernemingen met lage omzetten, waardoor zij vaak onder de gewone meldingsdrempels bleven, maar die door de kleine relevante geografische markten toch hoge marktaandelen kunnen hebben. Voor ziekenhuizen zal er naar verwachting niet veel veranderen omdat die door hun hogere omzetten meestal toch al binnen het toepassingsbereik van het concentratietoezicht vielen. Voor huisartsen en apotheken zal er ook niet veel veranderen omdat zij door hun lage omzetten meestal ook niet boven de tijdelijk verlaagde drempels komen.<sup>8</sup>

## Boetes voor schending meldingsplicht

De NMa heeft in 2008 twee keer boetes opgelegd voor het tot stand brengen van een concentratie voordat deze was gemeld en goedgekeurd door de NMa. Bovendien heeft de Rechtbank Rotterdam uitspraak gedaan in het beroep

2. De NMa past dit voor het eerst toe in het besluit van 14 november 2008, zaak 6460, *Careyn/Zuwe Aveant*.  
 3. Zie verder B. Nijs, 'Uitbreiding van het verkort afhandelen van concentratiezaken levert weinig voordelen op voor de meldende partijen', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008, nr. 8, p. 183-184.  
 4. Besluit van 6 december 2007, houdende tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen, *Stb.* 2007, 518.

5. Artikel 29 lid 3 Mw, in werking getreden door Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van evaluatie van die wet, *Stb.* 2007, 284.  
 6. Gewijzigd amendement van de leden Omtzigt en Heemskerk bij de Wet marktordening gezondheidszorg, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 186, nr 45, en Motie van het lid Ten Hoopen c.s. bij de Evaluatiewet, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 31.  
 7. Het besluit verwijst naar bepalingen in het Besluit zorgaanpak AWBZ, de Zorgverzekeringswet en de Wet Maatschappelijke Ondersteuning.  
 8. Zie Nota van Toelichting, *Stb.* 2007, 518, p. 6.

van Airfield en Chellomedia tegen de boete die de NMa had gelegd wegens *gunjumping* bij een overname in 2004.<sup>9</sup> Dit vonnis wordt verder besproken onder 'rechtspraak'.

In de zaak HAL Investments/Expres Wijn/Valenbrecht heeft de NMa boetes opgelegd omdat de partijen een overname pas hadden gemeld nadat de aandelen waren overgedragen.<sup>10</sup> Deze zaak wordt nog beoordeeld onder het oude boeteregime van vóór 1 oktober 2007.

Interessanter is het boetebesluit in de zaak Nooteboom/Pacton.<sup>11</sup> Dit is de eerste keer dat de NMa een boete oplegt onder het boeteregime zoals dat geldt vanaf 1 oktober 2007. Door wijziging van de Mededingingswet is het wettelijke boetemaximum verhoogd van 22.500 euro naar 450.000 euro of, indien dit meer is, 10% van de omzet van de onderneming. Het boetemaximum is hiermee in lijn gebracht met de boetes die de Commissie voor deze overtrekking kan opleggen. Daarbij heeft de NMa in een nieuwe 'NMa boetecode 2007' haar beleid met betrekking tot de vaststelling van boetes binnen deze wettelijke kaders neergelegd.<sup>12</sup>

In de Nooteboom/Pacton-zaak hadden de partijen in oktober 2007 een overname tot stand gebracht, waarna de NMa een paar maanden later uit eigen beweging de partijen om opheldering had gevraagd. Na enige correspondentie over en weer blijkt dat de overname inderdaad gemeld had moeten worden. Op verzoek van de NMa sluiten de partijen in maart 2008 een *standstill*-overeenkomst waardoor de kopers, die de aandelen al geruime tijd in bezit hadden, hun zeggenschapsrechten niet zouden uitoefenen totdat de concentratie was gemeld en goedgekeurd door de NMa.

Voor zover bekend is dit de eerste zaak waarbij de NMa uit eigen onderzoek een overtrekking van de meldingsplicht opspoorde om deze vervolgens te beboeten. Bij alle eerdere boetes voor deze overtrekking hadden de partijen wel een melding gedaan maar niet gewacht op de goedkeuring of ze hadden zelf contact opgenomen met de NMa om te vragen of een melding (nog) nodig was. In de Nooteboom/Pacton-zaak lijkt de NMa de concentratie te hebben opgespoord op basis van berichten in de pers of andere openbare informatie,<sup>13</sup> wat bevestigt dat de NMa actief zoekt naar concentraties die niet zijn gemeld.

Voor de vaststelling van de hoogte van de boete past de NMa de nieuwe boetecode toe. Deze neemt als uitgangspunt een boetegrondslag die wordt berekend door de omzet van de overtrekker in het afgelopen boekjaar te vermenigvuldigen met een promillage dat behoort bij de toepasselijke boetecategorie. Bij een overtrekking van de meldingsplicht is dit promillage hoger voor de koper (7,5‰) dan voor de verkoper (2,5‰).<sup>14</sup> De aldus berekende boe-

tegrondslag wordt zondig vermenigvuldigd met een duurfactor en een ernstfactor. In de Nooteboom/Pacton-zaak worden beide factoren vastgesteld op de waarde 1 en dus niet verhoogd. Het feit dat tussen de totstandbrenging van de concentratie en het sluiten van de *standstill*-overeenkomst meer dan vijf maanden zat, achtte de NMa niet van belang en leidt niet tot een hogere duurfactor. Het feit dat de overtrekking niet door de partijen was gemeld maar door de NMa was opgespoord wordt ook niet aangemerkt als een verzwarende factor.

De NMa lijkt bij overtredingen van andere bepalingen dan artikel 6 Mw en 24 Mw in principe uit te gaan van de kale boetegrondslag. De duurfactor en ernstfactor worden daarbij op 1 gesteld en boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden spelen niet snel een rol. De NMa stelt in het besluit ook dat de ernst van de overtrekking voldoende tot uitdrukking komt in de boetecategorie waarin de overtrekking is ingedeeld. Dit is ook in lijn met een boete die de NMa eerder in 2008 had opgelegd voor een zegelverbreking, waarbij de boete ook werd vastgesteld op de kale boetegrondslag.<sup>15</sup>

Dit is gunstig voor de voorspelbaarheid van de boetes en het houdt het boeteniveau nog enigszins binnen de perken. Niettemin wordt duidelijk dat de boetes voor *gunjumping* onder het nieuwe boeteregime zeer sterk zijn gestegen. De koper in de Nooteboom/Pacton-zaak ontving met een relatief bescheiden omzet van circa 42 miljoen euro al een boete van 315.000 euro. Wanneer het gaat om grotere bedrijven, kan de boete in de miljoenen lopen. Indien de koper bijvoorbeeld een omzet van 500 miljoen euro heeft, dan bedraagt de boetegrondslag reeds 3,75 miljoen euro, dat wil zeggen meer dan 165 keer de maximale boete die onder het oude regime kon worden opgelegd. Bij dergelijke extreem hoge boetes is begrijpelijk dat de NMa terughoudend is met het vermenigvuldigen van de boetegrondslag door middel van een hogere ernst- of duurfactor.

## Concentratie en zeggenschap

Vragen met betrekking tot het begrip concentratie, waaronder het begrip zeggenschap, zijn aan de orde gekomen in zowel besluiten als informele zienswijzen van de NMa. Daarnaast heeft de Rechtbank Rotterdam zich in de zaak Airfield en Chellomedia/NMa uitgesproken over de vraag of de verkrijging van bepaalde instemmingsrechten door de koper van een onderneming voor de overgangperiode tussen *signing* en *closing* moet worden aangemerkt als de verkrijging van zeggenschap. Deze uitspraak wordt hierna onder 'rechtspraak' besproken.

In de informele zienswijze inzake AT&T Corp/Shell outsourcing transaction komt de NMa tot de conclusie dat de voorgenomen *outsourcing* door Shell van bepaalde telecommunicatiediensten aan AT&T niet aangemerkt kon worden als

9. Rechtbank Rotterdam, 4 april 2008, *Airfield Holding B.V. en Chellomedia Programming B.V./NMa*, MEDED 06/4218, LJN BC9420.

10. Het besluit in deze zaak is tot op heden niet gepubliceerd. Op 8 april 2008 heeft de NMa er wel een persbericht over uitgebracht.

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

12. Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Stcrt.* 29 juni 2007, nr. 123, *Stcrt.* 10 oktober 2007, nr. 196.

13. Het NMa-besluit stelt '[n]aar aanleiding van berichtgeving omtrent de overname van Pacton heeft de NMa op 18 januari 2008 contact opgenomen met Pacton' (par. 3).

14. Het niet melden van een concentratie is ingedeeld in Categorie V voor de koper en in Categorie IV voor de verkoper. De categorieëndeeling is te vinden als bijlage bij de NMa boetecode 2007.

15. Besluit van 10 oktober 2008, zaak 6432, *Zegelverbreking Sara Lee*.

een concentratie.<sup>16</sup> Zoals gebruikelijk bij *outsourcing*-transacties, beoordeelt de NMa of de combinatie van activa, overeenkomsten en personeel die overgaat beschouwd kan worden als de overname van een deel van een onderneming. Hiervoor moet deze combinatie zelfstandig actief kunnen zijn op de markt en daarmee een marktomzet kunnen behalen. Bij de *outsourcing* door Shell zouden alleen werknemers in een aantal landen overgaan naar AT&T. AT&T zou geen activa overnemen. Volgens de NMa kon niet worden gesteld dat het over te nemen personeel van Shell een zelfstandige economische entiteit vormde die op duurzame basis als onderneming actief zou kunnen zijn en die omzet zou kunnen realiseren. Hierbij wordt onder meer rekening gehouden met het feit dat de transactie verschillende telecomonderdelen van Shell omvatte, die verspreid waren over verschillende landen. Gelet op het feit dat alleen personeel zou overgaan, is er mogelijk weinig twijfel geweest dat deze transactie niet gemeld hoefde te worden. De NMa lijkt sinds de Geconsolideerde Mededeling inzake Bevoegdheidskwesities hoe dan ook terughoudender te zijn in het aanmerken van *outsourcing*-transacties als meldingsplichtige concentraties. In deze mededeling van de Commissie, die specifiek ingaat op *outsourcing*, wordt uitdrukkelijker gekeken of de over te dragen activa en personeel zelfstandig actief zouden kunnen zijn op de markt.<sup>17</sup> Voorheen werd door de NMa nauwelijks ingegaan op de eis van toegang tot de markt.<sup>18</sup>

In een informele zienswijze van 23 mei 2008 laat de NMa zich uit over de situatie van een wijziging van negatieve uitsluitende zeggenschap naar positieve uitsluitende zeggenschap.<sup>19</sup> In de transactie die de partijen aan de NMa hadden voorgelegd, beschikte een aandeelhouder over een minderheidsbelang van circa 49% met bepaalde relevante vetorechten, waarbij de andere aandeelhouders niet over enige zeggenschap in de betreffende onderneming beschikten. Deze negatieve uitsluitende zeggenschap zou wijzigen in een situatie van positieve uitsluitende zeggenschap doordat de aandeelhouder de meerderheid van de aandelen in handen zou krijgen. In het verleden heeft de Commissie het standpunt ingenomen dat een dergelijke zeggenschapswijziging meldingsplichtig was.<sup>20</sup> In de Geconsolideerde Mededeling inzake Bevoegdheidskwesities heeft de Commissie echter haar beleid gewijzigd en het standpunt ingenomen dat dit geen meldingsplichtige zeggenschapswijziging is.<sup>21</sup> De partijen in de onderhavige zaak hadden de NMa gevraagd of de NMa de nieuwe

opvatting van de Commissie op dit punt deelt, hetgeen de NMa in de informele zienswijze bevestigt.

## Ontheffing artikel 40 Mw

De NMa heeft in 2008 twee ontheffingen voor de verplichte wachtperiode verleend op grond van artikel 40 Mw. De NMa kan een dergelijke ontheffing verlenen indien daarvoor gewichtige redenen aanwezig zijn. Hier- van is sprake indien de wachtperiode onherstelbare schade zou toebrengen aan de concentratie.

In de zaak DSM/Diolen ging het om een onderneming in faillissement (Diolen) waarbij aannemelijk was gemaakt dat de banken slechts bereid waren de failliete onderneming nog korte tijd draaiende te houden.<sup>22</sup> Het enige noemenswaardige punt in deze zaak was dat Diolen producten maakte waar de beoogde koper (DSM) voor haar productieproces afhankelijk van was. Een snelle overname was daardoor essentieel voor de continuïteit van het productieproces van de koper. Gewoonlijk wordt juist gekeken naar de continuïteit van het over te nemen bedrijf dat in financiële problemen verkeert.

In zaak Hawama/Dijsman ging het om een garagebedrijf dat ook in faillissement verkeerde.<sup>23</sup> Indien de onderneming niet op korte termijn overgenomen kon worden, zou naar verwachting het schaarse werkplaatspersoneel vertrekken en zouden de belangrijke eindejaarsorders worden gemist. De NMa achtte daarom aannemelijk dat het inacht nemen van de wachtperiode een doorstart ernstig zou bemoeilijken en verleende ontheffing.

## Zorgsector

In 2008 nam de NMa weer een groot aantal concentratiebesluiten die betrekking hebben op de zorgsector. De zorgsector blijft daarmee met afstand de meest vertegenwoordigde sector binnen het Nederlandse concentratietoezicht. Er zijn wel enkele verschuivingen wat betreft de soorten zorgondernemingen die fuseren. Concentraties tussen zorgverzekeraars beginnen duidelijk af te nemen.<sup>24</sup> De concentratiedrang bij ondernemingen in de thuiszorg, verpleeghuiszorg, verzorgingshuiszorg en de geestelijke gezondheidszorg (GGZ) blijft echter onverminderd.

De opvattingen van de NMa met betrekking tot een aantal aspecten van de zorgsector lijken redelijk uitgekristalliseerd. Zo zijn bijvoorbeeld in de bepaling van de relevante productmarkt op de verschillende gebieden van zorg nauwelijks opmerkelijke ontwikkelingen waar te nemen. In de verschillende besluiten beperkt de NMa zich tot een bevestiging wat reeds in eerdere besluiten is vastge-

16. Informele zienswijze van 27 februari 2008, zaak 6310, *AT&T Corp/Shell outsourcing transaction*.

17. Geconsolideerde mededeling inzake bevoegdheidskwesities, Pb. EG 2008, C 95/1, par. 25-27.

18. Bijvoorbeeld de zaak *Logica CMG/ING* (besluit van 24 oktober 2006, zaak 5806) waarin de overname van alleen een groep werknemers nog wel wordt aangemerkt als een concentratie.

19. Informele zienswijze van 23 mei 2008, zaaknummer en namen van partijen zijn geanonimiseerd.

20. Commissie beschikking van 27 april 2005, zaak COMP/M.3768, *BBVA/BNL*.

21. Geconsolideerde mededeling inzake bevoegdheidskwesitie, Pb. EG 2008, C-95/1, par. 83.

22. Besluit van 13 augustus 2008, zaak 6465, *DSM Engineering Plastics/Diolen Industrial Fibers*.

23. Besluit van 12 december 2008, zaak 6583, *Hawama/Dijsman*.

24. In 2008 heeft de NMa met betrekking tot zorgverzekeraars alleen een verkort besluit genomen in de zaak *Menzis/Aziva* (zaak 6309).

steld.<sup>25</sup> Hieronder worden kort de belangrijkste ontwikkelingen van de beschikkingenpraktijk in de zorgsector besproken.

### Geografische markt

Wat betreft de geografische afbakening van de markt voor huishoudelijke verzorging wordt in een aantal NMa-besluiten uit 2008 ingegaan op de ontwikkeling die wordt veroorzaakt door de invoering van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO) op 1 januari 2007. Toen huishoudelijke verzorging nog werd bekostigd vanuit de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) werd de geografische markt voor huishoudelijke verzorging geacht ten minste het werkgebied van een gevestigde speler en ten hoogste de zorgkantorregio te omvatten. Echter, sinds de invoering van de WMO kopen gemeenten huishoudelijke verzorging in via aanbestedingsprocedures, waarbij ook aanbieders van buiten de regio kunnen inschrijven. Het gevolg hiervan kan zijn dat de relevante geografische markt ruimer of nauwer moet worden afgebakend dan de zorgkantorregio. Uit marktonderzoek dat is uitgevoerd ten behoeve van de verschillende concentratiemeldingen blijkt echter dat in de praktijk de posities van de aanbieders van huishoudelijk verzorging nog nauwelijks zijn veranderd ten opzichte van vóór de inwerkingtreding van de WMO.<sup>26</sup> Vooral nog wordt daarom nog uitgegaan van de marktafbakening naar zorgkantorregio. De NMa zet echter duidelijk de deur open voor een alternatieve marktafbakening in het geval de ingevoerde aanbestedingsprocedures wel een effect hebben gehad op de regio's waarbinnen de aanbieders actief zijn.

Een soortgelijke ontwikkeling zou in de toekomst waarneembaar kunnen zijn op het gebied van de GGZ. Sinds 1 januari 2008 is immers de financiering van een aanzienlijk deel van de GGZ (alles behalve langdurige klinische GGZ) overgeheveld van de AWBZ naar de Zorgverzekeringswet. Deze zorg wordt hierdoor nu ingekocht door de zorgverzekeraars ten behoeve van hun verzekerden, waardoor meer concurrentie mogelijk is. De NMa spreekt daarom over een 'sector in transitie', die zou kunnen leiden tot een verruiming van de geografische markt. In de besluiten in 2008 heeft dit echter voornamelijk niet tot een andere marktafbakening geleid.<sup>27</sup>

### Concurrentiedruk

Op het gebied van de gevolgen van de concentratie kenmerken de meeste zorgbeschikkingen zich door een uitgebreide analyse van de actuele en potentiële concurrentie. Wat betreft de actuele concurrentie wordt meestal op

basis van een reistijdenanalyse bepaald of de bij de concentratie betrokken partijen elkaars eerste en meest aannemelijke alternatief vormen.<sup>28</sup> Voor zover de fuserende partijen geen daadwerkelijke concurrenten van elkaar zijn, wordt gekeken of als gevolg van de concentratie een belangrijke potentiële concurrent verdwijnt. Daarnaast wordt uiteraard de actuele en potentiële concurrentiedruk van andere zorgaanbieders beoordeeld.

Wat betreft de beoordeling van potentiële concurrentie verwijst de NMa in de zaak Vivium-TGV/Zorggroep Almere naar de Richtsnoeren horizontale fusies van de Commissie.<sup>29</sup> Hierin wordt gesteld dat een fusie met een potentiële concurrent horizontale mededingingsbeperkende effecten kan hebben indien (i) deze potentiële concurrent reeds een sterk beperkende invloed heeft of erg waarschijnlijk is dat hij zal uitgroeien tot een daadwerkelijke concurrent en (ii) er onvoldoende concurrentiedruk uitgaat van eventuele andere potentiële concurrenten. Met betrekking tot verschillende zorggebieden overweegt de NMa daarbij dat potentiële concurrentie waarschijnlijker is van aanbieders die al op dezelfde geografische markt actief zijn met aangrenzende diensten dan van ondernemingen die dezelfde diensten aanbieden in een aangrenzend geografisch gebied.<sup>30</sup>

## Effectanalyse

De NMa heeft in de zaak European Directories/Truvo Nederland (Telefoongids/Gouden Gids) voor het eerst een concentratie beoordeeld zonder de relevante markt af te bakenen.<sup>31</sup> De gevolgen van de fusie zijn daarbij uitsluitend gebaseerd op een directe analyse van de te verwachten effecten op de markt. De NMa had in eerdere besluiten de effectanalyse al een grotere rol laten spelen. In Bloemenvelding Aalsmeer/Flora Holland uit 2007 baseert de NMa zich bijvoorbeeld op onderzoek naar afzet- en inkoopbelemmeringen op de markt voor sier- teeltproducten en laat daarbij het gezamenlijke marktaandeel van partijen in het midden.<sup>32</sup>

In de meldingsfase gaat de NMa nog op de meer traditionele manier te werk en tracht te komen tot een marktafbakening.<sup>33</sup> Op de mogelijk af te bakenen markt voor 'advertentieruimte in papieren naslagwerken' leek de mededingingssituatie er daarbij niet rooskleurig uit te zien: een gezamenlijk marktaandeel van 90-100%, hoge toetredingsdrempels, een sector met traditioneel hoge

25. Zie bijvoorbeeld besluit van 1 februari 2008, zaak 6247, *Vivium-TGV/Zorggroep Almere*, besluit van 18 maart 2008, zaak 6234, *Forum GGZ Nijmegen/De Gelderse Roos*, besluit van 14 juli 2008, zaak 6320, *ZorgAccent & Thuiszorg Noord West Twente/Sutfene/Carinova Leiboorn/Vérian* en besluit van 23 juli 2008, zaak 6424, *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*.

26. Besluit van 8 februari 2008, zaak 6271, *Laurens/Zorg Compas*, besluit van 14 juli 2008, zaak 6320, *ZorgAccent & Thuiszorg Noord West Twente/Sutfene/Carinova Leiboorn/Vérian* en besluit van 9 september 2008, zaak 6417, *Thuishulp Nederland B.V./Thuiszorgservice Nederland B.V.*

27. Besluit van 18 maart 2008, zaak 6234, *Forum GGZ Nijmegen/De Gelderse Roos* en besluit van 5 december 2008, zaak 6555, *GGZ Noord-Holland-Noord/GGZ-centrum Westfriesland*.

28. Zie bijvoorbeeld besluit van 18 maart 2008, zaak 6234, *Forum GGZ Nijmegen/De Gelderse Roos*, besluit van 16 april 2008, zaak 6068, *AMC de Meren/JellinekMentrum*, besluit van 23 juli 2008, zaak 6424, *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen*, en besluit van 5 december 2008, zaak 6555, *GGZ Noord-Holland-Noord/GGZ-centrum Westfriesland*.

29. Besluit van 1 februari 2008, zaak 6247, *Vivium-TGV/Zorggroep Almere*.

30. Besluit van 1 februari 2008, zaak 6247, *Vivium-TGV/Zorggroep Almere*, voor extramurale AWBZ-zorg en besluit van 16 april 2008, zaak 6068, *AMC de Meren/JellinekMentrum*, voor klinische GGZ.

31. Besluit van 28 augustus 2008, zaak 6246, *European Directories/Truvo Nederland*.

32. Besluit van 21 augustus 2007, zaak 5901.

33. Besluit van 11 maart 2008, zaak 6246, *European Directories/Truvo Nederland*.

winstmarges en geen afnemersmacht. In de vergunningsfase gaat de NMa echter over op de effectanalyse. De NMa onderzoekt daarbij de te verwachten effecten op de markt op basis van een groot aantal onderzoeken die partijen hadden laten uitvoeren en die de NMa had laten uitvoeren.

Op grond van deze analyse komt de NMa onder meer tot de conclusie dat de onderlinge concurrentiedruk die partijen op elkaar uitoefenen beperkt was, dat er een aanzienlijke disciplinerende uitgaat van de adverteerders die bij een prijsverhoging zullen overstappen naar alternatieve media dan wel geheel stoppen en dat de disciplinerende door online alternatieven (bijvoorbeeld Google en Marktplaats) in de toekomst substantieel zal stijgen.

Een belangrijke rol in de analyse speelt dat de partijen hadden aangegeven Telefoongids en Gouden Gids samen te voegen tot één gids. De NMa beoordeelt wat de mogelijke voordelen en nadelen daarvan zijn voor de adverteerders, waarbij zowel wordt gekeken naar de adverteerders die voor de fusie in beide gidsen adverteerden als de adverteerders die slechts in een van de twee gidsen adverteren. De NMa komt uiteindelijk tot de conclusie dat mogelijk een kleine groep adverteerders nadelen zal ondervinden, maar dat een grotere groep adverteerders zal profiteren van de samenvoeging.

Het lijkt ons een goede ontwikkeling dat de NMa bij bepaalde concentraties meer naar de daadwerkelijke effecten op de markt kijkt en het gebruikelijke beoordelingskader van marktafbakening en marktaandelen durft los te laten. In dit opzicht is de European Directories/Truvo Nederland-zaak zonder meer grensverleggend.

## Verticale effecten

De NMa heeft in 2008 een aantal besluiten genomen waarin de mogelijke verticale effecten van de concentraties worden beoordeeld. In de meeste van deze besluiten worden de verticale aspecten slechts kort besproken.<sup>34</sup> In de zaken Eveen/Philadelphia/Woonzorg en KPN/Reggefiber beoordeelt de NMa de voorgenomen concentraties echter uitvoerig op grond van de Richtsnoeren niet-horizontale fusies van de Commissie. In beide zaken komt de NMa tot de conclusie dat de verticale effecten kunnen leiden tot een significante belemmering van de concurrentie en worden hiervoor remedies aangeboden.

In Eveen/Philadelphia/Woonzorg was onder meer sprake van een verticale relatie tussen de verhuur van verzorgingshuizen en verpleeghuizen door de woningcorporatie Woonzorg Nederland enerzijds en het aanbieden van verzorgingshuiszorg en verpleeghuiszorg door Eveen en Philadelphia anderzijds.<sup>35</sup> De NMa beoordeelt op grond van

de Richtsnoeren niet-horizontale fusies of partijen (i) de mogelijkheid en (ii) de prikkel zouden hebben de markt af te sluiten voor concurrerende instellingen en (iii) wat het effect daarvan zou zijn. De NMa stelt vast dat Woonzorg op een aantal regionale markten beschikte over een sterke positie op de betreffende verhuurmarkten. De fusiecombinatie zou daarmee een significante invloed kunnen uitoefenen op de kwaliteit en prijs van de huisvesting van de concurrenten op de betreffende zorgmarkten die huren van Woonzorg. Omdat zorginstellingen hun plannen voor renovatie en modernisering van het gehuurde vastgoed gewoonlijk bespreken met de verhuurder, zou de fusie er ook toe leiden dat Eveen en Philadelphia inzicht zouden krijgen in de strategische vastgoedbewegingen van concurrerende instellingen. Bovendien werd aangenomen dat na de fusie de prikkel om te investeren in vastgoedprojecten voor Eveen en Philadelphia groter zou zijn dan te investeren in vastgoed van concurrerende zorgaanbieders. Een dergelijke achterstelling van concurrenten zou op termijn de marktpositie van Eveen en Philadelphia kunnen versterken. Om deze marktafsluiting te voorkomen stelt de NMa de voorwaarde dat het marktaandeel van Woonzorg op de *upstream* verhuurmarkt tezamen met het marktaandeel van Eveen en Philadelphia op de *downstream* zorgmarkten in de verschillende regio's niet hoger mag zijn dan 50%. Dit leidt tot een aanbod tot afstoting door Woonzorg van elf verzorgings- en verpleeghuizen in verschillende gemeenten. De NMa kiest daarmee voor dit geval een andere benadering dan de Richtsnoeren niet-horizontale fusies, die er vanuit gaan dat geen mededingingsrechtelijke bezwaren bestaan als het marktaandeel op ieder van de betrokken markten niet hoger is dan 30%.

In KPN/Reggefiber toetst de NMa met name de mogelijkheid van *input foreclosure*.<sup>36</sup> De concentratie had betrekking op de oprichting van een joint-venture waarin KPN en Reggefiber hun glasvezelnetwerkactiviteiten zouden bundelen. Deze *joint venture* zou daarmee actief worden op de *upstream* markt van het verlenen van toegang tot haar glasvezelnetwerk. Deze dienst zou worden geleverd aan KPN maar ook aan concurrenten van KPN die actief zijn op de verschillende *downstream* telecommunicatieretailmarkten. Omdat de *joint venture* een sterke positie zou hebben op de upstream markt en KPN sterke posities heeft op de downstream markten, wordt beoordeeld of partijen de mogelijkheid en de prikkel zouden hebben om concurrenten van KPN uit te sluiten van het glasvezelnet (*input foreclosure*) en wat het effect daarvan zou zijn. Bij de prikkel tot uitsluiting stelt de NMa, onder verwijzing naar de Richtsnoeren niet-horizontale fusies, dat deze afhangt van de mate waarin de uitsluiting winstgevend is voor partijen. Dit hangt onder meer af van de marges die worden behaald op de *upstream* en *downstream* markten. Als de marges op de *downstream* markten relatief hoger zijn, kan het voordelig zijn daar een sterkere positie te verkrijgen door concurrenten niet meer te leveren op de *upstream* markt. Aan de hand van verschillende kosten en prijzen wordt vervolgens berekend dat het naar verwachting winstgevend zou zijn voor KPN om retail-

34. Besluit van 1 februari 2008, zaak 6341, *CRH Bouwmaterialenhandel/Imab*, besluit van 16 april 2008, zaak 6068, *AMC de Meren/JellinekMentrum*, besluit van 29 april 2008, zaak 6317, *Ten Cate/Oranjewoud/Edel Grass*, besluit van 12 juni 2008, zaak 6376, *ABP/Cordares*, besluit van 5 september 2008, zaak 6262, *KWS Infra/Bruil Ede Groep* en besluit van 20 november 2008, zaak 6551, *KPN/Debitel*.

35. Besluit van 14 juli 2008, zaak 6141, *Eveen Groep/Philadelphia/Woonzorg Nederland*.

36. Besluit van 19 december 2008, zaak 6397, *KPN/Reggefiber*.

concurrenten uit te sluiten. Een prikkel om dit te doen wordt daarom aannemelijk geacht. Uiteindelijk komt de NMa tot de conclusie dat de verticale effecten tot een mededingingsprobleem leiden, die partijen oplossen met het aanbieden van een remedie (zie verder onder ‘Remedies’).

## Gecoördineerde effecten

De NMa is in 2008 consistent in de wijze waarop mogelijke gecoördineerde effecten worden beoordeeld. Telkens wordt getoetst aan de vier Airtours-criteria:

1. partijen moeten hun gedrag eenvoudig kunnen coördineren,
2. zij moeten in voldoende mate de naleving van de verstandhouding kunnen controleren,
3. er moet een geloofwaardig disciplineringsmechanisme bestaan om afwijkend gedrag te voorkomen, en
4. het optreden van buitenstaanders mag de resultaten van de verstandhouding niet in gevaar kunnen brengen. In geen van de zaken wordt een significante beperking van de mededinging als gevolg van gecoördineerde effecten aannemelijk geacht.

In NDC/ThiemeMeulenhoff wordt vrij uitgebreid ingegaan op een mogelijke afstemming tussen uitgeverijen van schoolboeken op basis van prijsniveaus en marktverdeling.<sup>37</sup> De NMa komt in haar analyse tot de conclusie dat niet waarschijnlijk is dat coördinatie succesvol zou kunnen plaatsvinden. Met betrekking tot coördinatie op basis van prijsniveaus baseert ze deze conclusie voornamelijk op de grote hoeveelheid en heterogeniteit aan soorten schoolboeken, waardoor het niet eenvoudig is om tot een verstandhouding over de coördinatievoorwaarden te komen.

Voor wat betreft de coördinatie op basis van marktverdeling, gaat het om het risico dat de drie grote schoolboekenuitgeverijen tot een verstandhouding komen dat ieder zich afzonderlijk specialiseert in bepaalde vakgebieden (bijvoorbeeld de ene wiskunde, de andere Engels). De NMa is echter van oordeel dat het niet aannemelijk is dat er een geloofwaardig disciplineringsmechanisme bestaat om afwijkend gedrag te voorkomen. Dit heeft te maken met het feit dat het enkele jaren en forse investeringen vereist om een bepaalde schoolboekmethode op de markt te brengen. Indien een uitgeverij in strijd met de coördinatievoorwaarden een methode zou ontwikkelen voor een vakgebied waarop een van de concurrenten een overheersende positie heeft, kan dit niet effectief op korte termijn worden vergolden. De concurrent kan niet direct ‘terugslaan’ met een methode op het vakgebied waar de aanvankelijke overtreders van de coördinatievoorwaarden een sterke positie heeft. Daarnaast zou een prijsverlaging op korte termijn ook geen groot afschrikwekkend effect hebben.<sup>38</sup>

37. Besluit van 8 augustus 2008, zaak 6421, NDC/ThiemeMeulenhoff.

De zaak Bakkersland/Quality Bakers is opmerkelijk omdat gecoördineerde effecten niet aannemelijk worden geacht in verband met afnemersmacht.<sup>39</sup> Als gevolg van de concentratie zou het aantal industriële bakkerijen dat brood levert aan supermarkten teruggaan van drie naar twee. Bovendien was sprake van een tamelijk homogeen product en had een marktpartij aangegeven dat er een risico was van coördinatie tussen de twee overblijvende grote bakkerijen. De NMa oordeelt echter dat voldoende afnemersmacht van de supermarkten aanwezig was om dit risico te voorkomen.

De supermarkten, waarvan de industriële bakkerijen in belangrijke mate afhankelijk zijn, hebben volgens de NMa voldoende mogelijkheden om via alternatieve routes hun leveranties veilig te stellen. De NMa wijst hierbij op de (kleinere) ambachtelijke bakkerijen, hoewel die niet de capaciteit hebben om aan de gehele vraag van de supermarkten te voldoen, en op de mogelijkheid voor de supermarkten om zelf een bakkerij op te richten of over te nemen. De supermarkten zijn op deze wijze in staat de mogelijke gecoördineerde effecten te beïnvloeden, waardoor volgens de NMa niet wordt voldaan aan de vierde voorwaarde.

## Efficiencies

In twee zaken speelden *efficiencies* een belangrijke rol. De wijze waarop de NMa met de mogelijke *efficiencies* omgaat verschilt echter wezenlijk. In het meldingsbesluit in de zaak Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen worden de mogelijke efficiëntievoordelen voorspelbaar en kritisch getoetst op grond van de voorwaarden als gesteld in de Richtsnoeren horizontale fusies van de Commissie. In European Directories/Truvo Nederland worden het hele begrip *efficiencies* en de richtsnoeren van de Commissie genegeerd en wordt uitsluitend door middel van een effectanalyse beoordeeld of de concentratie zou kunnen leiden tot een significante beperking van de mededinging.

De zaak Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen is een herhaling van een voorgenomen fusie die ook al in 2005 bij de NMa was gemeld.<sup>40</sup> De NMa was toen tot het voorlopige oordeel gekomen dat de gemelde concentratie zou leiden tot het samengaan van de enige twee ziekenhuizen in de regio Midden-Zeeland, waardoor een economische machtspositie zou ontstaan. De partijen hadden toen naar voren gebracht dat de fusie zou kunnen leiden tot efficiëntievoordelen die zouden opwegen tegen de nadelen van de mededingingsbeperking. Deze *efficiencies* waren echter onvoldoende aannemelijk gemaakt.

38. Zie ook besluit van 16 april 2008, zaak 6068, AMC de Meren/Jellinek-Mentrum. In deze zaak wordt coördinatie op de markt voor klinische GGZ onaannemelijk geacht onder meer omdat sancties alleen met aanzienlijke vertraging gevolgen kunnen hebben, waardoor zij niet afschrikwekkend zullen zijn.

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

40. Besluit van 23 juli 2008, zaak 6424, Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen.

Na intrekking van de vergunningsaanvraag in 2006, naar verluidt omdat de NMa een negatief besluit dreigde te nemen, hebben de partijen in 2008 een nieuwe melding ingediend met weer efficiëntievoordelen als belangrijkste wapen. In het meldingsbesluit bevestigt de NMa, onder verwijzing naar MvT bij de wijziging van de Mededingingswet zoals in werking getreden op 1 oktober 2007, dat de Mededingingswet ruimte biedt voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen.<sup>41</sup> Om deze te laten meewegen zal voldaan moeten worden aan de drie voorwaarden genoemd in de Richtsnoeren horizontale fusies. De efficiëntieverbeteringen zullen (i) ten voordele moeten komen van gebruikers, (ii) specifiek uit de concentratie moeten voortvloeien en niet in dezelfde mate kunnen worden bereikt met middelen die minder concurrentie-bepkend zijn en (iii) verifieerbaar moeten zijn. Naar het oordeel van de NMa hadden de partijen dit in de meldingsfase nog onvoldoende aangetoond. In de vergunningsfase zullen de efficiencies naar verwachting verder worden onderbouwd en zal blijken of deze kunnen opwegen tegen de nadelen van het creëren van een (bijna) monopolie.

In de zaak *European Directories/Truvo Nederland* volgt de NMa in de eerste fase dezelfde lijn als in de ziekenhuiszaak.<sup>42</sup> De NMa wijst op de voorwaarden waaraan voldaan moeten worden bij een *efficiencies* verweer en stelt dat de partijen de voordelen nog onvoldoende hadden aangetoond. In de tweede fase hadden de partijen toegezegd *Telefoongids* en *Gouden Gids* te zullen samenvoegen tot een gids en worden de efficiëntievoordelen die daaruit voortvloeien de kern van de beoordeling (zie hierna onder 'Remedies'). De voorwaarden die worden gesteld aan *efficiencies* worden niet meer genoemd, er wordt niet meer verwezen naar de Richtsnoeren horizontale fusies. In plaats daarvan laat de NMa alles oplossen in een effectanalyse, die leidt tot een goedkeuring van de concentratie (zie hiervoor).

## Remedies

In vijf zaken hebben partijen remedies aangeboden om mededingingsbezwaren van de NMa weg te nemen, waarbij dit vier keer reeds in de meldingsfase werd gedaan. Interessant is om te kijken hoe daarbij werd omgegaan met de per 1 oktober 2007 in de Mededingingswet geïntroduceerde mogelijkheid van het aanbieden van remedies in de meldingsfase. Vroeger waren remedies ook mogelijk in de eerste fase, maar dat gebeurde in de praktijk dan door middel van een wijziging van de melding. Sinds de wetswijziging kan ook een formeel remedievoorstel worden ingediend. De wet stelt daarbij echter de voorwaarde dat de concentratie niet tot stand mag worden gebracht totdat de remedie is uitgevoerd.<sup>43</sup> In het geval van een structurele remedie dienen partijen derhalve eerst het betreffende

bedrijfsonderdeel te hebben afgestoten voordat de concentratie doorgang kan vinden, wat het indienen van een remedievoorstel onaantrekkelijk kan maken.<sup>44</sup> De verwachting was dan ook dat in de meeste gevallen de oude praktijk van wijziging van de melding zou worden voortgezet.

Uit de besluiten van 2008 blijkt dat drie van de vier remedies in de eerste fase zijn gedaan volgens het nieuwe regime. Bij twee daarvan, *Thuishulp Nederland/Thuiszorgservice Nederland* en *Amsterdam Thuiszorg/Cordaan Groep*, voldoen de partijen aan de voorwaarde eerst de remedie uit te voeren door zelf al een koper voor stellen (*fix it first*).<sup>45</sup> In de zaak *Evean/Philadelphia/Woonzorg* wordt echter nog gekozen voor een ouderwetse wijziging van de melding, al zegt het besluit wel dat de partijen de concentratie niet eerder tot stand mogen brengen dan nadat het betreffende bedrijfsonderdeel is afgestoten.<sup>46</sup> Opmerkelijk in verschillende opzichten, maar ook wat betreft de beoordeling van de remedies, is het besluit in de zaak *European Directories/Truvo Nederland*.<sup>47</sup> In een vergevorderd stadium in de tweede fase bieden de partijen aan *Telefoongids* en *Gouden Gids* samen te voegen tot één gids, in welk verband zij ook bepaalde verplichtingen op zich nemen. Deze samenvoeging leidt tot efficiëntievoordelen die een essentiële rol spelen in het verweer van de partijen en in de effectanalyse van de NMa. Een dergelijke oplossing voor het mededingingsprobleem moet worden aangemerkt als remedie.<sup>48</sup>

Het voorstel van partijen wordt omschreven als een 'aanvulling' van de vergunningsaanvraag en het gebruikelijke hoofdstuk in het besluit waarin het remedievoorstel wordt beoordeeld op basis van de in de Richtsnoeren Remedies genoemde criteria ontbreekt. Dit neemt niet weg dat de NMa de voor- en nadelen van de samenvoeging heeft beoordeeld. De NMa heeft dit echter geïntegreerd in de effectanalyse, waar ook de *efficiencies*-beoordeling in is opgegaan.

In de zaak *KPN/Reggefiber* worden gedragsremedies aangeboden waarmee derde-partijen toegang kunnen krijgen tot het glasvezelnetwerk van de op te richten *joint venture*.<sup>49</sup> Het remedievoorstel is een complex pakket aan verplichtingen dat onder meer een scheiding tussen KPN en de *joint venture*, een non-discriminatieverplichting en waarborgen met betrekking tot de tarieven inhoudt. De

41. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 16 en 21.

42. Besluit van 11 maart 2008 (eerste fase) en 28 augustus 2008 (tweede fase), zaak 6246, *European Directories/Truvo Nederland*.

43. Art. 37 lid 6 Mw. Zie ook NMa Richtsnoeren Remedies 2007, par. 38.

44. Zie ook J.K. de Pree, 'Worden remedies in de eerste fase onaantrekkelijk?', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2007, nr. 5, p. 93.

45. Besluit van 9 september 2008, zaak 6417, *Thuishulp Nederland/Thuiszorgservice Nederland*, en besluit van 10 juni 2008, zaak 6169, *Amsterdam Thuiszorg/Cordaan groep*. De derde zaak, *KPN/Reggefiber*, betreft een gedragsremedie, waarbij de nieuwe voorwaarde doorgaans geen probleem oplevert.

46. Besluit van 14 juli 2008, zaak 6141, *Evean Groep/Philadelphia/Woonzorg Nederland*. Opmerkelijk is ook dat in deze zaak direct een verkooptrustee wordt aangesteld die de verkoop ter hand neemt. Gewoonlijk krijgen eerst de partijen een termijn van zes maanden om zelf een koper te vinden. Onduidelijk is of dit een gevolg is van het nieuwe medieregime.

47. Besluit van 28 augustus 2008, *European Directories/Truvo Nederland*.

48. Wij gaan er vanuit dat sprake is van een 'quasi-structurele remedie', dat wil zeggen een remedie die niet ziet op de afstoting van een bedrijfs onderdeel maar wel een duurzaam effect op de markt heeft (zie par. 33 Richtsnoeren Remedies 2007).

49. Besluit van 19 december 2008, zaak 6397, *KPN/Reggefiber*.



NMa geeft in principe de voorkeur aan structurele remedies boven gedragsremedies, maar structurele remedies zijn in de betreffende zaak niet mogelijk. De NMa wijst op de Richtsnoeren Remedies die stellen dat gedragsremedies met name geschikt kunnen zijn indien het mededingingsprobleem betrekking heeft op uitsluitingseffecten die het gevolg zijn van verticale relaties. Dit was in KPN/Reggefiber precies het geval. Bovendien wordt het probleem van toezicht op de naleving van gedragsremedies voor een deel weggenomen doordat de OPTA mede belast is met de handhaving.

## Nevenrestricties

De NMa wordt nog slechts in een enkele zaak verzocht zich uit te laten over nevenrestricties. In 2008 waren dit vier zaken. Nieuw daarbij is dat de NMa een soort standaardformulering hanteert.<sup>50</sup> Na de beoordeling van de duur van het non-concurrentie en/of het relatiebeding, waarbij de NMa wel een individuele beoordeling geeft, volgt een opsomming van de voorwaarden die in het algemeen aan nevenrestricties worden gesteld. De NMa gaat daarbij in op de geografische reikwijdte, de reikwijdte wat de bedrijfsactiviteiten betreft, de voorwaarde dat een nevenrestrictie niet wordt aanvaard voor het verstrekken van leningen of andere vormen van krediet en dat het relatiebeding betrekking moet hebben op werknemers met belangrijke knowhow die op het moment van de totstandbrenging van de concentratie in dienst zijn van de overgenomen onderneming. De NMa zegt daarbij niet of in het concrete geval aan deze voorwaarden wordt voldaan. Deze beoordeling wordt verder aan de betrokken ondernemingen overgelaten.

De meerwaarde van een beoordeling door de NMa van het non-concurrentiebeding of relatiebeding lijkt met deze standaardformulering alleen nog te zitten in de toetsing van de duur van bedingen. Meestal volgt de NMa hierbij de maximale duur die wordt genoemd in de Mededeling inzake Nevenrestricties van de Commissie, dat wil zeggen twee jaar bij een overdracht van alleen goodwill en drie jaar bij een overdracht van goodwill en knowhow.<sup>51</sup> In één zaak wijkt de NMa hier van af. In Copaco/McDos wordt geoordeeld dat een non-concurrentiebeding en een relatiebeding in de ICT-sector slechts voor een duur van twee jaar mag gelden, hoewel bij de concentratie goodwill en knowhow werden overgedragen.<sup>52</sup> De NMa wijst hierbij op de snelle technologische veranderingen in de ICT-sector, waardoor de waarde van knowhow en goodwill snel vermindert.

## Rechtspraak

In 2008 is slechts één rechterlijke uitspraak gedaan met betrekking tot een concentratiezaak.<sup>53</sup> Dit betrof het beroep tegen een boete van de NMa wegens het tot stand brengen van een concentratie voordat daarvoor goedkeuring was verkregen.<sup>54</sup> De concentratie betrof de verkoop door Airfield aan Chellomedia van een deel van de activiteiten van Canal+ Nederland. Voor de overgangperiode tussen het sluiten van de overeenkomst tussen partijen (*signing*) en de daadwerkelijke overdracht (*closing*) werden bepaalde afspraken gemaakt over het beheer van Canal+. Chellomedia verkreeg daarbij bepaalde instemmingsrechten, waaronder voor besluiten over veranderingen in het business plan, investeringen boven 50.000 euro en de benoeming en ontslag van senior managers bij Canal+. De verkrijging van deze instemmingsrechten werd door de NMa beschouwd als het verkrijgen zeggenschap voordat de NMa de concentratie had goedgekeurd. De NMa had voor deze overtreding een boete opgelegd aan zowel de koper als de verkoper.

De Rechtbank Rotterdam laat het boetebesluit van de NMa in stand. De rechtbank oordeelt dat de instemmingsrechten die Chellomedia had verkregen aangemerkt konden worden als vetorechten met betrekking tot het strategische commerciële beleid van Canal+. De rechtbank verwijst hierbij naar de relevante bekendmakingen van de Commissie.<sup>55</sup> Vanaf het moment dat deze vetorechten van kracht werden, dat wil zeggen nog voordat de concentratie bij de NMa was gemeld, verkreeg Chellomedia volgens de rechtbank zeggenschap.

De betrokken ondernemingen hadden gesteld dat geen sprake was van een duurzame zeggenschap, omdat het ging om afspraken voor een beperkte overgangperiode. Dit argument wordt niet geaccepteerd. Volgens de rechtbank moeten de tijdelijke instemmingsrechten en de uiteindelijke aandelenoverdracht als een geheel worden gezien. Bovendien kunnen de instemmingsrechten volgens de rechtbank niet worden aangemerkt als een nevenrestrictie. De instemmingsrechten brachten de concentratie tot stand en kunnen daarom niet worden gezien als een beperking die rechtstreeks verband houdt met en noodzakelijk is voor de totstandkoming van de concentratie.

Deze uitspraak is naar onze mening te rechtlijnig en houdt geen rekening met de praktijk. Bij overnames wenst de koper gewoonlijk bepaalde waarborgen dat de onderneming die hij heeft gekocht geen wezenlijke veranderingen ondergaat in de periode tot aan de overdracht van de aandelen of de activa. Dit betekent dat besluiten die buiten de *ordinary course of business* liggen goedgekeurd moeten worden. Hieronder vallen wezenlijke veranderingen in de

50. Besluit van 14 juli 2008, zaak 6414, *Copaco/McDos* en besluit van 10 oktober 2008, zaak 6522, *Konica Minolta Printing Solutions/Kopieersystemen Nederland*.

51. Besluit van 29 april 2008, zaak 6317, *Ten Cate/Oranjewoud/Edel Grass*, besluit van 9 september 2008, zaak 6417, *ThuishulpNederland/Thuiszorgservice Nederland* en besluit van 10 oktober 2008, zaak 6522, *Konica Minolta Printing Solutions/Kopieersystemen Nederland*.

52. Besluit van 14 juli 2008, zaak 6414, *Copaco/McDos*.

53. Rechtbank Rotterdam, 4 april 2008, *Airfield Holding en Chellomedia Programming/NMa*, MEDED 06/4218 en MEDED 06/4219, LJN BC9420.

54. Besluit van 19 juli 2006, zaak 5641, *Airfield-Chellomedia*.

55. De oude Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'concentratie' (Pb. EG 1998, C-66/5) en de Consolidated Jurisdictional Notice van 10 juli 2007, die inmiddels ook in het Nederlands is publiceerd als de Geconsolideerde Mededeling inzake Bevoegdheidskwesties.

bestaande bedrijfsactiviteiten, maar daar kunnen ook belangrijke investeringen, het aangaan of beëindigen van belangrijke contracten of de benoeming van bestuurders onder vallen. Als je dergelijke goedkeuringsrechten toetst aan de Commissie-bekendmaking over zeggenschap, zal vaak de conclusie zijn dat sprake is van vetorechten die leiden tot zeggenschap. Op dit punt heeft de rechtbank gelijk. Naar onze mening zou echter rekening gehouden moeten worden met het feit dat deze vorm van zeggenschap niet duurzaam is, maar naar zijn aard een tijdelijke afspraak is. De overweging van de rechtbank dat de afspraken over de instemmingsrechten en de aandelenoverdracht als één geheel worden gezien omdat beide transacties slechts één doel hadden, namelijk de verwerving van zeggenschap, lijkt ons daarom niet juist. Het doel van de ene is een tijdelijke regeling om de waarde van de over te dragen onderneming te bewaren, terwijl het doel van de andere de eigenlijke overdracht is. De NMa zou zich daarom moeten beperken tot een beoordeling of de instemmingsrechten niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het doel van behoud van de waarde van de onderneming. De NMa en de rechtbank zetten nu alles in de sleutel van het zeggenschapsbegrip zoals uitgewerkt in de Commissie-mededeling. De vetorechten die volgens deze mededeling zijn toegestaan zonder zeggenschap te verkrijgen – vetorechten met betrekking tot wijziging van de statuten, wijziging van het kapitaal en liquidatie<sup>56</sup> – zullen echter gewoonlijk onvoldoende zijn om de waarde van onderneming te waarborgen. Als verdergaande vetorechten niet worden toegestaan door de NMa, dan betekent dit dat de koper bij een overname nauwelijks in staat is tijdens de overgangperiode tussen *signing* en *closing* te voorkomen dat ongewenste besluiten worden genomen met betrekking tot de gekochte onderneming.<sup>57</sup> ■

56. Geconsolideerde Mededeling inzake Bevoegdheidskwesties, par. 66.

57. Zie voor een andere opvatting de annotatie van M.W.J. Jongmans, *M&M* 2008, nr. 3, p. 93-97.