

SPELREGELS BIJ CONCENTRATIEZAKEN

Introductie	pagina 2
1. Informele zienswijze	pagina 2
2. Prenotificatie	pagina 4
3. Meldingsfase (eerste fase) versus vergunningsfase (tweede fase)	pagina 5
4. Communicatie met meldende partijen in de eerste en tweede fase	pagina 6
5. De betrokkenheid van derden	pagina 9
6. Terinzagelegging en vertrouwelijkheidkwesties	pagina 11
7. Verkorte motivering van besluiten	pagina 14
8. Sectorstudies ten behoeve van het concentratietoezicht	pagina 15
9. Persbeleid ten behoeve van het concentratietoezicht	pagina 16
10. Samenwerking met andere mededingingsautoriteiten (ECA), de Europese Commissie en overige instellingen	pagina 17

Introductie

1. Het wettelijke kader voor het concentratietoezicht is te vinden in de Mededingingswet en enkele andere wetten, waaronder met name de Algemene wet bestuursrecht. Naast dit wettelijke kader heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) in de zes jaar van haar bestaan een aantal instrumenten ontwikkeld die ten dienste staan aan de beoordeling en behandeling van concentraties. Voorbeelden hiervan zijn het geven van informele zienswijzen, het stellen van informele vragen, het verkort motiveren van besluiten, of het uit eigen initiatief bestuderen van bepaalde sectoren. Daarnaast heeft de werkwijze met betrekking tot (onder andere) prenotificatiegesprekken, onderzoeken, de communicatie met meldende partijen en derden, alsmede de samenwerking met andere mededingingsautoriteiten zich tot een meer volwassen praktijk ontwikkeld.
2. Met de 'Spelregels bij concentratiezaken' (hierna: Spelregels) wordt beoogd de zich steeds ontwikkelende praktijk in kaart te brengen en inzichtelijker te maken. Daardoor kan de samenwerking met ondernemingen en hun adviseurs worden vergemakkelijkt. Naar mag worden verwacht zal dit ten goede komen aan de *efficiency* van het concentratietoezicht.
3. Het is niet de bedoeling de praktijk door middel van de Spelregels te fixeren. De Spelregels geven informatie over de huidige praktijk; dit is een momentopname. De praktijk staat open voor veranderingen en is in ontwikkeling. Het werkt voor alle betrokkenen beter indien een praktijk in enigerlei mate flexibel is. Omstandigheden kunnen dan ook in voorkomend geval tot afwijking van de Spelregels leiden. De Spelregels zijn alleen van toepassing op concentratiezaken.

1. Informele zienswijze

Onderscheid informatielijn, informele zienswijze en prenotificatie

4. In het kader van een voorgenomen concentratie kunnen bij partijen die betrokken zijn bij die concentratie vragen opkomen voorafgaande aan een eventuele melding bij de NMa. Vaak betreft het eenvoudige vragen die zich ertoe lenen aan de informatielijn van de NMa (telefoonnummer: 0800 – 0231885) te worden voorgelegd. Te denken valt hierbij aan vragen zoals: wat zijn de omzetrempels voor het melden van een concentratie, of: hoe lang duurt de afhandeling van de melding van een concentratie? Soms betreft het vragen waarover de directie Concentratiecontrole geraadpleegd moet worden, omdat ofwel de vraag zelf of de situatie waarop deze ziet te ingewikkeld is voor een dergelijke telefonische afhandeling. De directie Concentratiecontrole biedt partijen bij een voorgenomen concentratie de mogelijkheid een schriftelijke informele zienswijze of een prenotificatiegesprek te vragen.
5. Vragen over het al dan niet bestaan van een verplichting de transactie bij de NMa te melden lenen zich in beginsel voor een informele zienswijze. Het gaat hier om jurisdictionele vragen, vaak met betrekking tot berekening van de omzet, het begrip concentratie, de aard van de zeggenschap en de vraag of er sprake is van de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming. In geval van een prenotificatie weten partijen bij een voorgenomen concentratie doorgaans reeds dat gemeld moet worden, maar hebben zij bij de voorbereiding van de melding vragen, bijvoorbeeld ten aanzien van de mogelijk beïnvloede markten (zie verder punt 2).

Wanneer een informele zienswijze?

6. Voorafgaand aan een mogelijke prenotificatie of melding kunnen partijen om een informele zienswijze vragen. Vragen die zich ervoor lenen om schriftelijk aan de directeur Concentratiecontrole te worden voorgelegd, zullen doorgaans betrekking hebben op de interpretatie die de NMa aan een bepaling in de Mededingingswet geeft. Uit de praktijk blijkt dat veel vragen betrekking hebben op het bepalen of een voorgenomen transactie meldingsplichtig is. Indien de directeur Concentratiecontrole van mening is dat het een vraag betreft die schriftelijke beantwoording behoeft, zal hij de vraag beantwoorden met een zogenoemde informele zienswijze. Het kan voorkomen dat het niet mogelijk is een voorgelegde vraag te beantwoorden, bijvoorbeeld als de verstrekte informatie onduidelijk of te beperkt is. Dit kan soms worden opgelost doordat de NMa nadere vragen stelt. Een meer uitgebreid onderzoek is echter in het kader van een informele zienswijze niet mogelijk. Soms wordt dus geen informele zienswijze gegeven. Een enkele maal beperkt de NMa zich tot het geven van aandachtspunten.

Werkwijze

7. Een verzoek om een informele zienswijze moet worden gericht aan de directeur Concentratiecontrole. Verzoeken worden behandeld door een team van medewerkers van de directie Concentratiecontrole. Nu de Mededingingswet niet in het geven van informele zienswijzen voorziet, bestaan voor de afhandeling van het verzoek geen termijnen. De NMa is zich er echter van bewust dat partijen bij een voorgenomen concentratie veelal belang hebben bij een spoedige afhandeling van hun verzoek, aangezien doorgaans op de schriftelijke zienswijze wordt gewacht alvorens al dan niet een melding te doen. In beginsel wordt ernaar gestreefd de schriftelijke zienswijze binnen twee weken te geven; een en ander is echter afhankelijk van de complexiteit van de vraag en de door partijen verstrekte informatie. Indien mogelijk wordt de kern van de zienswijze zo snel mogelijk telefonisch gegeven, dus vooruitlopend op het schriftelijke bericht.

Status zienswijze

8. De NMa is niet verplicht tot het geven van informele zienswijzen. Informele zienswijzen worden gegeven om tegemoet te komen aan de wensen van partijen bij een voorgenomen transactie met name om onnodige meldingen te voorkomen.

9. Vaak wordt bij het verzoek om een informele zienswijze beperkte informatie verstrekt over de voorgenomen concentratie. Het is aan partijen om te bepalen in hoeverre zij informatie verstrekken, maar de NMa kan slechts rekening houden met informatie die is verstrekt. Bovendien wordt ingeval van een informele zienswijze – met het oog op de snelheid – geen onderzoek gedaan door de NMa; dat gebeurt pas na een eventuele melding. Het kan dus voorkomen dat de NMa in de meldingsfase tot een ander oordeel komt dan in haar informele zienswijze, omdat zij dan over meer informatie beschikt. Een informele zienswijze bindt de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) niet. De zienswijze laat verder onverlet dat andere nationale dan wel Europese wetgeving van toepassing kan zijn op de voorgenomen concentratie, waardoor mogelijk een of meer andere instanties (eveneens) bevoegd kunnen zijn. Deze andere instanties zijn vanzelfsprekend evenmin aan de informele zienswijze gebonden en kunnen anders oordelen.

Openbaarheid zienswijze

10. Informele zienswijzen worden vertrouwelijk behandeld en derhalve in beginsel niet openbaar gemaakt. Wel is de zienswijze soms terug te vinden in het besluit dat volgt op een melding door de betreffende partijen. Indien in informele zienswijzen een belangrijke interpretatie werd gegeven van een

bepaling uit de Mededingingswet werd daaraan wel aandacht besteed in het jaarverslag van de NMa. Gebleken is dat ten aanzien van informele zienswijzen met een zaakoverstijgend belang behoefte bestaat aan publicatie op de website van de NMa, opdat men tijd en moeite kan besparen met het stellen van vragen die door de NMa reeds zijn beantwoord. Om die reden zal indien daartoe aanleiding bestaat een geanonimiseerde samenvatting van informele zienswijzen met een zaakoverstijgend belang op de website van de NMa worden geplaatst. Dit zal met het oog op het casuïstische karakter van veel zienswijzen echter slechts een deel van de gegeven zienswijzen betreffen.

2. Prenotificatie

Onderscheid informatielijn, informele zienswijze en prenotificatie

11. Op het onderscheid tussen een prenotificatie, een informele zienswijze en een vraag die telefonisch via de informatielijn van de NMa kan worden gesteld is ingegaan in de randnummers 4 en 5.

Wanneer een prenotificatie?

12. Het is aan partijen om te bepalen wanneer een prenotificatietraject aanvangt; dit kan een week voor de melding zijn, maar ook veel eerder. Van belang is dat partijen voldoende duidelijkheid hebben over de vorm en inhoud van de voorgenomen transactie voordat zij om een prenotificatie verzoeken.

13. De Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet spreekt over een prenotificatiefase als mogelijkheid voor betrokken ondernemingen om reeds voorafgaand aan het moment van de formele melding met de NMa van gedachten te wisselen over een voorgenomen concentratie, en mede op grond daarvan te beslissen of, en zo ja in welke vorm, een concentratie zal worden aangemeld.¹ De NMa staat positief tegenover prenotificaties. Voor de NMa is een prenotificatie nuttig om een idee te krijgen van de reikwijdte van het te verrichten onderzoek. Partijen kunnen het prenotificatietraject bijvoorbeeld benutten om meer zekerheid te verkrijgen dat zij bij de melding voldoende relevante informatie verstrekken, opdat de NMa zo snel mogelijk met het onderzoek en de beoordeling kan beginnen en minder of geen aanvullende vragen zal hoeven te stellen. Ook punten als mogelijke afbakening van markten, berekening van de marktposities van partijen en jurisdictionele vragen kunnen aan de orde komen. Een indicatie van de materiële beoordeling van de transactie is in het merendeel van de gevallen evenwel erg prematuur. Zonder onderzoek en eventuele reacties van derden kunnen alleen onder het grootst mogelijke voorbehoud uitspraken worden gedaan, tenzij in eerdere recente zaken al een duidelijk beeld is ontstaan van de markt en de positie van partijen.

Werkwijze

14. Indien partijen behoefte hebben aan een prenotificatie kunnen zij contact opnemen met de directeur Concentratiecontrole. Een verzoek om een prenotificatie dient gepaard te gaan met een schriftelijke toelichting waarin kort de aard van de transactie, de betrokken markten en eventuele vragen die men in het prenotificatietraject aan de orde wil stellen, worden uiteengezet. Ook is het mogelijk en vaak zinvol om een conceptmelding voor te leggen. Indien uit de schriftelijke toelichting blijkt dat een gesprek zinvol kan zijn om bijvoorbeeld vragen te beantwoorden, de kwaliteit van de melding te bevorderen, of indien wordt verwacht dat knelpunten zullen ontstaan bij de materiële beoordeling die reeds in kaart kunnen worden gebracht, zal de directie Concentratiecontrole een prenotificatiegesprek aangaan. Het is van belang dat bij een

¹ Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, punt 10.7.3, p. 39.

prenotificatiegesprek ook betrokkenen afkomstig van de ondernemingen zelf aanwezig zijn, omdat dit doorgaans bijdraagt aan een goed beeld van de beïnvloede markten en de ratio van de transactie.

15. Om een prenotificatiegesprek goed te kunnen voorbereiden, moeten er ten minste drie werkdagen zitten tussen indiening van de schriftelijke toelichting en het prenotificatiegesprek. Als deze termijn korter is, bestaat het risico dat de bespreking moet worden verzet wegens gebrek aan voorbereidingstijd.

16. Na een prenotificatietraject zal bij de melding een volledig ingevuld meldingsformulier moeten worden ingediend. Nu in het meldingsformulier slechts beknopte informatie wordt gevraagd, ligt het niet voor de hand dat na een prenotificatietraject bepaalde informatie niet meer hoeft te worden verstrekt bij het indienen van de melding. Zogenoemde '*waivers*' zullen dus in de meldingsfase in principe niet worden gegeven. In de vergunningsfase is dit soms wel mogelijk, gelet op de informatie die reeds in de meldingsfase is verstrekt.

17. Prenotificaties worden behandeld door een team van medewerkers van de directie Concentratiecontrole. In uitzonderingsgevallen worden ook medewerkers van andere onderdelen van de NMa aan het team toegevoegd, indien zij specifieke en voor de betreffende zaak relevante kennis hebben. Er wordt naar gestreefd de samenstelling van het team dat betrokken is bij de prenotificatie na een mogelijke melding van de zaak niet te wijzigen, zodat dezelfde zaakbehandelaars de prenotificatie en de melding behandelen. Het kan echter voorkomen dat omstandigheden dit niet toelaten.

3. Meldingsfase (eerste fase) versus vergunningsfase (tweede fase)

18. De meldingsfase is bedoeld als een eerste, min of meer globale beoordeling. Wanneer in de meldingsfase blijkt dat het aannemelijk is dat mededingingsproblemen kunnen ontstaan, zal de d-g NMa bepalen dat een vergunning is vereist. In de vergunningsfase is een grondiger onderzoek mogelijk en noodzakelijk. Indien een vergunning is vereist en is gevraagd geeft de d-g NMa na afronding van de vergunningsfase een finaal oordeel.

19. Soms proberen meldende partijen een vergunningsfase te voorkomen door in de meldingsfase extra informatie te verstrekken of door de melding te wijzigen.² Dit kan succesvol zijn, maar niet altijd zal een vergunningsfase vermeden kunnen worden. Soms zal nader onderzoek noodzakelijk zijn waarbij de NMa de mogelijkheden en bevoegdheden van de vergunningsfase nodig heeft, zoals een langere behandeltijd, de verplichting van derden tot beantwoording van vragen van de NMa en het opleggen van beperkingen en voorschriften verbonden aan de vergunning. Daarom acht de NMa een meer uitgebreide behandeling in de meldingsfase alleen zinvol, indien er reëel zicht is op een oplossing van de geconstateerde problemen.

² In de Richtsnoeren Remedies wordt beschreven wanneer een wijziging van de melding mogelijk is en aan welke voorwaarden deze moet voldoen; tevens wordt ingegaan op de aan een vergunning te verbinden beperkingen en voorschriften. Deze richtsnoeren zijn te vinden op www.nmanet.nl/nl/Wet_en_Regelgeving/NMa_Richtsnoeren.

4. Communicatie met meldende partijen in de eerste en tweede fase

Ontvangstbevestiging en behandelteam

20. Meldingen en vergunningaanvragen worden behandeld door een team van medewerkers van de directie Concentratiecontrole. In uitzonderingsgevallen worden ook medewerkers van andere onderdelen van de NMa aan het team toegevoegd, indien zij specifieke en voor de betreffende zaak relevante kennis hebben. Aan elke zaak wordt een zaaknummer toegekend. De namen van de behandelaars, hun telefoonnummers en het zaaknummer worden vermeld in de ontvangstbevestiging van meldingen en vergunningaanvragen (dit is ook het geval voor verzoeken om informele zienswijzen en prenotificaties). In alle volgende correspondentie dient naar het zaaknummer te worden verwezen.

Aanvullende vragen

21. De Mededingingswet (hierna ook: Mw) bepaalt dat bij een melding de bij algemene maatregel van bestuur aangewezen gegevens³ dienen te worden verstrekt. Gebeurt dat niet of zijn de verstrekte gegevens onvoldoende om de gemelde transactie te kunnen beoordelen, dan kan de d-g NMa op grond van artikel 35, tweede lid, Mw aanvulling van de melding verlangen. Indien de d-g NMa een dergelijke aanvulling verlangt, wordt ingevolge artikel 38 Mw de termijn opgeschort met ingang van de dag waarop de aanvullende vragen zijn verzonden *tot* aan de dag waarop de antwoorden volledig zijn ontvangen door de NMa. Ook in de vergunningsfase kunnen aanvullende vragen worden gesteld. Op basis van artikel 4:5 jo. 4:15 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) geldt een soortgelijke procedure als voor de meldingsfase. Aanvullende vragen kunnen overigens op ieder moment gedurende de behandeltermijn worden gesteld indien daartoe aanleiding bestaat.

22. Bij het merendeel van de meldingen blijkt dat aanvullende vragen moeten worden gesteld. De volgende gegevens die worden gevraagd in het Formulier Melding Concentratie (hierna: Formulier) ontbreken vaak bij de melding:

- (i) gegevens betreffende de concentratie (punt 2 van het Formulier); soms is niet (voldoende) duidelijk of het gaat om een concentratie bedoeld in artikel 27 a, b of c Mw;
- (ii) een onderbouwing van de product- en geografische marktafbakening (punt 3.3 van het Formulier);
- (iii) marktvolumes van de betrokken markten (punt 3.3 van het Formulier);
- (iv) de contactgegevens van concurrenten, afnemers en belangenorganisaties (punt 3.5 van het Formulier); en
- (v) marktonderzoeken waarover partijen de beschikking hebben (punt 4.4 van het Formulier).

23. Indien meldende partijen er niet zeker van zijn hoe de markten waarop zij actief zijn, zouden moeten worden afgebakend, kan het nuttig zijn reeds bij de melding de marktaandelen en volumes te geven van de alternatieve product- of geografische markt(en). Hoe meer informatie de directie Concentratiecontrole in het begin van het onderzoek ontvangt, hoe minder aanvullende vragen nodig zullen zijn.

24. Het is voor het goede verloop van het onderzoek van belang dat meldende partijen correcte en actuele contactgegevens indienen. Indien de naam van de contactpersoon niet bekend is, kan het ook van nut zijn de functie van deze persoon te melden of de naam van de betreffende afdeling.

³ Besluit gegevensverstrekking Mededingingswet, Staatsblad 1997, 485, zoals laatstelijk gewijzigd op 27 april 2000, Staatsblad 2000, 222.

25. Voordat de NMa aanvullende vragen stuurt, zal één van de zaakbehandelaars telefonisch contact opnemen met de meldende partijen om de vragen aan te kondigen en waar nodig toe te lichten. Indien desalniettemin sommige vragen voor partijen na ontvangst niet voldoende duidelijk zijn, dan is het verstandig contact op te nemen met de zaakbehandelaars.

26. De behandeltermijn blijft opgeschort tot de dag waarop de volledige antwoorden ontvangen zijn door de NMa. De NMa streeft ernaar om uiterlijk binnen twee werkdagen na ontvangst van antwoorden de meldende partijen te informeren omtrent het al dan niet volledig beantwoord zijn van de vragen. Indien niet alle vragen volledig zijn beantwoord, laten de zaakbehandelaars de meldende partijen telefonisch weten welke vragen dit betreft, voordat zij hiervan een schriftelijke bevestiging sturen. Wanneer de meldende partijen de aanvullende vragen volledig hebben beantwoord, wordt een bevestiging gestuurd waarin wordt vermeld hoeveel dagen de termijn opgeschort is geweest.

27. In de praktijk komt het voor dat meldende partijen de antwoorden eerst in concept inleveren, om zeker te stellen dat de antwoorden volledig zijn, dan wel om daarover met de zaakbehandelaars van gedachten te wisselen. Op deze manier kan men proberen te voorkomen dat gegeven antwoorden leiden tot nadere aanvullende vragen. De directie Concentratiecontrole moedigt meldende partijen aan – en verzoekt dit in de praktijk soms ook aan meldende partijen – reeds gedeelten van antwoorden in concept toe te sturen, indien het behandelteam daardoor in staat wordt gesteld reeds een aanvang te maken met de (verdere) beoordeling van de voorgenomen concentratie. Dit komt de voortgang van het onderzoek ten goede.

Informeel vragen stellen

28. Om de formele behandeltermijn niet onnodig te verlengen, stelt het behandelteam van de directie Concentratiecontrole in sommige gevallen informele vragen aan de meldende partijen, in plaats van direct aanvullende vragen te stellen die de behandeltermijn opschorten. Om te voorkomen dat het informeel stellen van vragen uiteindelijk niet houdbaar zal zijn omdat teveel behandeltermijn verloren gaat, is informeel vragen stellen alleen mogelijk indien de meldende partijen de vragen op korte termijn beantwoorden.

29. Het stellen van informele vragen is alleen mogelijk indien:

- (i) de behandeltermijn het toelaat; en
- (ii) er sprake is van relatief eenvoudige vragen; en
- (iii) de verwachting bestaat dat partijen de vragen snel (binnen drie werkdagen) kunnen beantwoorden; en
- (iv) de vragen beperkt zijn in aantal.

30. In het algemeen worden de vragen telefonisch aangekondigd en per e-mail gesteld waarbij een deadline van drie werkdagen wordt gegeven voor beantwoording. Van meldende partijen wordt een schriftelijke reactie gevraagd per e-mail gericht aan alle zaakbehandelaars en per fax onder vermelding van de zaaknaam en het zaaknummer. Indien de gegeven termijn voor beantwoording niet wordt gehaald, worden de vragen direct formeel gesteld (zie randnummer 21) waarbij de behandeltermijn wordt opgeschort vanaf de dag waarop de vragen formeel zijn gesteld.

Reacties van derden

31. Naar aanleiding van marktonderzoek of de mededeling in de Staatscourant kunnen derden zienswijzen naar voren brengen. Deze zienswijzen kunnen een rol spelen bij de beoordeling van de zaak en motivering van het besluit. Als er rekening mee moet worden gehouden dat de d-g NMa een besluit zal nemen waartegen meldende partijen bezwaar zullen hebben, worden de geanonimiseerde (onderdelen van) zienswijzen van derden aan de meldende partijen kenbaar gemaakt op grond van het bepaalde in artikel 4:8 Awb (artikel 4:7 Awb in de vergunningsfase), zodat zij de gelegenheid krijgen hierop te reageren. Over het algemeen streeft de directie Concentratiecontrole ernaar om bij het (laatste) verzoek aan de meldende partijen om een aanvulling van de melding de relevante geanonimiseerde selectie van zienswijzen van derden mee te sturen. Het komt echter voor dat zienswijzen van derden pas kort voor het einde van de behandeltermijn binnenkomen. Hoewel de directie Concentratiecontrole in beginsel de meldende partijen de gelegenheid geeft te reageren vóór het nemen van het besluit, kan dit in uitzonderlijke gevallen achterwege worden gelaten indien de behandeltermijn het niet toelaat (vgl. artikel 4:11 Awb).

Punten van overweging in de tweede fase

32. Wanneer in de vergunningsfase de in de meldingsfase al gesignaleerde mededingingsbezwaren worden bevestigd, dan zal de directie Concentratiecontrole doorgaans een voorlopig oordeel over de concentratie en de hieraan ten grondslag liggende overwegingen en onderzoeksresultaten neerleggen in zogenaamde Punten van Overweging (hierna: PvO). De PvO worden toegestuurd aan de meldende partijen. Afhankelijk van de zaak kunnen de PvO, geschoond van vertrouwelijke gegevens, ook aan bepaalde derden worden toegestuurd. Daarbij moet worden gedacht aan derden die gedurende het onderzoek een actieve rol hebben gespeeld en die naar verwachting een zinvolle reactie kunnen geven op de PvO. De directie Concentratiecontrole zal meldende partijen uiterlijk met het uitbrengen van de PvO op de hoogte stellen van de gesignaleerde mededingingsproblemen.⁴

33. In deze fase van de behandeling van een aanvraag van een vergunning kan een hoorzitting worden gehouden, waarbij meldende partijen, maar eventueel ook bepaalde derden (zie randnummer 39 (iv)), hun opvattingen naar voren kunnen brengen. Het recht om te worden gehoord, houdt overigens niet in dat de NMa verplicht is een hoorzitting te organiseren; het horen kan ook op andere wijzen geschieden. De meerwaarde van een hoorzitting boven andere beschikbare middelen is gelegen in de directe confrontatie van de opvattingen van partijen en derden.

'Stand van zaken'-besprekingen

34. In zaken waar mogelijke mededingingsproblemen spelen, kunnen zogenoemde stand van zaken-besprekingen een nuttige bijdrage leveren aan een open en goede communicatie met de meldende partijen. Het behandelteam zal daarom een stand van zaken-bespreking organiseren indien dit bijdraagt aan een goede en efficiënte behandeling van de zaak en de behandeltermijn het toelaat. De stand van zaken-besprekingen kunnen op verschillende momenten in het onderzoek worden georganiseerd, bijvoorbeeld om voorgestelde remedies te bespreken. In de meldingsfase kan een stand van zaken-bespreking bijvoorbeeld zinvol zijn op het moment dat bij de directie Concentratiecontrole de gefundeerde indruk bestaat dat een tweede fase-onderzoek noodzakelijk is. Het doel van de bespreking is dan om de geconstateerde problemen met de

⁴ Desgewenst dienen partijen tijdig en uiterlijk drie weken voor afloop van de termijn van dertien weken waarbinnen een besluit moet worden genomen een volledig uitgewerkt schriftelijk voorstel voor verbintenissen in te dienen. In de Richtsnoeren Remedies (zie voetnoot 2) wordt beschreven aan welke vereisten de verbintenissen moeten voldoen. Indien de verbintenissen de mededingingsproblemen oplossen kan een vergunning worden verleend onder beperkingen en voorschriften.

meldende partijen te bespreken zodat zij daarop hun visie kunnen geven en eventuele remedies kunnen voorbereiden. Ook kan gedacht worden aan een bespreking over de details en effectiviteit van de aangeboden remedies. In de vergunningsfase kan een stand van zaken-bespreking zinvol zijn om van gedachten te wisselen over de reikwijdte van het tweede fase-onderzoek en de informatie die hiervoor nodig is. Voorts kan evenals in de meldingsfase worden gedacht aan een bespreking om de eventueel door partijen voorgestelde remedies te bespreken. Het is in de regel wenselijk dat betrokkenen afkomstig van de meldende ondernemingen zelf aanwezig zijn bij de besprekingen omdat zij bij kunnen dragen aan een goed beeld van de ratio van de transactie, het functioneren van de betrokken markten of de voorgestelde remedies.

35. Uiteraard zijn er daarnaast nog verschillende situaties denkbaar waarbij mondeling overleg tussen de zaakbehandelaars en de partijen bij de voorgenomen concentratie nuttig kan zijn. De directie Concentratiecontrole staat positief tegenover besprekingen indien deze een toegevoegde waarde kunnen hebben voor de behandeling van de zaak en de behandeltijd het toelaat.

5. De betrokkenheid van derden

Wie zijn derden?

36. Met derden worden primair afnemers, concurrenten, leveranciers en brancheorganisaties bedoeld. In de formulieren voor melding en aanvraag vergunning worden aan de meldende partijen contactgegevens van de belangrijkste derden gevraagd.

Belang van de inbreng van derden voor het onderzoek en de beoordeling

37. Derden zijn een belangrijke bron van informatie en kunnen daardoor een belangrijke rol spelen in het onderzoek naar de gevolgen van concentraties. Door contact met derden kan de NMa een vollediger beeld krijgen van de te onderzoeken markten, de gegevens (zoals onder andere marktomvang) aanvullen die door meldende partijen zijn ingediend en in sommige gevallen zelfs een mededingingsprobleem op het spoor komen. Het in kaart brengen van de markten en het analyseren van mogelijke mededingingsproblemen gebeurt dan ook vaak mede met behulp van de reacties van derden. Om de evenwichtigheid van het onderzoek te waarborgen verzamelt de NMa, waar nodig, informatie van verschillende spelers op de relevante markt(en) om op die manier een zo volledig mogelijk beeld te krijgen van deze markt(en).

De reacties: tijdig en verbandhoudend met de transactie

38. De NMa verwelkomt reacties van derden in het kader van het concentratietoezicht. Indien derden mogelijke mededingingsproblemen willen signaleren of hun mening met betrekking tot bepaalde marktgegevens of andere kenmerken van de markt naar voren willen brengen, is het van belang dat dit in een zo vroeg mogelijk stadium gebeurt. Dan kan de reactie door de directie Concentratiecontrole beoordeeld en eventueel getest worden en kan er rekening mee worden gehouden bij de beoordeling van de transactie. Punten die naar voren worden gebracht, dienen in verband te staan met de te onderzoeken transactie. Indien mogelijk ontvangt de NMa graag bronnen, voorbeelden en/of feitelijk bewijs die de reacties ondersteunen.

Wanneer worden reacties van derden gevraagd bij gemelde transacties?

39. In het kader van een onderzoek naar aanleiding van een gemelde transactie of een vergunningaanvraag zijn er verschillende momenten waarop reacties van derden worden gevraagd:

- (i) In de mededeling in de Staatscourant

Zo spoedig mogelijk, in de praktijk ongeveer drie tot vijf dagen na de ontvangst van de melding of vergunningaanvraag wordt daarvan mededeling gedaan in de Staatscourant. Deze mededelingen zijn ook te vinden op de website van de NMa (www.nmanet.nl/nl/Besluiten). Op basis van de gegevens in de melding of vergunningaanvraag worden in de mededeling de aard van de voorgenomen transactie en de activiteiten van de betrokken ondernemingen in het kort beschreven. Daarnaast worden derden uitgenodigd om binnen een termijn van zeven dagen hun reactie met betrekking tot de transactie bij de directie Concentratiecontrole in te dienen. De termijn van zeven dagen is geen wettelijke termijn. Wel is het wenselijk dat reacties binnen deze termijn worden ingediend. Dit is met name van belang in de meldingsfase waarin de NMa immers in beginsel binnen vier weken een besluit moet nemen. Indien reacties van derden na de termijn van zeven dagen worden ingediend zal daaraan, afhankelijk van de stand van het onderzoek, mogelijk minder aandacht kunnen worden besteed. Mocht de mededeling in de Staatscourant vragen oproepen bij een derde, dan kan deze contact opnemen met de zaakbehandelaars. Indien derden meer informatie nodig hebben om hun reactie voor te bereiden, zullen deze derden alleen over niet-vertrouwelijke feiten worden geïnformeerd.

- (ii) Via het stellen van vragen gedurende het onderzoek
Vaak worden vragen aan derden gestuurd. Het doel van de vragen is om bepaalde gegevens te verifiëren, aanvullende informatie te vragen om een vollediger beeld van de markt(en) te krijgen en derden in de gelegenheid te stellen om mogelijke mededingingsproblemen, die als gevolg van de transactie zouden kunnen ontstaan, naar voren te brengen. Voor de beantwoording wordt een termijn gegeven die in de regel vijf werkdagen bedraagt. Indien het niet mogelijk blijkt binnen deze termijn te reageren, wordt aanbevolen om contact met de zaakbehandelaars op te nemen. Een verlenging van de termijn is in sommige gevallen mogelijk. Het is van belang dat derden de vragenlijsten zorgvuldig invullen. Ook komt het voor dat de zaakbehandelaars telefonisch informatie vragen. Van deze telefoongesprekken worden notities gemaakt voor het dossier.
- (iii) Na het indienen van voorstellen voor remedies⁵
Veelal worden derden uitgenodigd om een reactie te geven op door partijen voorgestelde remedies. Dit staat bekend als de markttest van remedies. Op basis van een niet-vertrouwelijke versie van de voorgestelde remedies vraagt de directie Concentratiecontrole van derden een snelle reactie ten aanzien van de effectiviteit en uitvoerbaarheid van de voorgestelde remedies. Hiertoe worden derden benaderd die gedurende het onderzoek een actieve rol hebben gespeeld en/of die naar verwachting een zinvolle reactie kunnen geven.
- (iv) Wanneer in de vergunningsfase een hoorzitting plaatsvindt
Zoals hierboven in randnummer 33 al aangegeven, kan de meerwaarde van een hoorzitting boven andere beschikbare middelen zijn gelegen in de directe confrontatie van de opvattingen van partijen en derden. De directie Concentratiecontrole kan dus naast de meldende partijen derden voor een hoorzitting uitnodigen. Dit kan ook op initiatief van derden zelf gebeuren. De NMa zal in de regel derden uitnodigen die gedurende het onderzoek een actieve rol hebben gespeeld en/of die naar verwachting een zinvolle bijdrage kunnen leveren. Ter voorbereiding van een hoorzitting wordt de PvO (zie randnummer 32) geschoond van vertrouwelijke gegevens en indien mogelijk een week tevoren aan uitgenodigde derden toegezonden. Afhankelijk van de belangstelling of bezwaren die

⁵ Zowel bij remedies in de meldingsfase als remedies in de vergunningsfase, Zie ook voetnoot 2.

deze derden hebben getoond, kan worden volstaan met toezending van bepaalde delen van de PvO. Voor een goede gang van zaken wordt derden gevraagd om enkele dagen voor de hoorzitting hun reactie schriftelijk in te dienen. Tijdens de hoorzitting krijgen deze derden vervolgens de mogelijkheid hun eventuele mededingingsrechtelijke bezwaren tegen de transactie mondeling en in aanwezigheid van de meldende partijen naar voren te brengen.

Derden en niet gemelde transacties

40. De NMa is ook actief in het opsporen van ten onrechte niet gemelde concentraties, waarbij de informatie van derden nuttig kan zijn. Derden kunnen dan ook contact opnemen met de directie Concentratiecontrole wanneer een transactie niet gemeld is en zij een goede reden hebben te vermoeden dat de transactie gemeld had moeten worden. Een brief, dan wel telefonisch bericht aan de directie Concentratiecontrole met de nodige gegevens is voldoende. De NMa zal desgewenst uiteraard zorgen voor de anonimiteit van deze derden.

Vertrouwelijkheid gegevens van derden

41. Wanneer derden gegevens over feiten en belangen die de meldende partijen betreffen naar voren brengen en die gegevens niet door de meldende partijen zelf ter zake zijn verstrekt, terwijl de gegevens duiden op mededingingsproblemen, zal de NMa deze informatie, in beginsel vóórdat een besluit wordt genomen, aan de meldende partijen laten weten om hen in de gelegenheid te stellen hierop te reageren (zie randnummer 31). De NMa zal de identiteit van deze derden desgewenst geheim houden en zal zonder toestemming van de betreffende derde geen vertrouwelijke informatie afkomstig van deze derden openbaar maken. Om het onderzoek niet te vertragen, is het nuttig dat derden tegelijk met het indienen van hun vertrouwelijke reactie, ook een niet-vertrouwelijke versie meesturen. In het kader van een hoorzitting kunnen meldende partijen of derden verplicht worden tijdens (een gedeelte van) de hoorzitting de zaal te verlaten, wanneer vertrouwelijke informatie wordt besproken.

Besprekingen met derden

42. Indien gewenst en nuttig voor het onderzoek van een zaak, kan het behandelteam van een zaak besprekingen met derden organiseren om een beter begrip van de reactie van derden en van het functioneren van de markt(en) in kwestie te krijgen.

6. Terinzagelegging en vertrouwelijkheidkwesties

6.1. Terinzagelegging

Geen verplichting tot terinzagelegging van onderliggende dossier

43. In concentratiezaken geldt geen verplichting tot terinzagelegging van het onderliggende dossier; de desbetreffende bepalingen uit de Awb zijn niet van toepassing verklaard op het concentratietoezicht. Uit de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet blijkt dat het de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever is dat concentratieprocedures niet openbaar zijn.⁶

44. Artikel 44, derde lid, Mw bepaalt dat een beschikking op een vergunningaanvraag bij de NMa ter inzage wordt gelegd, maar dat de gegevens die ingevolge artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur

⁶ Zie Kamerstukken II, 1996-1997, 24 707, nr. 12, blz. 13 en 14.

(hierna: Wob) niet voor verstrekking in aanmerking komen, buiten de terinzagelegging worden gehouden. Ten aanzien van de meldingsfase wordt dit niet expliciet in de wet bepaald, maar de directie Concentratiecontrole gaat ervan uit dat in de meldingsfase de mededeling ex artikel 37 Mw of wel of geen vergunning is vereist onder dezelfde beperkingen ter inzage moet worden gelegd. Het is de praktijk om openbare versies van zowel de eerste als de tweede fase-besluiten op de website van de NMa te publiceren. Het onderliggende dossier behoeft noch in de meldingsfase, noch in de vergunningsfase ter inzage te worden gelegd.

45. Als er rekening mee moet worden gehouden dat de d-g NMa een besluit zal nemen waartegen meldende partijen bezwaar zullen hebben, worden in de meldingsfase, indien de termijn dit toestaat, reacties van derden en andere informatie die in het onderzoek is verzameld- geschoond van vertrouwelijke gegevens - waarop het besluit mogelijk zal worden gebaseerd aan meldende partijen medegedeeld (zie randnummer 31). Ook in de vergunningsfase wordt deze informatie aan meldende partijen kenbaar gemaakt. Doorgaans geschiedt dit vóór de eventuele hoorzitting, opdat meldende partijen zich adequaat op de hoorzitting kunnen voorbereiden. Tevens wordt aan meldende partijen en desgewenst aan bepaalde derden die eerder betrokken zijn geweest (zie randnummer 32), vóór de eventuele hoorzitting de PvO verstrekt. De directie Concentratiecontrole probeert bij het uitbrengen van de PvO inzage in een van vertrouwelijke gegevens geschoond dossier te geven, wanneer daaraan behoefte bestaat en de behandeltermijn dit toelaat.

6.2. Vertrouwelijkheidskwesties

Zorgvuldige omgang met vertrouwelijke informatie

46. De directie Concentratiecontrole verkrijgt in concentratiezaken veel vertrouwelijke informatie van meldende partijen, maar ook van derden. Met deze vertrouwelijke informatie wordt zorgvuldig omgegaan. Niet alleen in geval van publicatie van de openbare versie van besluiten, maar ook gedurende het onderzoek, bijvoorbeeld indien aan de meldende partijen standpunten van derden worden kenbaar gemaakt. De informatie van derden zal geanonimiseerd en/of nadat daar bepaalde delen uit zijn weggelakt of samengevat aan partijen worden meegedeeld. Het is van belang dat partijen of derden die informatie verstrekken het vertrouwelijke karakter van gegevens op heldere wijze aangeven. Wanneer bij de NMa het vermoeden bestaat dat bepaalde gegevens vertrouwelijk zijn maar geen vertrouwelijkheid daarvan is geclaimd, zal contact worden opgenomen met de informatieverstrekker voordat informatie openbaar wordt gemaakt. In sommige gevallen zal de directie Concentratiecontrole al van tevoren vragen bepaalde informatie niet alleen in een vertrouwelijke versie, maar tevens in een openbare versie aan te leveren. Te denken valt bijvoorbeeld aan door partijen aangeboden remedies om deze te kunnen testen in de markt, maar ook aan bepaalde reacties van derden zodat deze aan de meldende partijen kunnen worden verstrekt. Overigens wordt bij verstrekking van informatie van derden aan meldende partijen de anonimiteit van de derden (desgewenst) gewaarborgd.

Vertrouwelijkheidstoets

47. De Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) biedt een algemene openbaarmakingsregeling, die terugtreedt wanneer elders in of krachtens de wet een bijzondere regeling is getroffen. De Mededingingswet voorziet in een dergelijke bijzondere openbaarmakingsregeling. Wel behandelt de NMa openbaarmaking in het kader van de Mededingingswet zoveel mogelijk analoog aan de WOB. In enkele gevallen verwijst de Mededingingswet uitdrukkelijk naar de WOB. Dat is onder meer het geval in artikel 44, lid 3, waarin de terinzagelegging wordt geregeld van de besluit op de aanvraag om een concentratievergunning: gegevens die blijkens artikel 10 van de WOB van openbaarmaking moeten worden uitgezonderd, worden niet ter inzage

gelegd. Conform de WOB-jurisprudentie past de directie Concentratiecontrole deze uitzonderingsmogelijkheid restrictief toe.

48. De beoordeling wanneer gegevens als vertrouwelijk moeten worden beschouwd, is daarbij steeds afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Zo moet bijvoorbeeld de informatie door het bedrijf zelf zijn verstrekt. Informatie over het bedrijf die de directie Concentratiecontrole uit openbare bronnen heeft verzameld, is dus niet vertrouwelijk. De hoofdregel is: als de gegevens ook buiten de onderneming bekend zijn (bijvoorbeeld via een jaarverslag, de registers van de Kamer van Koophandel of websites), kunnen ze niet als vertrouwelijk worden beschouwd. Ook oude gegevens die hun commerciële waarde hebben verloren zijn niet vertrouwelijk. Het is aan de onderneming om desgevraagd aannemelijk te maken dat de desbetreffende gegevens nog altijd vertrouwelijk zijn. De omvang van een markt, bijvoorbeeld, is zelden vertrouwelijk. Dit kan in een uitzonderlijk geval anders zijn, bijvoorbeeld indien partijen met veel moeite en kosten de omvang hebben doen berekenen (dit betreft een relatieve uitzonderingsgrond).

Verwijdering van vertrouwelijke gegevens

49. Wordt bijvoorbeeld een verzoek een marktaandeel in een *besluit* als vertrouwelijk aan te merken door de directie Concentratiecontrole gehonoreerd, dan is het de praktijk in de openbare versie van dit besluit zoveel mogelijk te werken met vervangende bandbreedtes van 10%; bijvoorbeeld “onderneming A heeft een marktaandeel van 17%” wordt “onderneming A heeft een marktaandeel van [10-20]%”. Indien bijvoorbeeld een onderneming met een groter marktaandeel een onderneming met een zeer klein marktaandeel overneemt en de toename van het marktaandeel van de eerste onderneming tengevolge van de overname zo gering is dat er geen significante wijziging van de marktstructuur optreedt, wordt in plaats van een bandbreedte bijvoorbeeld opgenomen “[minder dan 5] %”. Indien in een voorkomend geval van verwerving van een pakket aandelen gehonoreerd wordt dat het aandelenpercentage vertrouwelijk is, dan wordt dit als volgt in de openbare versie van het besluit verwerkt: “onderneming A verwerft 51% van de aandelen” wordt “onderneming A verwerft [een meerderheid] van de aandelen”.

50. Betreft het de openbaarmaking van een stuk uit het *dossier*, bijvoorbeeld een brief van een derde, dan wordt deze derde verzocht een openbare versie van het document aan te leveren. Ook kan de vertrouwelijke informatie uit het document worden weggelakt, waarbij het document eveneens kan worden geanonimiseerd. Verder kan een openbare samenvatting van het document worden gegeven wanneer sprake is van dermate veel vertrouwelijke gegevens in een document dat dit onleesbaar wordt ingeval van verwijdering van die vertrouwelijke gegevens.

Procedure

51. Bij verzoeken om informatie wordt door de directie Concentratiecontrole altijd gevraagd gemotiveerd aan te geven welke informatie door partijen of derden wordt aangemerkt als vertrouwelijk. De directie Concentratiecontrole beoordeelt vervolgens of de door partijen of derden als vertrouwelijk aangemerkte informatie daadwerkelijk vertrouwelijke informatie betreft. Indien de door partijen of derden aangedragen motivering onvoldoende is, zal om een aanvullende motivering worden gevraagd. Alvorens een besluit openbaar wordt gemaakt, wordt partijen gevraagd in hoeverre zij delen van dit besluit als vertrouwelijk aanmerken. Bij toezending aan partijen van de vertrouwelijke versie van het besluit wordt hen verzocht binnen een termijn van drie werkdagen aan te geven welke gegevens door partijen als vertrouwelijk worden aangemerkt en uit een openbare versie van het besluit zouden moeten worden verwijderd. Ook ten aanzien van het besluit geldt dat de directie Concentratiecontrole beoordeelt of de door

partijen als vertrouwelijk aangemerkte informatie daadwerkelijk vertrouwelijke informatie betreft. Indien de door partijen aangedragen motivering onvoldoende is, zal om een aanvullende motivering worden gevraagd. Indien tussen partijen en de directie Concentratiecontrole omtrent de vertrouwelijkheid geen verschil van mening bestaat, vindt publicatie op de website in beginsel binnen enkele weken na bekendmaking van het besluit aan partijen plaats.

52. Voor het geval de meldende partijen en de d-g NMa verschil van inzicht hebben over de vertrouwelijkheid van de verstrekte gegevens, kent het concentratietoezicht in artikel 35, leden 3 en 4, Mw en in artikel 42, leden 3 en 4, Mw een afzonderlijke procedure voor de als vertrouwelijk aangemerkte gegevens die door de meldende partijen bij de melding c.q. aanvraag zijn verstrekt. Deze gegevens worden niet openbaar gemaakt dan nadat een week is verstreken na de bekendmaking van een daartoe strekkende beschikking van de d-g NMa. Een dergelijke beschikking wordt niet direct genomen. In de praktijk hebben de zaakbehandelaars en de meldende partij die een verzoek om vertrouwelijkheid doet eerst een aantal malen onderling contact. Blijft dan een verschil van inzicht omtrent de vertrouwelijkheid van de informatie bestaan, dan zal een beschikking zoals bedoeld in het derde lid van de artikelen 35 en 42 Mw worden genomen. Tegen de beschikking van de d-g NMa kan een bezwaarschrift worden ingediend en kan de voorzieningenrechter van de rechtbank om een voorlopige voorziening worden verzocht om het besluit tot openbaarmaking te schorsen.

Externe onderzoeksbureaus

53. Indien de directie Concentratiecontrole bij haar onderzoek gebruik maakt van een extern onderzoeksbureau, wordt aan dit onderzoeksbureau niet eerder de voor het onderzoek noodzakelijke vertrouwelijke informatie verstrekt dan nadat het onderzoeksbureau een verklaring tot geheimhouding heeft getekend. Onderdeel van deze verklaring is voorts dat het bureau de verstrekte vertrouwelijke informatie alleen mag gebruiken ten behoeve van het betreffende onderzoek.

7. Verkorte motivering van besluiten

Wanneer kunnen besluiten verkort worden gemotiveerd?

54. Bij 'Besluit omtrent het afdoen van concentratiemeldingen door middel van een verkort besluit' van 4 augustus 2000 (te vinden op de website van de NMa: www.nmanet.nl/nl/Besluiten/Archief_Besluiten; hier zoeken in 2000/Besluiten inzake de organisatie NMa) heeft de d-g NMa beleidsregels gegeven voor het verkort afdoen van concentratiemeldingen. Een standaard verkort besluit is bij het besluit van 4 augustus 2000 gevoegd. De *mogelijkheid* van verkort afdoen houdt niet de *verplichting* tot verkort afdoen in; dit blijft een keuze van de NMa. Een uitgebreid besluit is dus niet uitgesloten in gevallen dat verkorte afdoening mogelijk is. Dit kan bijvoorbeeld de voorkeur hebben indien het een voorgenomen concentratie betreft in een sector waarvoor veel belangstelling is; een gemotiveerd oordeel van de NMa is dan relevant.

Onderzoek voorafgaand aan een verkort besluit

55. De mogelijkheid van verkort afdoen houdt niet in dat ook de melding van de voorgenomen concentratie 'verkort' kan gebeuren. De melding zal volgens het meldingsformulier gedaan moeten worden en zal net zo nauwkeurig moeten zijn en dezelfde gegevens moeten bevatten als iedere andere melding. Het Nederlandse meldingsformulier is relatief beknopt; de daarin gevraagde gegevens zijn minimaal nodig voor de NMa om tot een oordeel over de voorgenomen concentratie te kunnen komen. De mogelijkheid van verkorte afdoening betekent voorts niet dat er geen aanvullende vragen gesteld zullen worden. Daarbij dient

te worden bedacht dat na verkorte afdoening immers alsnog een uitgebreide motivering moet worden verstrekt, indien een belanghebbende hierom vraagt. Het verstrekken van extra gegevens zal verkorte afdoening zelfs kunnen bevorderen. Dit geldt met name wanneer er verschillende marktafbakeringen mogelijk zouden zijn. Hoe meer informatie partijen geven en hoe vollediger het beeld is, hoe groter de kans dat het verkorte besluit sneller genomen kan worden.

Effect

56. Verkorte afdoening geeft in de regel tijdwinst. Gemiddeld zijn er aan zaken met verkorte besluiten minder uren besteed dan aan andere zaken, nu na de oordeelsvorming geen tijd hoeft te worden besteed aan de nauwkeurige schriftelijke weergave van dit oordeel. Voor partijen is de kans groot dat zij sneller een groen licht voor de concentratie hebben. Het verkorte besluit zal in de regel bovendien geen vertrouwelijke gegevens bevatten.

8. Sectorstudies ten behoeve van het concentratietoezicht

Wat zijn sectorstudies? Waarom worden deze studies gedaan?

57. Met een sectorstudie wordt bedoeld een onderzoek naar het functioneren van een sector of een of meer markten daarbinnen buiten het kader van de behandeling van concrete concentratievoornemens, maar wél met het oog op de behandeling van toekomstige, te verwachten meldingen van voorgenomen concentraties. De NMa wil meer pro-actief werken en daarom ook los van de behandeling van gemelde concentraties inzicht verwerven in het functioneren van markten (zie ook het Jaarverslag 2002). Doel van een sectorstudie is het verwerven van kennis van markten ten einde een efficiënte behandeling van individuele concentratiezaken in de toekomst mogelijk te maken. Daarnaast kunnen sectorstudies bevorderlijk zijn voor de voorspelbaarheid van het concentratietoezicht.

Werkwijze en eindresultaat

58. Een sectorstudie kan door de NMa zelf worden uitgevoerd, door externe deskundigen, of een combinatie van deze mogelijkheden behelzen. Bij eigen onderzoek zal de NMa *deskresearch* doen en informatie inwinnen bij bedrijven, brancheverenigingen, ondernemersverenigingen en wetenschappers. Men is echter niet verplicht tot antwoorden omdat de NMa in dit verband niet over formele onderzoeksmiddelen beschikt.

59. Het is mogelijk dat de NMa in het kader van een sectorstudie een consultatiedocument uitbrengt, waarmee aan marktpartijen en anderen de mogelijkheid wordt geboden om op de voorlopige bevindingen van de NMa te reageren. Vervolgens wordt dan een definitief document gepubliceerd, waarin de NMa een visie geeft op de mededinging in een bepaalde sector of op bepaalde markten. Voorbeelden hiervan zijn het onderzoek in de energiesector en het onderzoek inzake ziekenhuisfusies.⁷ Sectorstudies kunnen echter ook beperkt blijven tot het doen uitvoeren van een onderzoek door derden en het publiceren van de resultaten daarvan, dit laatste indien daartoe aanleiding bestaat.

Welke sectoren komen in aanmerking?

⁷ Notitie concentraties in de energiesector van december 2002 en Consultatiedocument Concurrentie in de ziekenhuissector van juni 2003, zie de website van de NMa: www.nmanet.nl.

60. De NMa kan tot het doen van een sectorstudie besluiten wanneer zij toekomstige concentraties verwacht (vaak deel uitmakend van een al bestaande concentratietendens en na meldingen in het verleden) en dringende reden ziet om haar kennis van een markt of sector te verdiepen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de concurrentieomstandigheden veranderen als gevolg van liberalisering of verandering van regelgeving. Oude besluiten bieden dan maar een beperkt aanknopingspunt. Dit speelde zowel in de energiesector als in de ziekenhuissector een belangrijke rol. Daarnaast kan worden gedacht aan sectoren die om een economische analyse vragen, die relatief nieuw en/of complex is. In dit verband kan worden gedacht aan de energiesector, de bouwsector, de financiële sector en informatie- en communicatietechnologie. In de afgelopen tijd zijn voor deze sectoren dan ook verscheidene onderzoeksprojecten gestart.

Status

61. De bekendmaking van een sectorstudie kan marktpartijen in staat stellen om de uitkomst van de beoordeling van een voorgenomen concentratie door de NMa beter te kunnen inschatten. Ook kunnen zij op basis van bekendgemaakte sectorstudies bij hun melding rekening houden met bepaalde relevante gegevens en marktafbakeningen.

62. Sectorstudies die uitmonden in een door de NMa zélf opgesteld document, zoals een visiedocument, kunnen een zekere verwachting scheppen omtrent toekomstige beslissingen van de NMa in concrete gevallen. Sectorstudies staan los van de in de Mededingingswet omschreven wettelijke taken en bevoegdheden in concrete gevallen. Sectorstudies zijn naar hun aard algemeen en abstract, en niet gebaseerd op de concrete informatie die bij de behandeling van een melding ter beschikking kan komen. Ook zijn marktpartijen niet verplicht om te reageren op eventuele consultaties. Daarnaast kunnen omstandigheden ná het uitvoeren van een sectorstudie veranderen. Bij de beoordeling van een concentratie in een concreet geval kan dan ook - gemotiveerd - worden afgeweken van de bevindingen van een sectorstudie.

63. Wanneer de NMa (louter) de resultaten van een in haar opdracht uitgevoerd onderzoek publiceert, betekent dit niet dat de conclusies van een dergelijk onderzoek noodzakelijkerwijs eveneens die van de NMa zijn.

9. Persbeleid ten behoeve van het concentratietoezicht

In welke gevallen geeft de NMa in het kader van het concentratietoezicht een persbericht uit?

64. De NMa verstrekt informatie via een persbericht met name wanneer er in haar concentratiebesluiten belangrijke mededingingsproblemen aan de orde komen. Dit is wat betreft het concentratietoezicht het geval wanneer in de meldingsfase wordt besloten dat voor de concentratie een vergunning is vereist, wanneer al dan niet een vergunning wordt verleend of in zaken met remedies. Andere voorbeelden van gevallen waarin vaak een persbericht wordt uitgegeven zijn concentratiezaken die veel aandacht in de media hebben gekregen of zaken met een groot belang voor de economie.

Werkwijze

65. Met de toezending van het besluit krijgen meldende partijen ook het eventuele persbericht *ter informatie* toegezonden. De directie Concentratiecontrole informeert de meldende partijen meestal enige tijd voor een besluit wordt toegezonden dat er een persbericht zal worden uitgebracht. Het is een persbericht van de NMa, dus de NMa is zelf verantwoordelijk voor de inhoud. Mocht het persbericht echter onverhoopt

feitelijke onjuistheden bevatten, dan is het uiteraard wel wenselijk om contact op te nemen met de NMa. Het persbericht wordt gestuurd aan de door partijen opgegeven contactpersonen; dit kan dus ook een advocaat zijn. Het is dan aan de advocaat om tijdig het bedrijf te informeren. De NMa houdt een marge van minimaal 2 uur aan tussen het versturen van het persbericht aan de meldende partijen en het uitbrengen daarvan. Tegelijk met het uitbrengen van het persbericht wordt het op de website van de NMa geplaatst.

66. Bij ondernemingen die genoteerd zijn aan *Euronext* wordt het persbericht óf buiten beurstijden verspreid of, na contact met *Euronext* over het tijdstip waarop het persbericht wordt uitgebracht tijdens beurstijden. Indien één of meerdere bij de concentratie betrokken ondernemingen aan een buitenlandse beurs zijn genoteerd, zal de NMa indien dit mogelijk is in de regel het persbericht buiten beurstijden verspreiden. Als het noteringen betreft op verschillende beurzen met verschillende beurstijden, kan dit soms moeilijk zijn. In dergelijke gevallen wordt in overleg met partijen het beste moment gekozen.

10. Samenwerking met andere mededingingsautoriteiten (ECA), de Europese Commissie en overige instellingen

The European Competition Authorities (ECA)

67. ECA is de vereniging van Europese mededingingsautoriteiten, waarvan de leden in april 2001 voor het eerst bijeen zijn gekomen. De leden zijn de mededingingsautoriteiten van de lidstaten van de Europese Unie en van Noorwegen, de Europese Commissie en de *European Free Trade Area (EFTA) Surveillance Authority*. Het samenwerkingsverband functioneert als een forum waarbinnen de autoriteiten elkaar ontmoeten en samenwerken. De ECA besteedt met name aandacht aan het toepassen en handhaven van nationale en Europese mededingingsregels.

68. Ten aanzien van meervoudige meldingen (transacties die niet onder de 'one-stop-shop' van de Europese Verordening betreffende de controle op concentraties van ondernemingen vallen en die in verschillende jurisdicties moeten worden gemeld) heeft de ECA zich gericht op het verminderen van de last voor de betrokken ondernemingen, door de samenwerking tussen de ECA-leden te stimuleren en te verbeteren. In dit kader hebben de ECA-leden besloten om elkaar tijdig op de hoogte te stellen van meldingen die in meerdere landen zijn gedaan. Als een ECA-lid een melding van een concentratie ontvangt die ook is gemeld bij één of meer van de andere ECA-leden, zal deze autoriteit de andere ECA-leden informeren door middel van een 'ECA-kennisgeving'. Een voorbeeld van een ECA-kennisgeving is te vinden op de NMa website ([www.nmanet.nl/nl/Over de NMa/Internationaal/Europese_Samenwerking](http://www.nmanet.nl/nl/Over%20de%20NMa/Internationaal/Europese_Samenwerking); hier zoeken in ECA/Meervoudige_aangemelde_concentratie). Contactgegevens van de betrokken zaakbehandelaars en enkele basisgegevens met betrekking tot de transactie worden uitgewisseld tussen de betrokken autoriteiten, zoals de naam van partijen, de mogelijke relevante markt(en) en de termijn voor het afronden van het onderzoek.

69. Naar aanleiding van deze kennisgeving kunnen de betrokken zaakbehandelaars contact met elkaar opnemen om visies op de zaak uit te wisselen indien dit van betekenis kan zijn voor het onderzoek. De betrokken zaakbehandelaars houden elkaar zo nodig op de hoogte van de voortgang van de zaak. Deze contacten vinden doorgaans op een informele manier plaats, zonder uitwisseling van vertrouwelijke informatie. Uitwisseling van vertrouwelijke informatie vindt alleen plaats indien dit nodig is voor het onderzoek en voor zover nationale wetgeving niet aan uitwisseling van dergelijke informatie in de weg staat of de betrokken partijen met de uitwisseling van vertrouwelijke informatie hebben ingestemd. Artikel 91 Mw

maakt het voor de NMa mogelijk dergelijke informatie uit te wisselen. Doorgaans zal daarover eerst overleg met partijen plaatsvinden.

70. Het netwerk wordt ook voor andere, niet-zaakgerelateerde, vragen gebruikt, bijvoorbeeld om na te gaan hoe de andere autoriteiten met een bepaald onderwerp omgaan. ECA is tot nu toe een bruikbaar instrument gebleken voor de uitwisseling van dit soort informatie en het leren van de ervaringen van elkaar.

Met ingang van 1 mei 2004 is de herziene Europese Concentratieverordening No. 139/2004 (hierna: herziene Europese Concentratieverordening) van kracht. Hierdoor is wijziging gekomen in de voorwaarden en de procedures voor een verwijzingsverzoek naar de Europese Commissie of naar de lidstaten van de Europese Unie. Op het moment van totstandkoming van de Spelregels heeft de NMa nog nauwelijks ervaring opgedaan met het herziene systeem. Desalniettemin kan hieronder iets gezegd worden over de werkwijze van de NMa m.b.t. verwijzing van concentraties onder de artikelen 9⁸ en 22⁹ van de herziene Europese Concentratieverordening, aangezien het niet de verwachting is dat deze significant zal veranderen ten opzichte van de bestaande praktijk. Hieronder wordt echter niet ingegaan op de praktijk naar aanleiding van de nieuwe procedures onder de artikelen 4(4) en 4(5)¹⁰ van de herziene Europese Concentratieverordening, aangezien deze geheel nieuw zijn en er nog ervaring mee moet worden opgedaan.

Verzoek tot verwijzing van concentraties onder artikel 22 van de herziene Europese Concentratieverordening

71. Op basis van artikel 22 van de herziene Europese Concentratieverordening kunnen lidstaten van de Europese Unie in het geval van een bij meerdere autoriteiten aangemelde concentratie gezamenlijk een verzoek richten tot de Europese Commissie om deze concentratiezaak ter behandeling over te nemen. Eind 2002 heeft de ECA hiertoe de 'Principles on the application, by National Competition Authorities within the ECA Network, of article 22 of the EC Merger Control Regulation' aangenomen, waarin de uitgangspunten staan vermeld voor het doen van een dergelijk gezamenlijk verzoek onder de oude Europese Concentratieverordening¹¹. Op het moment van totstandkoming van de Spelregels is de ECA bezig met het aanpassen van dit document aan de herziene Europese Concentratieverordening. In dit document zal worden aangegeven, vanuit de perspectieven van de ECA leden, hoe in de praktijk een verwijzing onder artikelen 22 en artikel 4(5) van de herziene Europese Concentratieverordening tot stand komt.

72. Over het algemeen zal voor de NMa bij de afweging om te participeren in een verzoek ex artikel 22 van doorslaggevende betekenis zijn of er tengevolge van de voorgenomen concentratie (*prima facie*) negatieve effecten op de Nederlandse markt(en) te verwachten zijn en of de transactie duidelijk grensoverschrijdende effecten heeft (met name als er sprake is van internationale geografische markten), waardoor deze beter door de Europese Commissie kan worden beoordeeld.

73. Een verzoek ex artikel 22 dient door de Minister van Economische Zaken te worden gedaan, waarbij de NMa een adviserende rol heeft. Indien de NMa overweegt de Minister te adviseren een verzoek ex artikel 22 te doen, zal dit zo spoedig mogelijk aan de betrokken partijen worden gemeld.

⁸ Zie randnummer 74.

⁹ Zie randnummer 71.

¹⁰ Artikelen 4(4) en 4(5) stellen de betrokken ondernemingen in de gelegenheid te verzoeken om verwijzing naar of door de Europese Commissie voordat een concentratie wordt aangemeld.

¹¹ Het document is gepubliceerd op de website van de NMa

(www.nmanet.nl/nl/Over_de_NMa/Internationaal/Europese_Samenwerking; hier zoeken onder ECA/Richtsnoeren).

Verzoeken betreffende verwijzing van EU concentratiezaken naar de NMa onder artikel 9 van de herziene Europese Concentratieverordening

74. Artikel 9 van de herziene Europese Concentratieverordening biedt de lidstaten van de Europese Unie de mogelijkheid om aan de Europese Commissie een verzoek te doen om bepaalde Europese concentratiezaken, die onder de Europese Concentratieverordening bij de Europese Commissie gemeld zijn, naar de verzoekende lidstaat te verwijzen. Ook een verzoek ex artikel 9 van de Europese Concentratieverordening dient door de Minister van Economische Zaken te worden gedaan, waarbij de NMa een adviserende rol heeft. Indien de NMa overweegt de Minister te adviseren een verzoek ex artikel 9 te doen, zal dit zo spoedig mogelijk aan de betrokken partijen worden gemeld.

75. Bij de afweging om een verzoek ex artikel 9 te adviseren zal voor de NMa van doorslaggevende betekenis zijn of tengevolge van de voorgenomen concentratie (*prima facie*) negatieve effecten voornamelijk binnen een Nederlandse markt of kleinere geografische markt(en) te verwachten zijn. Het feit dat de NMa reeds bezig is om dezelfde markt(en) te onderzoeken kan ook een rol bij de afweging spelen. Het is tot nu toe de praktijk om, ingeval van zaken waar met voldoende zekerheid gezegd kan worden dat er geen sprake is van mogelijke negatieve mededingingsgevolgen ten gevolge van de gemelde voorgenomen transactie, de Minister van Economische Zaken niet te adviseren een dergelijk verzoek te doen. De achterliggende reden is te trachten de administratieve lasten van de betrokken bedrijven te beperken.

76. Indien de Europese Commissie de zaak naar de NMa verwijst, beschouwt de NMa dit besluit tot verwijzing als de indiening van de melding, vanaf welk moment de termijn van artikel 37 Mw start. Dit neemt niet weg dat het de NMa vrij staat, indien nodig, aanvullende vragen te stellen.

Samenwerking met de Europese Commissie in het kader van Europese tweede fase-concentratiezaken: Adviescomités

77. De NMa en alle andere mededingingsautoriteiten in de lidstaten van de Europese Unie ontvangen kopieën van alle concentratiemeldingen bij de Europese Commissie. Indien deze gemelde transacties (*prima facie*) tot mededingingsproblemen in Nederland zouden kunnen leiden, maar geen verzoek ex artikel 9 herziene Europese Concentratieverordening is ingediend, vanwege bijvoorbeeld de internationale aard van de betrokken markten, neemt de directie Concentratiecontrole contact op met het desbetreffende behandelteam van de Europese Commissie. Deze contacten vinden doorgaans ad hoc en op een informele basis plaats. Daar waar de directie Concentratiecontrole een goede kennis van de onderzochte markt(en) heeft, wordt geprobeerd de Europese Commissie te helpen met haar onderzoek.

78. Indien de Europese Commissie besluit tot een diepgaand onderzoek van de zaak, neemt een afvaardiging van de directie Concentratiecontrole deel aan eventuele hoorzittingen in Brussel, waar de meldende partijen en belanghebbende derden hun standpunt kunnen toelichten. Voorts wordt deelgenomen aan de bijeenkomsten van het Adviescomité van de lidstaten van de Europese Unie in Brussel, welk Adviescomité geraadpleegd dient te worden alvorens de Europese Commissie tot haar definitieve besluit kan komen.

79. Het is de praktijk van de directie Concentratiecontrole een actieve rol in het Adviescomité te spelen en deze in de regel bij te wonen. Indien het een enkele keer niet mogelijk is het Adviescomité bij te wonen, wordt hieraan voorafgaand een schriftelijk advies aan de Europese Commissie en de andere lidstaten gezonden. In een enkel geval nemen meldende partijen contact op met de directie Concentratiecontrole om

de zaak te bespreken. De NMa staat open voor dit soort besprekingen; met name indien Nederlandse belangen betrokken zijn. Tijdens dergelijke besprekingen zal geen inzage worden gegeven in de inbreng van Nederland in het Adviescomité.

Uitwisseling van vertrouwelijke informatie met de Europese Commissie

80. Zoals in artikel 19, tweede lid, van de herziene Europese Concentratieverordening wordt bepaald, voert de Europese Commissie de in deze verordening genoemde procedures uit in nauw en voortdurend contact met de bevoegde autoriteiten van de lidstaten van de Europese Unie, die hun opmerkingen over deze procedures kunnen indienen. De NMa krijgt kopieën van de belangrijkste stukken (inclusief vertrouwelijke informatie) die de Europese Commissie naar aanleiding van een melding ontvangt of verzendt, zoals bijvoorbeeld het Formulier CO, de PvO en de voorgestelde remedies, en kan op elk moment haar opmerkingen bij de Europese Commissie indienen ex artikel 19, eerste en tweede lid, van de herziene Europese Concentratieverordening. Ook in het kader van voorbereidende stappen voor een mogelijke toepassing van de artikelen 9 en 22 van de herziene Europese Concentratieverordening kunnen de Europese Commissie en de NMa informatie uitwisselen; dit kan ook vertrouwelijke informatie betreffen. Artikel 19, tweede lid, van de herziene Europese Concentratieverordening en artikel 91 Mw maken deze uitwisseling van informatie voor de NMa mogelijk. In de praktijk zal desondanks eerst overleg met partijen plaatsvinden. Daarnaast zal de NMa op grond van artikel 11 van de herziene Europese Concentratieverordening op verzoek van de Europese Commissie alle benodigde informatie verstrekken voor het uitvoeren van de Europese Concentratieverordening.

Informeren van andere instellingen binnen Nederland

81. De directie Concentratiecontrole informeert soms andere instellingen binnen Nederland over meldingen en vergunningaanvragen, die bij haar in behandeling zijn. Het kan bijvoorbeeld gaan om de Pensioen- en Verzekeringskamer en De Nederlandse Bank. Een en ander is geregeld in het daartoe opgestelde samenwerkingsprotocol 'Protocol van De Nederlandse Bank, de Verzekeringskamer en de NMa betreffende concentraties in de financiële sector in noodsituaties'. De laatste versie van dit protocol is te vinden op de website van de NMa (www.nmanet.nl/nl/images/11_3886.pdf). Het protocol is gericht op gevallen waarin sprake is van een acute dreiging van een faillissement van een financiële instelling met belangrijke uitstralingseffecten naar de gehele financiële sector.

82. Aan het college van de Onafhankelijk Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) kunnen op basis van artikel 91 Mw (vertrouwelijke) gegevens worden verstrekt; OPTA kan op basis van de telecomwetgeving gegevens verstrekken aan de NMa. Met de OPTA bestaat eveneens een samenwerkingsprotocol: 'Afspraken tussen het college van de Onafhankelijk Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) over de wijze van samenwerking bij aangelegenheden van wederzijds belang'. Ook de laatste versie van dit protocol is te vinden op de website van de NMa (www.nmanet.nl/nl/images/11_19773.pdf). Dit protocol is met name gericht op zaken die op het terrein van beide toezichthouders liggen.

Den Haag, 15 juli 2004

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,

Mr.P. Kalbfleisch