



Besluit

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 74 Mededingingswet

Ons kenmerk : ACM/UIT/573541
Zaaknummer : ACM/20/042068
Datum : 17 maart 2022

1. Samenvatting

1. In dit besluit stelt de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) vast dat de Stichting Verenigde Nederlandse Apotheken (hierna: VNA) artikel 34, eerste lid, van de Mededingingswet (Mw) heeft overtreden. Haar dochtervennootschap Farmaceutisch Beheer B.V. heeft op 1 juli 2019 alle aandelen verworven in vier apotheken en daarmee uitsluitende zeggenschap verkregen over deze vier apotheken. Daarmee is een concentratie tot stand gebracht die VNA van tevoren bij de ACM had moeten melden. VNA heeft dit ten onrechte achterwege gelaten.
2. De ACM legt voor deze overtreding aan VNA een boete op van 350.000 euro. VNA informeerde de ACM over de voorgenomen transactie en de wijze waarop zij door afstoting van bepaalde activiteiten onder de zorgfusiedrempels meende te blijven. Deze afstoting bleek onvoldoende juridisch vast te liggen en onzeker te zijn. De afstoting is feitelijk ook niet tot stand gekomen, vanwege financieringsproblemen bij de koper. Toen VNA zich realiseerde dat de beoogde afstoting niet gelukt was heeft zij opnieuw met de ACM contact opgenomen.
3. VNA heeft erkend dat zij niet had mogen afzien van het van tevoren melden van het verwerven van de aandelen in de apotheken. VNA is alsnog tot melding overgegaan en heeft volledig meegewerkt aan het onderzoek van de ACM. De ACM heeft de boete daarom verlaagd. De ACM heeft de boete extra verlaagd vanwege de beperkte omvang van de transactie en de omzet van de vier apotheken, die net boven de meldingsdrempel voor de zorgsector uitkwam.

2. De betrokken onderneming

4. Farmaceutisch Beheer B.V., een besloten vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd aan de Utrechtseweg 135, 3818 ED, te Amersfoort, ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer 30083252, houdt zich blijkens het handelsregister bezig met het deelnemen in andere bedrijven.
5. VNA houdt alle aandelen in Farmaceutisch Beheer B.V. VNA, een stichting naar Nederlands recht, is eveneens gevestigd aan de Utrechtseweg 135, 3818 ED, te Amersfoort en ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer 30079765.
6. VNA¹ stelt jonge apothekers in staat een eigen apotheek te starten. Ook helpt VNA apothekers bij de overdracht van hun apotheek, in het geval zij met hun apotheek willen stoppen. VNA verricht deze activiteiten door middel van het aankopen van apotheken, via haar dochteronderneming Farmaceutisch Beheer B.V., en het vervolgens op termijn overdragen daarvan aan andere (jonge) apothekers.

3. Verloop van de procedure

7. Bij brief van 8 mei 2019 heeft VNA de Directie Zorg van de ACM (hierna: Directie Zorg) geïnformeerd over de voorgenomen totstandbrenging van een concentratie. Het betrof de overname per 1 juli 2019 door VNA, via haar dochtervennootschap Farmaceutisch Beheer B.V., van alle aandelen in vier apotheken. VNA heeft daarbij laten weten dat de baxteringactiviteiten² van één van de vier apotheken binnen twaalf maanden ná 1 juli 2019 afgesplitst en aan een derde partij verkocht zouden gaan worden, waardoor de relevante omzetzempels van het concentratietoezicht niet overschreden zouden worden.³
8. Op 26 juni 2020 heeft VNA opnieuw contact gezocht met de Directie Zorg en laten weten dat het niet gelukt was en ook niet meer zou lukken om de desbetreffende activiteiten over te dragen aan bedoelde derde partij. Later in het jaar heeft VNA de ACM geïnformeerd dat andere activiteiten dan de baxteringactiviteiten waren verkocht en overgedragen aan een andere partij.
9. De Directie Zorg heeft onderzoek gedaan naar de gang van zaken en verschillende keren vragen gesteld aan VNA. In de loop van 2021 heeft de Directie Zorg aan VNA meegedeeld dat zij rapport zou opmaken van het niet voorafgaand melden aan de ACM van de op 1 juli 2019 tot stand gebrachte concentratie op grond van artikel 34, eerste lid, van de Mw.
10. In oktober 2021 heeft VNA verzocht om de mogelijkheden te verkennen tot afdoening van de zaak zonder opstellen van rapport, waarbij VNA bereid was verdergaande medewerking te verlenen aan

¹ Zie www.vna.nl.

² Baxteren is het proces waarmee patiënten geholpen worden met het op specifieke tijdstippen innemen van de voorgeschreven medicatie. Daartoe worden de geneesmiddelen apart verpakt per week, per dag en per tijdstip.

³ De omzetzempels voor de zorgsector zijn (tijdelijk) verlaagd. Het Besluit tijdelijke verruiming toepassingsbereik concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen (Stb. 2007, 518) is ingegaan op 1 januari 2008, is laatstelijk verlengd op 13 december 2017, en geldt voornamelijk tot 1 januari 2023.

de ACM.⁴ VNA is daarbij alsnog tot melding overgegaan van de tot stand gebrachte concentratie en heeft desgevraagd alle benodigde informatie verstrekt.

11. VNA en de Directie Zorg hebben in de periode daarna verder gesproken over vereenvoudigde afdoening van de zaak. Dit heeft geleid tot een schriftelijke verklaring van VNA waarin zij de overtreding zoals weergegeven in dit besluit, erkent en de boete accepteert, alsook instemt met een vereenvoudigd procesverloop zonder dossieroverdracht aan de Directie Juridische Zaken van de ACM.

4. Feiten en omstandigheden

12. Op 1 juli 2019 heeft VNA, via haar dochteronderneming Farmaceutisch Beheer B.V., alle aandelen verworven van Apotheek Dalem B.V., Apotheek Witbrant B.V., Apotheek De Reeshof B.V. (hierna: Apotheek De Reeshof) en Apotheek Heyhoef B.V. De gezamenlijke omzet van de vier apotheken in 2018 bedroeg [Vertrouwelijk]* euro.⁵ VNA heeft de ACM in mei 2019 over deze voorgenomen transactie geïnformeerd. VNA heeft daarbij laten weten dat de activiteiten van één van de vier apotheken gesplitst zouden gaan worden. Het deel van Apotheek De Reeshof dat baxteringactiviteiten uitvoert, zou worden afgesplitst van het baliedeel van deze apotheek en binnen twaalf maanden ná 1 juli 2019 worden verkocht en overgedragen aan een onafhankelijke derde. Als gevolg van die verkoop en overdracht zou volgens VNA geen duurzame zeggenschap worden verkregen in het deel van Apotheek De Reeshof dat baxteringactiviteiten uitvoert, waardoor de relevante omzeldrempel⁶ niet overschreden zou worden.
13. Onderdeel van de informatie van VNA was een intentieverklaring ondertekend door Farmaceutisch Beheer B.V. en de beoogde koper. In deze intentieverklaring waren nog diverse openstaande punten.⁷ Zo was de koopprijs niet bepaald en moest er nog een splitsing worden aangebracht binnen Apotheek De Reeshof om te bepalen welke (roerende en onroerende) zaken behoorden tot de baxteringactiviteiten. Tevens was in de intentieverklaring een in de tijd beperkte verplichting opgenomen om er met elkaar op hoofdlijnen uit te komen. Na afloop van deze periode stond het VNA vrij om met andere partijen te onderhandelen over verkoop van de baxteringactiviteiten.
14. Op 26 juni 2020 heeft VNA opnieuw contact gezocht met de ACM en laten weten dat het niet gelukt was om de baxteringactiviteiten van Apotheek De Reeshof over te dragen aan de beoogde koper vanwege financieringsproblemen en dat die afstoting ook niet meer zou gaan lukken.
15. Op 10 november 2021 heeft VNA de per 1 juli 2019 tot stand gebrachte concentratie bij de ACM gemeld. De ACM heeft op 2 december 2021 besloten dat de transactie viel onder het concentratietoezicht zoals bedoeld in hoofdstuk 5 Mw en dat voor de concentratie geen vergunning nodig was.⁸

⁴ In overeenstemming met de Richtsnoeren vereenvoudigde afdoening van boetezaken ACM (*Stcrt.* 2018, 71890).

* In deze openbare versie van het besluit zijn delen van de tekst vervangen of weggelaten om reden van vertrouwelijkheid.

⁵ Omzet zoals opgegeven in het kader van de melding van deze concentratie van 10 november 2021.

⁶ Zie randnummer 16 van dit besluit.

⁷ De ACM heeft er in mei 2019 op gewezen dat bij de afweging om wel of niet te melden de toets zoals opgenomen in randnummer 18 toegepast dient te worden.

⁸ Zie het besluit van 2 december 2021 in zaak ACM/21/167722 / Farmaceutisch Beheer B.V. - Apotheek Dalem B.V., Apotheek Heyhoef B.V., Apotheek Witbrant B.V. en Apotheek De Reeshof B.V.

5. Juridische beoordeling

16. VNA verkreeg door de verwerving van alle aandelen in de in randnummer 12 van dit besluit genoemde apotheken uitsluitende zeggenschap over deze ondernemingen. Dit is een concentratie als bedoeld in artikel 27, eerste lid onder b, Mw. Gezien de omzet van de betrokken ondernemingen is voldaan aan de omzeldrempels van artikel 29, eerste lid, Mw juncto het Besluit tijdelijke verruiming toepassingsbereik concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen⁹. Daardoor valt de transactie binnen het toepassingsbereik van het concentratietoezicht.
17. Op grond van artikel 34, eerste lid, Mw is het verboden een concentratie tot stand te brengen voordat het voornemen daartoe aan de ACM is gemeld, en vervolgens de termijn van vier weken is verstreken waarbinnen de ACM moet besluiten of een vergunning is vereist voor de concentratie.¹⁰ Op het moment dat de transactie plaatsvond, was deze niet bij de ACM gemeld. Deze melding volgde pas geruime tijd later. Hiermee heeft VNA een concentratie tot stand gebracht in strijd met artikel 34, eerste lid, Mw.
18. De ACM neemt hierbij in aanmerking dat er op 1 juli 2019 geen juridisch bindende overeenkomst was afgesloten en er onzekerheid bestond over het plaatsvinden van de afstoting van de baxteringactiviteiten van Apotheek De Reeshof. De omzet van de baxteringactiviteiten had alleen dan niet in aanmerking genomen hoeven worden, wanneer op het moment¹¹ van het tot stand brengen van de concentratie, 1) de koop én overdracht van de baxteringactiviteiten van Apotheek De Reeshof aan een derde partij op juridisch bindende wijze was overeengekomen en 2) er tevens geen enkele onzekerheid bestond (in objectieve zin) over het feit dat deze overdracht binnen ten hoogste één jaar na totstandbrenging van de concentratie zou plaatsvinden. In dat geval zou sprake zijn geweest van een tijdelijke wijziging van zeggenschap waarbij het concentratietoezicht niet van toepassing is.¹² Deze situatie was echter, zoals hiervoor¹³ beschreven, niet aan de orde.
19. Gelet op deze omstandigheden mocht VNA de omzet van de baxteringactiviteiten van Apotheek de Reeshof niet in mindering brengen bij het bepalen van de omzet in relatie tot de omzeldrempels en was op het moment van totstandbrenging van de concentratie op 1 juli 2019 sprake van een concentratie die gemeld had moeten worden.

⁹ *Stb.* 2007, 518. Een voorgenomen concentratie tussen ondernemingen die zorg verlenen moet bij de ACM gemeld worden, als de gezamenlijke omzet van de bij die concentratie betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar meer bedroeg dan 55.000.000 euro, terwijl ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder een omzet behaalden van ten minste 10.000.000 euro, waarvan ten minste 5.500.000 euro met zorgverlening. VNA behaalde in 2018 170.820.000 euro omzet. De overname van de vier apotheken kwalificeert als één concentratie, aangezien de verkoper deze vier apotheken tezamen heeft verkocht en geleverd aan één koper en er tevens één koopovereenkomst is gesloten en één prijs is overeengekomen voor de vier apotheken tezamen. De omzet van de vier apotheken tezamen bedroeg in 2018 [Vertrouwelijk] euro.

¹⁰ Deze termijn van vier weken wordt in bepaalde gevallen opgeschort (artikel 38 Mw).

¹¹ Een afstoting die pas na dit moment wordt overeengekomen kan er niet toe leiden dat de verplichting tot voorafgaande melding van de concentratie bij de ACM vervalt.

¹² Het concentratietoezicht is niet van toepassing op concentraties die slechts een tijdelijke wijziging van zeggenschap teweegbrengen. Om te kunnen concluderen dat (deels) hiervan sprake is dient aan bepaalde vereisten te zijn voldaan. Zie de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PbEU 2008, C 95/1, rns. 28 tot en met 33.

¹³ Zie randnummer 13: de intentieverklaring kwalificeert niet als een juridisch bindende overeenkomst met betrekking tot koop en overdracht. Onder andere als gevolg van het ontbreken van zo'n juridisch bindende overeenkomst bestond er ook onzekerheid over de afstoting van de baxteringactiviteiten binnen een korte termijn.

6. Overtreder

20. Onder overtreder wordt op grond van artikel 5:1, tweede lid Awb verstaan degene die de overtreding pleegt. Daarbij is van belang tot wie het wettelijk voorschrift zich richt.¹⁴ Artikel 34, eerste lid, Mw richt zich tot degene die de concentratie tot stand brengt. In dit geval is dat Farmaceutisch Beheer B.V. en de onderneming waar zij deel van uitmaakt.¹⁵ De ACM rekent de overtreding toe aan de entiteit die rechtstreeks zeggenschap heeft verkregen, Farmaceutisch Beheer B.V., en aan haar moederonderneming VNA, gelet op de omstandigheid dat VNA alle aandelen in Farmaceutisch Beheer B.V. houdt. Zij zijn overtreder in de zin van artikel 5:1, tweede lid Awb.

7. Boete

21. Op grond van artikel 74 Mw kan de ACM voor een overtreding van artikel 34, eerste lid, Mw de overtreder beboeten. Het doel van de boete die de ACM voor een overtreding oplegt is dat de overtreder wordt weerhouden van een volgende overtreding (speciale preventie) en dat potentiële andere overtreders worden afgeschrikt (generale preventie). Uit artikel 5:46, tweede lid, Awb volgt dat de boete evenredig moet zijn gezien de ernst van de overtreding en de mate waarin de overtreding aan de overtreder te verwijten is. De ACM moet daarbij rekening houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.
22. Met het (preventieve) concentratietoezicht wordt beoogd op voorhand te voorkomen dat de mededinging onherstelbare en duurzame schade wordt toegebracht door een wijziging in de marktstructuur. Voor een goede werking van het concentratietoezicht is het van essentieel belang dat een concentratie die binnen het toepassingsbereik valt, niet tot stand wordt gebracht voordat zij aan de ACM is gemeld en de ACM haar effecten op de mededinging heeft kunnen toetsen. Als een concentratie eerder tot stand wordt gebracht, vormt dat een ernstige ondermijning van de effectiviteit van het concentratietoezicht. Het voortijdig tot stand brengen van een concentratie in strijd met artikel 34, eerste lid, Mw vormt daarom een ernstige overtreding.¹⁶
23. Ten tijde van de overtreding door VNA was de Boetebeleidsregel ACM 2014¹⁷ (hierna: Boetebeleidsregel) van toepassing. Op grond van de Boetebeleidsregel stelt de ACM de boete vast op basis van de volgende stappen.

7.1. Basisboete

¹⁴ Memorie van Toelichting bij de vierde tranche Awb, Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, pagina 77 e.v.

¹⁵ Artikel 34 Mw richt zich niet tot de vervreemder van de overgenomen onderneming (CBB 24 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV6874 (*Pacton*)).

¹⁶ Zie bijvoorbeeld besluit van de ACM van 28 maart 2013, zaak 7491 *Motorhuis/Bulters*, m. 35. Ook het Europese concentratietoezicht, waar het Nederlandse concentratietoezicht bij aansluit (zie TK 1995-96, 24707, 3, p. 32, en TK 2004-05, 30071, 3, p. 4), werkt preventief en kwalificeert het voortijdig tot stand brengen van een concentratie als een ernstige overtreding: vergelijk HvJ EU 31 mei 2018, C-633/16, ECLI:EU:C:2018:371 (*Ernst & Young/Konkurrencerâdet*), r.o. 42, en Gerecht EU 22 september 2021, T-425/18, ECLI:EU:T:2021:607 (*Altice Europe/Commissione*), r.o. 299 en daar aangehaalde rechtspraak.

¹⁷ Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (Boetebeleidsregel ACM 2014, *Stcrt.* 2014 nr. 19776, gewijzigd bij Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 28 juni 2016, nr. WJZ/16056097, houdende wijziging van de Boetebeleidsregel ACM 2014, *Stcrt.* 2016 nr. 34630.

24. Een overtreding als bedoeld in artikel 74, onder 1°, Mw is in de Boetebeleidsregel ingedeeld in categorie V.¹⁸ Dit betekent dat de ACM de basisboete vaststelt tussen 400.000 euro of indien dat meer is 5‰ van de Nederlandse jaaromzet, en 700.000 euro of indien dat meer is 50‰ van de totale in Nederland behaalde jaaromzet. In 2020¹⁹ behaalde VNA blijkens haar jaarrekening een netto-omzet van 202,4 miljoen euro. De ACM neemt hiervan 7,5‰ als basisboete gelet op de ernst van de overtreding (zie hiervoor randnummer 22), waarbij de ACM meeweegt dat de niet tijdig gemelde concentratie niet tot een significante belemmering van de mededinging heeft geleid²⁰. Dit leidt tot een basisboete van 1.518.000 euro.

7.2. Boeteverlagende en -verhogende omstandigheden

25. De ACM ziet in de onderhavige zaak geen aanleiding om boeteverlagende of boeteverhogende omstandigheden in aanmerking te nemen, anders dan een boeteverlaging wegens bijzondere medewerking aan de procedure bij de ACM (zie hierna randnummers 27 en 28).

7.3. Toetsing aan het wettelijk boetemaximum

26. De ACM kan voor de overtreding van artikel 34, eerste lid, Mw die zij in dit besluit vaststelt maximaal een boete opleggen van 900.000 euro of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het meest recente boekjaar waarvoor een jaarrekening beschikbaar is.²¹ Gelet op de door VNA verstrekte omzetgegevens stelt de ACM vast dat overschrijding van dit boetemaximum niet aan de orde is.

7.4. Boetevermindering wegens bijzondere medewerking

27. De ACM verlaagt de boete met 35% omdat VNA verdergaande medewerking heeft verleend aan afdoening in de onderzoeksfase. VNA heeft uit eigen beweging contact opgenomen met de ACM om de ACM te informeren over de voorgenomen overname van de vier apotheken per 1 juli 2019 en heeft de concentratie alsnog bij de ACM gemeld op het moment dat zij er achter kwam dat zij dit ten onrechte niet gedaan had. VNA heeft in dit verband volledige medewerking verleend aan het onderzoek van de ACM door alle benodigde informatie te verstrekken en desgevraagd een en ander te bevestigen. VNA heeft daarnaast meegewerkt aan een vereenvoudigd procesverloop zonder opmaken van een rapport in de zin van artikel 5:48, eerste lid, Awb en dossieroverdracht aan de Directie Juridische Zaken van de ACM. VNA heeft in deze vereenvoudigde afdoening de feiten en de juridische beoordeling zoals weergegeven in dit besluit erkend, alsook de hoogte van de boete geaccepteerd.
28. De ACM beschouwt het voorgaande als een bijzondere vorm van verdergaande medewerking aan de procedure bij de ACM waarvoor een boetevermindering 35%²² gepast is. Dit resulteert in een boete van 986.700 euro.

¹⁸ Artikel 2.5 en 2.6 en Bijlage van de Boetebeleidsregel juncto artikel 12o, eerste lid, Instellingswet ACM.

¹⁹ Het meest recente boekjaar waarvan de overtreder een jaarrekening beschikbaar heeft.

²⁰ Zie voetnoot 7.

²¹ Artikel 74 Mw jo. artikel 12o Instellingswet ACM.

²² 15%-punt van deze boetevermindering is gerelateerd aan medewerking aan vereenvoudigde afdoening in de onderzoeksfase.

7.5. Evenredigheid

29. De ACM ziet in de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval, waaronder de verhouding tussen de basisboete en de met de transactie gemoeide waarde alsook de totale omzet van de overgenomen apotheken, aanleiding om uit een oogpunt van evenredigheid het boetebedrag verder te verlagen. De voor deze apotheken betaalde koopprijs bedroeg [Vertrouwelijk] euro. De overgenomen apotheken behaalden in 2018 gezamenlijk een omzet van [Vertrouwelijk] euro. De omzeldrempel van 10 miljoen euro, waarboven een meldingsplicht voor de onderhavige transactie in de zorgsector geldt werd aldus net overschreden. De ACM stelt op basis van deze overwegingen de boete vast op 350.000 euro.

7.6. Vaststelling van de boete

30. Gelet op het voorgaande stelt de ACM de eindboete vast op 350.000 euro. De ACM acht deze boete gelet op het voorgaande passend en evenredig.

8. Besluit

- I. De Autoriteit Consument en Markt legt vanwege overtreding van artikel 34, eerste lid, Mw een boete van 350.000 euro op aan Stichting Verenigde Nederlandse Apotheken en Farmaceutisch Beheer B.V., beide statutair gevestigd aan de Utrechtseweg 135, 3818 ED, te Amersfoort; waarbij beide genoemde rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel.
- II. Dit besluit is gericht tot ieder van de onder I genoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Den Haag, 17 maart 2022

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g. dr. B. Broers MBA
Directeur Directie Zorg

*Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Graag ontvangen wij uw bezwaarschrift **binnen zes weken** na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.*