

Voorstel van wet van de leden Bushoff en Danielle Jansen tot wijziging van de Mededingingswet ter uitbreiding van het concentratietoezicht (Wet inroepbevoegdheid ACM)

Algemeen deel

1. Inleiding

Ondernemingen werken samen, maken afspraken, fuseren, worden overgenomen en samengevoegd. Schaalvoordelen kunnen zorgen voor efficiënter werken, hogere winsten, grotere marktaandelen, betere kwaliteit van producten en dienstverlening. Overnames, fusies, joint ventures, in de Mededingingswet samengevat onder de noemer concentraties, kunnen voor ondernemingen en consumenten goed uitpakken. Het bundelen van de krachten van ondernemingen kan naast de genoemde voordelen echter ook als keerzijde hebben dat als de concentratiegraad in een markt te hoog wordt, het de effectieve concurrentie beperkt. Waar gezonde concurrentie bedrijven dwingt om kwalitatief goede producten en diensten tegen een redelijke prijs en met een gevarieerd aanbod aan te bieden en nieuwe producten en diensten te blijven ontwikkelen. Met als risico prijsstijgingen, slechtere kwaliteit van producten of dienstverlening, een schraler aanbod en minder innovatie.

Om dit te voorkomen zijn er regels die een effectieve concurrentie in stand moeten houden. In Nederland met name vastgelegd in de Mededingingswet. Die wet en het toezicht daarop zorgen er voor dat er geen ongewenste prijs- en marktverdelingsafspraken worden gemaakt (kartelverbod) of voorkomen dat een speler misbruik van economische machtspositie kan gaan maken.

Daarnaast dient het preventief concentratietoezicht om te voorkomen dat ondernemingen door overnames en fusies te veel marktmacht krijgen en daarmee kunnen gaan zorgen voor ongezonde concurrentieverhoudingen. Dit wetsvoorstel richt zich op een aanvulling van de wetgeving met betrekking tot concentraties. Met die aanvulling wordt de marktmeester Autoriteit Consument & Markt (ACM) beter in positie gebracht om marktmacht tegen te gaan en daarmee de belangen van consumenten te dienen.

De meeste mededingingswetgeving kent wereldwijd als uitgangspunt dat alleen grote overnames boven bepaalde omzetrempels een serieuze impact op markten kunnen hebben. Bij relatief bescheiden overnames of fusies is de aanname dat daarvan geen versturende invloed uit kan gaan op de verhoudingen binnen de desbetreffende markt. Daarbij komt dat als alle concentraties, ongeacht de omvang daarvan, getoetst zouden moeten worden dat tot te veel en, gezien de omvang van de bedrijven, onevenredig hoge administratieve- en toezichtlasten zou leiden. Deze uitgangspunten resulteerden er in, zeker tot voor kort, dat de meeste landen in hun mededingingswetgeving hebben opgenomen dat alleen concentraties waarbij de betrokken bedrijven omzetten boven bepaalde drempels behalen aan toezicht onderworpen hoeven te worden.

Het uitgangspunt dat alleen concentraties boven bepaalde omzetrempels verstorend kunnen werken, is echter niet langer houdbaar. De afgelopen jaren komen toezichthouders en andere experts steeds vaker tot het inzicht dat ook relatief kleine concentraties wel degelijk tot gevolg kunnen hebben dat de mededinging verstoord kan raken. Zeker als het gaat om een serie van opeenvolgende kleine overnames. Van seriële overnames is sprake als een dezelfde onderneming in de loop van de tijd meerdere kleinere bedrijven in dezelfde sector overneemt, samenvoegt en tot een groot bedrijf omvormt. Het zogenaamde 'kralenrijgen'. Het gaat dan vaak om concentraties die ieder op zich beneden de wettelijke omzetrempels blijven en daardoor niet goed kunnen worden getoetst door de betreffende

mededingingsautoriteit(en). De toezichthouder heeft, als die al zicht op deze concentraties zou kunnen hebben, dan ook zelden de mogelijkheid om in te kunnen grijpen.

Maar niet alleen kralenrijgen kan tot problemen leiden. Ook komt voor dat overnames onder de omzeldrempels in kleine lokale of niche markten tot negatieve gevolgen voor consumenten kunnen leiden. Ook komt voor dat grote bedrijven kleine innovatieve spelers, die nog maar een geringe omzet hebben weten te behalen, in een vroeg stadium van hun ontwikkeling opkopen. Zogenaamde 'killer acquisitions' ontnemen de samenleving de voordelen van deze innovatieve spelers omdat hun concurrentiekracht in de kiem wordt gesmoord.

Pas als achteraf zou blijken dat een onderneming door dit soort overnames een economische machtspositie heeft gekregen én daar misbruik van maakt, biedt de Mededingingswet enige mogelijkheid om aan dat misbruik een einde te maken¹. Voor dit stadium kan op grond van de Mededingingswet het tot stand brengen van een concentratie op zich nog niet worden aangemerkt als misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 lid 2). Hoewel een overname op zich niet dit misbruik kan op leveren, kan echter de uitkomst van overnames wel zijn dat een onderneming toch een te sterke machtspositie op een markt krijgt. Op grond van Europese jurisprudentie² zou een overname die zou kunnen leiden tot misbruik van een economische machtspositie wel onderzocht kunnen worden, ook als de omzeldrempels niet gehaald worden. Omdat dit dus botst met de Nederlandse Mededingingswet is er naar aanleiding van deze Europese jurisprudentie een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt om artikel 24 lid 2 te schrappen³. Echter ook als dat wetsvoorstel in werking zou treden blijft ingrijpen op grond van artikel 24 niet eenvoudig. Er moet eerst aangetoond worden dat er sprake is van een machtspositie die de mededinging wezenlijk belemmert en er misbruik is gemaakt door een overname. Het aantonen van een economische machtspositie, het misbruik daarvan en die overname tenietdoen is moeilijk en vergt een onevenredig grote inspanning door de toezichthouder en kan daardoor niet voorafgaand aan een overname worden gebruikt⁴. Het is dus beter om te voorkomen dat een bedrijf de kans krijgt een economische machtspositie in te nemen en te misbruiken dan achteraf te moeten genezen.

Voorals seriële overnames onderdeel zijn van een overnamestrategie van een onderneming die daarmee bewust naar een positie streeft waarbij concurrenten van de markt worden gehaald, een roll-up strategie, kan dit de concurrentie belemmeren of zelfs helemaal wegnemen.

Richt een dergelijke overnamestrategie zich ook nog op lokale of regionale markten dan bestaat nog eerder het risico dat de concurrentieverhoudingen in het geding komen. Dat geldt met name voor producten en diensten waarbij de afnemers geen of nauwelijks de mogelijkheid hebben naar een andere aanbieder uit te wijken. In die gevallen kunnen bij een lokaal zeer beperkt aantal aanbieders van een product of dienst zelfs één of twee overnames al tot verstoorde concurrentieverhoudingen zorgen. Bijvoorbeeld in de zorg waar nabijheid van de aanbieders voor patiënten van belang is, wordt de markt grotendeels lokaal of regionaal bepaald. En juist in de zorg zien we steeds vaker dat relatief grote ondernemingen

¹ <https://www.maverick-law.com/nl/blogs/m-a-transactie-kan-in-strijd-met-verbod-misbruik-machtspositie-zijn.html>

²

- Towercast arrest. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A62021CJ0449> en
- <https://www.vandoorne.com/artikelen/towercast-arrest-nog-een-manier-om-killer-acquisitions-aan-te-pakken.-wat-gebeurt-er-met-niet-meldingsplichtige-overnames-in-nederland/> en
- [New Developments in French Competition Law Pose Risk of Ex-Post Challenge to Non-Notifiable Transactions - McDermott Will & Emery \(mwe.com\)](#)

³ 36 588 Wijziging van de Kaderwet EZK- en LNV-subsidies en enkele andere wetten op het terrein van EZK.

⁴ Zie hiervoor TILEC Report Can abuses of a dominant position be tackled more effectively?* By Cédric Argenton, Jasper van den Boom, Eric van Damme, Inge Graef & Giorgio Monti TILEC, Tilburg University 15 May 2023 <https://open.overheid.nl/documenten/8d07509f-602a-49b5-b0f3-974644563fb0/file>

meerdere kleinere overnamen. Binnen de zorg werd in 2023 zo'n 60 procent van alle overnames door investeringsmaatschappijen gedaan.⁵ Onlangs kwam bijvoorbeeld huisartsenorganisatie Co-Med in het nieuws. Deze organisatie kocht praktijken op van particuliere huisartsen. Over deze overgenomen praktijken kwamen veel klachten over de bereikbaarheid en de beschikbaarheid van de zorg. Het kwam zelfs tot een aanwijzing van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd⁶. Bovendien geraakte de keten ook in financieel zwaar weer en moest het de zorgverlening stoppen. Nu is niet gezegd dat deze problemen per se door de overnamestrategie van Co-Med veroorzaakt zijn. Maar omdat de overnames ieder op zich beneden de drempels bleven, kon de marktmeester, de ACM, überhaupt niet aan een concentratietoets toekomen.

Ook in andere sectoren waaronder dierenartsen is sprake van toegenomen concentratie. In die sector zien we grote overnametransacties door een aantal dierenzorgketens, een versterking van de greep van private equity-bedrijven en tegelijkertijd een stijging van de tarieven en slechtere bereikbaarheid.⁷ Ook in deze gevallen is niet met zekerheid te zeggen of dit verband houdt met de concentraties en of dit tot problemen leidt in de markt waar een marktmeester aan te pas zou moeten komen. Toezicht ontbreekt door de relatief kleine omvang van deze concentraties, de marktmeester mist een instrument om preventief dergelijke overnames te toetsen. In de markt van kinderdagverblijven neemt door overnames, met name van private equity bedrijven, de concentratiegraad toe. Hierbij volgen de overnemende ondernemingen "een actieve groeistrategie door andere, vaak kleinere, organisaties in de markt over te nemen – wat ook wel 'kralen rijgen' wordt genoemd".⁸ Ook dat wil niet bij voorbaat betekenen dat de kwaliteit of omvang van het aanbod slechter wordt⁹ maar preventief toezicht is ook hier vanwege de relatief kleine omvang van de overnames niet mogelijk.

Al zijn seriële overnames niet nieuw, de toename van dit soort praktijken in de afgelopen jaren leidt bij de toezichthouders tot meer aandacht voor de concurrentieschade die hierdoor kan ontstaan. In Nederland wordt door de ACM met enige zorg gekeken naar het kralen rijgen in bijvoorbeeld de kinderopvang, dierenklinieken of de zorg.

In het kader van seriële overnames is er specifiek aandacht gekomen voor private equity-bedrijven. Hoewel seriële overnames niet het exclusieve domein van dergelijke bedrijven zijn, zijn die tot dusver bij de meeste roll-up-overnames betrokken.¹⁰ Ook buiten Nederland hebben mededingingsautoriteiten aandacht voor roll-up strategieën door private equity-bedrijven¹¹. De vertaling van de bezorgdheid over de consolidaties die door kralenrijgen ontstaan in daarop toegespitste mededingingsregels moet meestal nog gemaakt worden.

2. Internationale ontwikkelingen in mededingingswetgeving

⁵ <https://jbr.nl/actueel/ma-dynamiek-in-de-gezondheidszorg/>

⁶ <https://www.igj.nl/actueel/nieuws/2024/04/17/aanwijzing-co-med>

⁷ <https://pointer.kro-ncrv.nl/onderzoeken/dure-dierenartsen/media> en

[Britse keten koopt opnieuw Nederlandse dierenklinieken, invloed private equity groeit \(fd.nl\)](#)

⁸ [Overnamestrategie buy-and-build vraagt om aanpassing fusietoezicht kinderopvang - ESB](#)

⁹ <https://www.seo.nl/publicaties/de-markt-voorhttps://www.seo.nl/publicaties/de-markt-voor-kinderopvang/-kinderopvang/>

¹⁰ Felix Roscam Abbing, "De kunst van de onvoorspelbaarheid: hoe concentraties de speelbal van een politiek speelveld werden". In Markt & Mededinging 2023 | nr. 6

¹¹

- [Global trends in merger control enforcement 2024](#), p. 21
- [Antitrust agencies shine light on private capital roll-ups - A&O Shearman \(aoshearman.com\)](#)
- <https://ww.akingump.com/a/web/sYCpqHy2UND3fmn7DeG3aJ/8Q3eB4/the-road-ahead-for-private-equity-reflection-and-predictions.pdf>

Om toch toezicht te kunnen krijgen op concentraties die beneden de wettelijk voorgeschreven omzetrempels blijven hebben een aantal lidstaten van de Europese Unie al wel gekozen voor aanpassing van hun mededingingswetgeving.

Vaak was de Europese Concentratieverordening¹² daarvoor de inspiratie. Dit concentratietoezicht ging vaak vooraf aan toen nog nauwelijks bestaande nationale regelgeving. Zo werd op Nederlands verzoek toen Nederland nog geen concentratietoezicht had. Artikel 22 in de Concentratieverordening opgenomen. Dit artikel staat daarom ook wel bekend als de Dutch clause. Op grond van artikel 22 van die verordening kunnen nationale mededingingsautoriteiten een concentratie naar de Commissie verwijzen om deze te laten onderzoeken. In het Nederlands geval kan de ACM namens de Minister van Economische Zaken de Europese Commissie verzoeken om een concentratie te onderzoeken. De Europese Commissie kan ook een lidstaat uitnodigen om een verzoek op basis van artikel 22 te doen. Een toets op basis van artikel 22 kan enkel als het vermoeden bestaat dat die concentratie van invloed is op de handel tussen lidstaten en de mededinging in de desbetreffende lidstaat ernstig dreigt te verstoren.

Toen gaandeweg vrijwel alle lidstaten van de EU inclusief Nederland eigen nationaal concentratietoezicht kregen, werd artikel 22 min of meer overbodig. Echter is het artikel de afgelopen jaren weer in gebruik genomen door een beleidswijziging van de Commissie. Met name als het ging om het beoordelen van overnames beneden de Europese en nationale omzetrempels van innovatieve kleine ondernemingen door grote partijen. Daarbij bestaat de vrees dat machtige spelers bij voorbaat potentiële concurrenten willen uitschakelen, de eerder genoemde 'killer acquisitions'. Inmiddels heeft het Hof van Justitie uitspraak gedaan en bepaald dat artikel 22 alleen mag worden gebruikt in het geval een lidstaat geen regime van preventieve fusiecontrole heeft of de lidstaat op grond van nationale wetgeving zelf al bevoegd is om de concentratie te beoordelen. Voor concentraties beneden de nationale omzetrempels kan artikel 22 dus niet meer worden gebruikt tenzij de lidstaat beschikt over een instrument om die bevoegdheid te creëren.¹³

Een aantal EU-lidstaten heeft daarom de afgelopen jaren wel al zelf actie ondernomen om meer wettelijke middelen te krijgen om roll-up strategieën, meestal door private equity-bedrijven, te kunnen onderzoeken. Die hebben hun wetgeving aangevuld om de desbetreffende nationale mededingingsautoriteiten meer armsglag te geven. Het gaat daarbij doorgaans om het toevoegen van de mogelijkheid om op verzoek van die mededingingsautoriteit concentraties voor onderzoek "binnen te halen". Daarmee ontstaat een bevoegdheid om die concentraties door te verwijzen naar de Commissie op basis van artikel 22 of zo nodig te verbieden, ook al blijven die concentraties beneden de omzetrempels voor verplichte melding. Deze zogenaamde "call-in" bevoegdheid bestaat in de volgende landen.

In Zweden gelden op grond van de nationale mededingingswet twee omzetrempels (een internationale en een nationale) die ieder op zich overschreden moeten worden wil een concentratie bij de mededingingsautoriteit gemeld moeten worden. Echter in het geval er slechts maar een van de twee drempels wordt overschreden kan de Zweedse mededingingsautoriteit in het geval daar "bijzondere redenen" voor bestaan eisen dat de concentratie toch gemeld moet worden. Bij die bijzondere redenen die nodig zijn om van deze call-in bevoegdheid gebruik te maken kan het gaan om indicaties voor een verstoorde

¹² Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.

¹³ Uitspraak van het Hof van Justitie van 3/9/24 in Illumina/Commissie
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62022CJ0611>

marktmacht of concurrentieverstoring. Daarbij wordt gerefereerd aan een aaneenschakeling van ieder op zich kleine overnames door een grotere partij.¹⁴

Ook in IJsland is er sprake van twee wettelijke omzeldrempels. Daar geldt dat als de toezichthouder voor serieuze beperking van de mededinging vreest, die ook een concentratie mag onderzoeken ook als de partijen wereldwijd een lagere jaaromzet dan de wettelijke omzeldrempel hebben.¹⁵

In Noorwegen geldt dat bij het overschrijden van een omzeldrempel een concentratie moet worden aangemeld. De Noorse mededingingsautoriteit kan daarnaast een onderneming opdragen een concentratie aan te melden ook al valt die onder de omzeldrempels. Deze call-in is mogelijk als de autoriteit reden heeft om aan te nemen dat de concurrentie door de transactie zal worden verstoord of als andere bijzondere overwegingen erop wijzen dat nader onderzoek nodig is.¹⁶

In Italië gelden er nationale en internationale omzeldrempels die bij overschrijding verplichten om de concentratie bij de mededingingsautoriteit aan te melden. Daarnaast kan die autoriteit een concentratie ook laten aanmelden als er wezenlijke risico's voor de mededinging op de nationale markt of een aanzienlijk deel daarvan bestaan. Daarbij wordt tevens rekening wordt gehouden met de schadelijke gevolgen voor de ontwikkeling en verspreiding van kleine ondernemingen met innovatieve strategieën.¹⁷

Tenslotte in dit verband: ook de Ierse wetgeving kent twee omzeldrempels. En mochten die niet behaald worden kan de mededingingsautoriteit daar, door middel van een call-in bevoegdheid, toch een concentratie laten aanmelden als naar de mening van de autoriteit die concentratie gevolgen kan hebben voor de concurrentie.¹⁸

In Duitsland gelden eveneens wettelijke omzeldrempels. Daar is geen sprake van een call-in bevoegdheid in de zin zoals in bovengenoemde landen. In Duitsland kunnen bij uitzondering en onder specifieke voorwaarden lagere omzeldrempels gelden om een kleinere concentratie toch te kunnen onderzoeken. Er moeten dan wel indicaties zijn dat een voorgenomen concentratie de concurrentie binnen een bepaalde economische sector aanzienlijk kan gaan beperken. Daarvoor is nodig dat er voorafgaand een onderzoek naar verhoudingen binnen de desbetreffende sector is gedaan. Een dergelijk sectoronderzoek mag maximaal 18 maanden duren. Als het sectoronderzoek is afgerond kan de toezichthouder gedurende drie jaar bedrijven in die sector verplichten een fusie aan te melden. Daarbij geldt dan de verlaagde omzeldrempel van 50 miljoen euro bij de overnemende partij en 1 miljoen euro bij de over te nemen partij.¹⁹

3. Nederlands concentratietoezicht

¹⁴ Swedish Competition Act (2008:579), Chapter 4 Section 7 [LINK](#) en Erik Brändt Öfverholm, Philip Thorell & Antonia Malmgren "Swedish merger control under the thresholds. The "particular grounds" rule, its implications and inevitable demise(?)". [Link](#)

¹⁵ [44/2005: Samkeppnislög | Lög | Alþingi \(althingi.is\)](#)

¹⁶ <https://konkurransetilsynet.no/currently-reviewed/mergers-and-acquisitions/?lang=en>

¹⁷ <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/operazioni-di-concentrazione/legge-10-ottobre-1990-n-287>

¹⁸ [Competition \(Amendment\) Act 2022, Section 15 \(irishstatutebook.ie\)](#)

En: [Changes to the Merger Regime in Ireland - CCPC Business](#)

¹⁹

https://www.bundeskartellamt.de/DE/Aufgaben/Fusionen/Anmeldepflicht_Gegenstand/Anmeldepflicht_node.html#frage1

en [Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen \(GWB\) § 32f Maßnahmen nach einer Sektoruntersuchung](#)

In Nederland is het concentratietoezicht vastgelegd in de Mededingingswet. De bij een overname, fusie of joint venture betrokken ondernemingen moeten hun voornemen tot een concentratie bij de ACM melden wanneer die ondernemingen samen een jaaromzet van meer dan €150 miljoen hebben én wanneer minstens twee van de betrokken ondernemingen in Nederland ieder een jaaromzet van €30 miljoen of meer hebben. Bij concentraties van Europese omvang waarbij de betrokken ondernemingen een wereldwijde miljardenomzet hebben moeten die als er een communautair belang is op grond van de Europese Concentratieverordening bij de Europese Commissie worden gemeld.²⁰ Dit geldt voor alle EU-lidstaten.

Volgens de Mededingingswet toetst de ACM een concentratie in één of twee fases. De meldingsfase die bedoeld is als een korte eerste beoordeling van de concentratie. Als er na die eerste beoordeling geen mededingingsproblemen gevonden worden, mag de concentratie doorgaan. Als de ACM die wel vermoedt kan het bepalen dat er voor een concentratie een vergunning nodig is. In die vergunningsfase wordt een grondiger onderzoek naar eventuele mededingingsproblemen gedaan

Aan de eerste formele fase, de meldingsfase, kan nog een informele (vrijwillige) fase vooraf gaan. Betrokken ondernemingen die twifelen of zij op grond van de Mededingingswet wel melding moeten doen kunnen voorafgaand daaraan vragen stellen aan de ACM of om een informele zienswijze vragen. Dat laatste houdt in dat de ACM een voorlopig en informeel oordeel over de meldingsplicht voor de voorgenomen concentratie geeft. Een volgende mogelijke stap voorafgaand aan het doen van een melding is dat partijen contact op kunnen nemen met de ACM: de prenotificatiefase ter voorbereiding op de formele melding. In de prenotificatiefase kunnen partijen aangeven hoe zij een concentratie willen vormgeven, welke markten betrokken zijn, en hoe zij de concurrentie op die markten zien. Ook kunnen zij vragen aan de ACM welke informatie zij nodig heeft om de concentratie goed te kunnen beoordelen.. Dat kan in de vorm van een concept-melding.

Het vragenstellen, de informele zienswijze en de prenotificatiefase zijn niet aan termijnen gebonden. Ze bieden partijen en de ACM de mogelijkheid zich op een formele melding voor te bereiden en die soepeler te doen verlopen.

Na het doen van een melding gelden wel wettelijke termijnen en vormvereisten. Zo moet de ACM binnen vier weken na een melding een besluit hebben genomen (uitstel van het besluit is onder beperkte voorwaarden mogelijk). Het besluit kan zijn dat er geen bezwaren tegen de concentratie zijn of dat de ACM meldt dat er een vergunning voor de concentratie moet worden aangevraagd. (Over het verdere verloop van de procedure wordt hier verwezen naar de Werkwijze bij concentratiezaken van de ACM.²¹)

De conclusie is gerechtvaardigd dat op Nederlands niveau de wet- en regelgeving tekortschiet om overnames die mogelijk schadelijk zijn vooraf te kunnen beoordelen. Dat wil niet zeggen dat dergelijke concentraties bij voorbaat onwenselijk zijn. In tegendeel: bij de meeste concentraties zal geen reden zijn voor nader onderzoek. Echter komt de marktmeester nu nog niet eens aan de vraag toe of een concentratie beneden de drempels

²⁰ Artikel 1 van de EU-concentratieverordening over het toepassingsbereik van het concentratietoezicht: Het moet gaan over concentraties “met een communautaire dimensie”. Daarvan is sprake bij een wereldwijde omzet van de betrokken ondernemingen van tezamen 5 mld. euro of meer; als ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder 250 mln. euro omzet hebben tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan tweederde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde lidstaat behaalt. Daarnaast geldt een communautaire dimensie ook bij lagere drempels met bijkomende voorwaarden. Zie daarvoor verder daarvoor: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:32004R0139>

²¹ Ontleend aan de Werkwijze bij concentratiezaken (ACM), <https://www.acm.nl/system/files/documents/werkwijze-bij-concentratie-zaken.pdf>

zelfs maar onderzocht dient te worden. Daartoe ontbreekt de call-in bevoegdheid die in andere EU landen in verschillende vormen wel voorhanden is.

De ACM heeft laten weten uitbreiding van het toezichtinstrumentarium tegen onder andere kralenrijgen wenselijk te vinden²² en wijst op het gat dat er is bij overnames “die niet bij de ACM hoeven te worden gemeld en ook niet kunnen worden getoetst, maar toch concurrentieproblemen veroorzaken”. De ACM wijst er op dat het overgrote deel van die overnames niet tot marktmacht en dus mogelijke problemen leidt. Maar in het geval de overnemende partij een grote partij is die op basis van een doelbewuste strategie een innovatieve concurrent uit de markt haalt of kralen aan het rijgen is door één voor één kleine spelers over te nemen kan dat anders liggen. Gewezen wordt op recente overnames door private equity bedrijven van praktijken van dierenartsen en huisartsen via een roll-up strategie. Die leiden weliswaar tot vragen en onrust in de media, de politiek, bij patiënten en klanten en de vraag waar de toezichthouder is, maar zoals eerder is aangehaald, die laatste staat bij dit soort overnames meestal buitenspel bij gebrek aan een adequaat wettelijk instrument.

Aanpassing van de Mededingingswet

Enkele oplossingsrichtingen

Om te voorkomen dat door het genoemde kralenrijgen een onderneming onder de radar van het mededingingstoezicht kan blijven en daardoor een dominante positie kan verwerven of versterken moet de wetgeving aangepast worden. Er bestaan daarvoor meerdere mogelijkheden.

Door de wettelijke omzetrempels te verlagen zullen meer concentraties gemeld (en door de ACM beoordeeld) moeten worden. De vraag is hoeverre dat effectief is om de geconstateerde problemen te voorkomen. Bij een geringe verlaging van de omzetrempels zullen veel overnames alsnog buiten schot blijven. Bij een forse verlaging zullen nog meer meldingen gedaan moeten worden. Aangezien de meeste concentraties niet voor concurrentieproblemen zullen zorgen leidt een forse verlaging van de drempels onnodig tot een te grote stroom van meldingen. Met vooral meer administratieve lasten voor de (vooral kleine) bedrijven en forse verhoging van de toezichtkosten als gevolg.

In het verlengde hiervan zou overwogen kunnen worden om alleen voor specifieke sectoren lage drempels in te voeren. Namelijk voor sectoren waarvan al eerder duidelijk is geworden dat de marktverhoudingen verstoord zijn geraakt. Hiervoor is het voorbeeld van Duitsland al genoemd.

Het nadeel van lagere sectorale drempels is dat de toezichthouder dan pas kan gaan ingrijpen als het feitelijk al te laat is. Op dat moment is er waarschijnlijk al sprake van een belemmering van de concurrentie. Het terugdraaien van reeds (lang geleden) afgeronde concentraties kan vrijwel niet. Wat het toezicht dan slechts rest is alleen er nog voor zorgen dat nieuwe concentraties in die sector beperkt worden. Het gaat in dat geval hooguit om het tegengaan van verdere verstoringen zonder dat de scheefgegroeide verhoudingen rechtgetrokken kunnen worden. Bovendien speelt de problematiek van killer acquisities en seriële overnames beneden de overnamedrempels in meerdere sectoren.

Een derde oplossing om de genoemde problematiek van kralenrijgen onder omzetrempels aan te kunnen pakken betreft het invoeren van marktaandeeldrempels. In Spanje kan bijvoorbeeld een concentratie ook worden getoetst als dat tot een marktaandeel van 30% of meer op een relevante binnenlandse of regionale product- of dienstenmarkt leidt.²³ Het

²² <https://www.acm.nl/nl/publicaties/blog-martijn-snoep-kleine-overnames-grote-problemen>

²³ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Artículo 8.

nadeel hiervan is dat niet altijd duidelijk is hoe de markt moet worden gedefinieerd. Vragen zoals over hoe de relevante markt kan worden afgebakend, welke aanbieders daar zijn en wat hun marktaandeel is moeten eerst beantwoord worden wil een concentratie op basis van een marktaandeeldrempel getoetst kunnen worden. In de meeste gevallen zal dit veel tijd vergen en daarmee voor veel onzekerheid bij de betrokken ondernemingen zorgen.

De ACM pleit in het verlengde van wat er al in Zweden, IJsland, Noorwegen, Italië en Ierland mogelijk is voor het in de Mededingingswet opnemen van een “call-in bevoegdheid”. Daarmee moet de ACM de bevoegdheid krijgen om binnen een bepaalde periode een overname die onder de omzeldrempels blijft “naar binnen te halen” door aan te geven deze te willen onderzoeken.

Voorstel op hoofdlijnen

Om toezicht op concentraties beneden de drempels mogelijk te maken wordt voorgesteld om in de Mededingingswet een bepaling op te nemen dat de ACM bij uitzondering op de geldende omzeldrempels de bevoegdheid krijgt om melding van een concentratie te eisen waarvan de ACM reden heeft om aan te nemen dat die concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren.

Het moet de partijen bij voorgenomen concentraties onder de wettelijke drempels tijdig duidelijk worden of die concentratie doorgang kan vinden. Zo veel als mogelijk moet worden voorkomen dat als een concentratie eenmaal in gang is gezet of afgerond dat de ACM die achteraf nog gaat verbieden en dat die ontvlochten zou moeten worden. Bovendien moeten de administratieve en financiële lasten voor zowel de bedrijven als de toezichthouder in het oog gehouden worden. Bij de concrete uitwerking van de hier voorgestelde nieuwe bevoegdheid is het nodig om een evenwicht te bereiken tussen enerzijds het behouden van gezonde concurrentieverhoudingen en anderzijds de belangen van de betrokken partijen om een concentratie tot stand te brengen en het voorkomen van onnodige administratieve lasten.

Het uitgangspunt voor toepassing van de nieuwe bevoegdheid is de voorwaarde dat er sprake moet zijn van het risico dat door een concentratie de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan (lokaal of regionaal bepaald) op significante wijze zou kunnen worden belemmerd. De criteria op grond waarvan deze bevoegdheid kan worden ingeroepen, bij welke risico's voor de mededinging, worden niet expliciet in de wet zelf opgenomen. Het is niet mogelijk om bij voorbaat aan te geven wanneer er sprake is van genoemde risico's. Daarvoor verschillen de aard en omvang van de concentraties en de achterliggende markten te veel. In het algemeen, maar niet uitputtend, kan gesteld worden dat in het geval er op lokale of regionale markten een partij actief is om in korte tijd opeenvolgende overnames te plegen dat een indicatie kan zijn dat daar belemmeringen voor de concurrentie uit voort kunnen vloeien. Hetzelfde geldt als wanneer een al dominante onderneming een nieuwe opkomende potentiële concurrent voor een uitzonderlijk hoog bedrag uit de markt haalt.

Voorts kan er op gewezen worden dat de ACM de mogelijkheid heeft om op dit punt guidance te geven door bijvoorbeeld in beleidsregels uit te leggen wat in dit kader moet worden verstaan onder “concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt op significante wijze zouden kunnen belemmeren”. Bij de criteria die kunnen gelden kan men bij wijze van voorbeeld denken aan marktaandelen van de overnemende partij, de concentratie van de markt, eerdere overnames of signalen van consumenten of andere belanghebbenden. Daarnaast kan de ACM aan de hand van marktonderzoeken enige indicatie geven bij welke markten de genoemde risico's op

concurrentieverstoringsen zich kunnen voordoen. Aangezien dergelijke marktonderzoeken momentopnames zijn en marktverhoudingen snel kunnen veranderen, worden daarmee geen markten bij voorbaat van de nieuwe bevoegdheid uitgesloten. Ten slotte kunnen ondernemingen gebruik maken van de eerder genoemde vrijwillige informele stappen die vooraf kunnen gaan aan een mogelijke melding, of de voorgenomen concentratie vrijwillig bij de ACM melden.

Hieronder worden in hoofdlijnen de voorgestelde nieuwe bepalingen voor het aangevulde concentratietoezicht beschreven. Die bepalingen geven de ACM de bevoegdheid om concentraties die de omzeldrempels uit het bestaande concentratietoezicht niet overschrijden toch aan een concentratietoets te onderwerpen. Deze 'call-in' bevoegdheid volgt zoveel als mogelijk de bestaande beoordelingsprocedure voor concentraties zoals die nu in de Mededingingswet staat. Voor een meer gedetailleerde toelichting van de procedures wordt verwezen naar het artikelsgewijze deel van deze toelichting.

Wanneer ACM wil onderzoeken of een concentratie de mededinging op significante wijze zou kunnen belemmeren en daarom wil inroepen, kan de desbetreffende ondernemingen daaraan voorafgaand om gegevens en documenten worden gevraagd.

Ter wille van de ondernemingen is het zaak dat er zo kort als mogelijk onduidelijkheid blijft over de voortgang van een voorgenomen concentratie. Vandaar dat die gegevens of inlichtingen binnen vier weken nadat a) het voornemen tot een concentratie openbaar gemaakt werd of b) de ACM er kennis van nam of c) zes maanden nadat de overeenkomst waarmee de concentratie tot stand wordt gebracht van kracht werd. Daarbij geldt de vroegste van deze tijdstippen als uitgangspunt

Vervolgens kan de ACM binnen vier weken na de ontvangst van de gevraagde gegevens en documenten de verplichting opleggen een voorgenomen concentratie te melden en de totstandkoming van de concentratie gedurende het onderzoek verbieden. Wanneer een concentratie wordt ingeroepen dient deze te worden gemeld. Die melding volgt vervolgens het reguliere beoordelingsproces.

Na een onderzoek volgend op de melding kan de ACM bepalen dat er voor de concentratie een vergunning moet worden aangevraagd. Een vergunning kan onder voorwaarden worden verleend of kan worden geweigerd.

In het geval een concentratie op het moment dat de ACM daarvan hoogte krijgt reeds tot stand is gebracht, is een wat andere procedure nodig. Aangezien de concentratie dan al bestaat is een tijdelijk verbod niet meer zinvol. De ACM kan wel de concentratie, vergelijkbaar met het bestaande concentratietoezicht, na een melding nader onderzoeken. De uitkomst van dat onderzoek kan betekenen dat er een vergunning nodig is of dat er geen vergunning nodig is. De ACM kan in het geval van een besluit dat er geen vergunning nodig is aan dat besluit voorwaarden verbinden. In het geval een vergunning wordt geweigerd, moet de concentratie ongedaan worden gemaakt. Voor het aanvragen van een vergunning gelden voorts de reeds in de Mededingingswet opgenomen bepalingen²⁴.

Ook de reeds bestaande artikelen in de Mededingingswet over uitzonderingen, ontheffingen en de handhaving van het concentratietoezicht gaan voor bovenstaande nieuwe bepalingen gelden. Het gaat dan om het kunnen opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom door de ACM. Eveneens staan de met het huidige concentratietoezicht vergelijkbare bovenstaande besluiten open voor rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.

²⁴ Zie daarvoor ook de "Werkwijze bij concentratiezaken" van de ACM.

<https://www.acm.nl/system/files/documents/werkwijze-bij-concentratie-zaken.pdf>

Verhouding tot het communautaire concentratietoezicht

Binnen de Europese Unie vervult nationaal concentratietoezicht een complementaire rol ten opzichte van het communautaire concentratietoezicht, dat door de Commissie wordt uitgeoefend op basis van de concentratieverordening.²⁵ Deze verordening is pas van toepassing wanneer hoge omzeldrempels worden overschreden. Hierdoor is voor de meerderheid van de concentraties die binnen de Europese Unie voorkomen nationaal concentratietoezicht het relevante toetsingskader.

Uit het Europese recht vloeien geen dwingende eisen voort over hoe het nationale concentratietoezicht moet worden ingevuld. Het staat de lidstaten daarom vrij om te bepalen hoe zij hun nationale concentratietoezicht vormgeven. Nederland maakt van deze ruimte gebruik met het huidige concentratietoezicht zoals opgenomen in de Mededingingswet. Met dit wetsvoorstel wordt dit nationale concentratietoezicht aangevuld met een 'call in'-bevoegdheid voor de ACM. Net als bij het huidige concentratietoezicht in de Mededingingswet, is bij het vormgeven van dit wetsvoorstel aangesloten bij de in het communautaire concentratietoezicht gebruikte begrippen. Dit draagt bij aan uniformiteit in de uitvoering.

Het concentratietoezicht dat de Commissie uitoefent op grond van de concentratieverordening raakt op twee manieren aan het nationale concentratietoezicht van de lidstaten en daarmee ook aan de voorgestelde 'call in'-bevoegdheid voor de ACM, dat immers onderdeel zal worden van het nationale concentratietoezicht in Nederland. In de eerste plaats voorziet artikel 4, vijfde lid, van de concentratieverordening in de mogelijkheid voor ondernemingen om de Commissie te verzoeken hun concentratie te onderzoeken, ook al valt die concentratie onder de omzeldrempels van de concentratieverordening. Dit kan als de betreffende concentratie vatbaar is voor toetsing volgens de wetgeving van ten minste drie lidstaten.

In de tweede plaats voorziet de concentratieverordening in de mogelijkheid voor lidstaten om de Commissie te verzoeken om een concentratie, die onder de omzeldrempels van de concentratieverordening valt, te onderzoeken (artikel 22 van de concentratieverordening). Het moet dan gaan om een concentratie die de handel tussen de lidstaten beïnvloedt en in significante mate gevolgen dreigt te hebben voor de mededinging op het grondgebied van de lidstaat of de lidstaten van welke het verzoek uitgaat. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat de Commissie enkel dergelijke verzoeken kan inwilligen van lidstaten die op grond van hun nationale regels inzake het concentratietoezicht bevoegd zijn om de in het verzoek aan de orde zijnde concentratie te onderzoeken.²⁶

Financiële paragraaf

P.M.

Administratieve lasten

P.M.

²⁵ Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de "EG-concentratieverordening") (PbEU 2004, L 24).

²⁶ Arrest van het Hof van 3 september 2024, *Illumina Inc. en Grail LLC tegen Europese Commissie* (gevoegde zaken C-611/22 en C-625/22), punt 222.

Artikelsgewijze toelichting

Artikel 1, onderdeel A

Met onderhavig onderdeel wordt een nieuwe paragraaf 4a met regels over het voorgestelde 'call in'-instrument toegevoegd aan hoofdstuk 5 van de Mededingingswet, dat regels bevat met betrekking tot de beoordeling van concentraties. Vanwege de inzichtelijkheid is er voor gekozen om deze bepalingen in een aparte paragraaf op te nemen en deze niet te integreren in de bestaande bepalingen over het concentratietoezicht.

Het uitgangspunt van dit wetsvoorstel is dat de beoordeling van concentraties op grond van de bestaande regels van de Mededingingswet en op grond van voorgestelde 'call in'-bevoegdheid zo veel mogelijk gelijk zijn, zowel inhoudelijk als procedureel. Dit gebeurt in de eerste plaats door aan te sluiten bij de begrippen die worden gebruikt in het bestaande concentratietoezicht, zoals de definitie van het begrip 'concentratie' (zie de artikelen 27 en 28 van de Mededingingswet) en het begrip 'concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze [zouden kunnen] belemmeren, met name als het resultaat van het in leven roepen of versterken van een economische machtspositie'. Door het gebruik van deze begrippen wordt ook aangesloten bij de betekenis die deze begrippen hebben in het Europese mededingingsrecht. In de tweede plaats gebeurt dit door waar mogelijk de relevante bepalingen van het bestaande concentratietoezicht van (overeenkomstige) toepassing te laten zijn. Dit wordt hierna nader toegelicht bij de desbetreffende artikelen.

Hierna worden de voorgestelde nieuwe artikelen afzonderlijk toegelicht.

Artikel 49a

Eerste lid

Onderhavig artikel bevat de regels die gelden in de eerste fase van de zogeheten 'call in'-bevoegdheid. In deze fase maakt ACM kenbaar dat zij een concentratie wil onderzoeken. Deze bevoegdheid is beperkt tot concentraties die niet onder de reikwijdte van het bestaande concentratietoezicht vallen. Die reikwijdte is bepaald in artikel 29 van de Mededingingswet, waarin het reguliere concentratietoezicht wordt beperkt tot concentraties waarbij de gezamenlijke omzet van de bij de concentratie betrokken ondernemingen hoger ligt dan de twee in dat artikel bepaalde cumulatieve omzetrempels. De 'call in'-bevoegdheid heeft derhalve betrekking op concentraties waarbij de gezamenlijke omzet van de bij de concentratie betrokken ondernemingen lager ligt dan de twee in artikel 29 van de Mededingingswet bepaalde cumulatieve omzetrempels.

De ACM start het gebruik van de 'call in'-bevoegdheid door een verzoek om gegevens of documenten te doen bij de bij de concentratie betrokken ondernemingen. Het moet daarbij gaan om gegevens of documenten die redelijkerwijs nodig zijn voor de ACM om te kunnen beoordelen of een concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of versterken van een economische machtspositie. Dit laatste criterium is ook het centrale criterium in het huidige concentratietoezicht (zie artikel 37, tweede lid, en artikel 41, tweede lid, van de Mededingingswet).

Tweede lid

Het startpunt van de voorgestelde 'call in'-procedure is het moment dat de ACM een verzoek om gegevens doet. In het onderhavige lid wordt de bevoegdheid om een dergelijk verzoek te doen in de tijd beperkt. De ACM heeft op grond van dit lid vier weken de tijd om een dergelijk verzoek te doen na de vroegste van drie mogelijke tijdstippen: het tijdstip dat de concentratie

publiek bekend is gemaakt (onderdeel a), het tijdstip dat de ACM kennis verkrijgt van het voornemen om de concentratie tot stand te brengen (onderdeel b) of zes maanden nadat de overeenkomst waarmee de concentratie tot stand wordt gebracht van kracht wordt (onderdeel c).

De soorten concentraties die onder het toepassingsbereik van de voorgestelde 'call in'-bevoegdheid vallen, zijn divers van aard. De wijze waarop die concentraties tot stand kunnen komen en welke regels daarvoor gelden, zijn daarmee ook divers van aard. Dat betekent ook dat er geen algemene uitspraken kunnen worden gedaan over welke van de drie tijdstippen van toepassing zal zijn. Dat zal van geval tot geval bepaald moeten worden. Op basis van de ervaringen in het buitenland is de verwachting dat partijen die twifelen of de ACM een transactie naar binnen zal roepen zullen kiezen voor een vrijwillige "kenbaarmaking" aan de ACM.

Tot slot volgt uit dit lid dat het verzoek van de ACM gedaan kan worden nadat de concentratie tot stand is gebracht. Het moment waarop een concentratie tot stand wordt gebracht zal in beginsel bepaald worden in de overeenkomst tot het aangaan van de concentratie. Gelet op de tijdelijke rechtsonzekerheid die hiervan het gevolg kan zijn, is gekozen om de termijn voor het doen van het verzoek door de ACM te houden op maximaal zes maanden na de totstandkoming van de concentratie. Deze termijn is niet onredelijk omdat partijen er ook voor kunnen kiezen om de ACM vrijwillig in kennis te stellen van hun voornemen (onderdeel b). Een kortere termijn geeft partijen een reële optie om de concentratie enige tijd geheim te houden, zodat de ACM de mogelijkheid verliest om die te onderzoeken. Met een termijn van zes maanden wordt een redelijke balans gevonden tussen het voorkomen van misbruik door geheimhouding en rechtszekerheid.

Het gegeven dat de ACM ook na totstandkoming van een concentratie kan ingrijpen heeft tot gevolg dat dit wetsvoorstel ook voorziet in een procedure voor de beoordeling door de ACM van reeds tot stand gebrachte concentraties.

Derde en vierde lid

Op grond van het voorgestelde derde lid stelt de ACM, als zij een verzoek om gegevens of documenten op grond van het eerste lid heeft gedaan, een redelijke termijn waarbinnen de gegevens of documenten moeten worden aangeleverd. Het zal van geval tot geval verschillen welke gegevens of documenten de ACM nodig zal hebben om te kunnen beoordelen of de concentratie significante gevolgen voor de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan zou kunnen hebben en ook hoeveel tijd een onderneming nodig heeft om die gegevens te kunnen verstrekken. Het is daarom aan de ACM om een termijn te bepalen waarin de betrokken ondernemingen de gegevens redelijkerwijs zouden moeten kunnen leveren. Indien niet alle gegevens zijn verstrekt of als de gegevens onvoldoende blijken te zijn om de benodigde beoordeling te kunnen maken, kan de ACM voorts om aanvulling van de gegevens verlangen (het voorgestelde artikel 49a, vierde lid).

Artikel 49b

Eerste lid

De voorgestelde artikelen 49b en 49c bevatten de bepalingen die gelden voor de beoordeling van concentraties waarbij het uitgangspunt is dat die concentraties nog niet tot stand zijn gebracht (zie voor concentraties die wel tot stand zijn gebracht het voorgestelde artikel 49d en de toelichting hierbij). Bij de vormgeving van deze bepalingen is zo veel mogelijk aangesloten bij het bestaande concentratietoezicht, dat enkel van toepassing is op de beoordeling van concentraties die niet tot stand zijn gebracht. Belangrijk element van het bestaande concentratietoezicht is dat een verbod op het tot stand brengen van de concentratie geldt totdat aan de meldingsplicht is voldaan en de daaropvolgende beoordeling van de concentratie heeft plaatsgevonden (artikel 34, eerste lid, van de Mededingingswet). Op grond van de Mededingingswet gelden de meldingsplicht en dat verbod van rechtswege.

Bij het onderhavige 'call in'-instrument is het aan de ACM om te bepalen of zij het nodig acht om een concentratie te beoordelen. Dat doet zij door aan de bij een dergelijke concentratie betrokken ondernemingen een meldingsplicht op te leggen (het voorgestelde artikel 49b, eerste lid, onderdeel a, van de Mededingingswet) en een verbod op het tot stand brengen van de concentratie (het voorgestelde artikel 49b, eerste lid, onderdeel b, van de Mededingingswet). Dit verbod geldt totdat de melding is gedaan en vervolgens vier weken zijn verstreken. Hiermee geldt materieel hetzelfde als voor concentraties die vallen binnen het toepassingsbereik van het bestaande concentratietoezicht. Het tot stand brengen van een concentratie in strijd met dit verbod kan bestuursrechtelijk gesanctioneerd worden (zie de voorgestelde wijziging van artikel 74 van de Mededingingswet). Het gevolg is in dat geval tevens dat eventuele rechtshandelingen gericht op het tot stand brengen van de concentratie nietig zijn.

Tweede en derde lid

De ACM kan de verplichting tot melding en het tijdelijke verbod tot het tot stand brengen van de concentratie opleggen als zij van oordeel is dat er aanleiding bestaat dat de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of versterken van een economische machtspositie. Voor de beoordeling maakt de ACM gebruik van de gegevens en documenten die krachtens het voorgestelde artikel 49a van de Mededingingswet aan haar zijn verstrekt door de bij de concentratie betrokken partijen. Het opleggen van de meldplicht en het verbod dient plaats te vinden binnen vier weken nadat de termijn verlopen is die de ACM op grond van het voorgestelde artikel 49a, derde lid, van de Mededingingswet heeft gesteld (artikel 49b, tweede lid, van de Mededingingswet). Die termijn wordt opgeschort als de ACM om aanvullende gegevens verzoekt met toepassing van het voorgestelde artikel 49a, vierde lid, van de Mededingingswet (het voorgestelde artikel 49b, derde lid, van de Mededingingswet).

Vierde lid

In onderhavig lid worden verschillende bepalingen, die in de meldingsfase van het bestaande concentratietoezicht gelden, van overeenkomstige toepassing verklaard op een melding die wordt gedaan ter nakoming van een krachtens het eerste lid opgelegde meldplicht. Hierbij gaat het onder meer over de inhoud van de melding. Het is goed voorstelbaar dat het hierbij deels dezelfde gegevens en documenten betreft die al naar aanleiding van het verzoek (het voorgestelde artikel 49a, eerste lid, van de Mededingingswet) met de ACM zijn gedeeld.

Vijfde lid

Net als bij het bestaande concentratietoezicht (artikel 37, eerste lid, van de Mededingingswet), bepaalt dit voorgestelde artikellid dat de ACM naar aanleiding van een melding mededeelt of er een vergunning is vereist voor het tot stand brengen van de concentratie. De overige bepalingen over de mededeling in het huidige concentratietoezicht zijn van overeenkomstige toepassing verklaard op de mededeling die op grond van dit lid wordt gedaan. Dit betekent onder meer dat ook in het kader van het voorgestelde 'call in'-instrument aan de mededeling dat er geen vergunning is vereist, voorwaarden kunnen worden verbonden.

Artikel 39 van de Mededingingswet is niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Artikel 39, eerste lid, van de Mededingingswet is de nationaalrechtelijke evenknie van artikel 7, tweede lid, van de EG-concentratieverordening. Met deze bepalingen is beoogd te regelen dat concentraties die tot stand komen via een openbaar overnamebod of via een reeks van transacties met effecten om daarmee zeggenschap van meerdere verkopers te verkrijgen kan plaatsvinden als deze concentratie direct daarna alsnog aan de ACM wordt gemeld. Onder het voorgestelde 'call in'-instrument zal in deze gevallen de betreffende melding altijd gebeuren na een dergelijk openbaar overnamebod. Wel kan het zijn dat de overname in een dergelijk geval al heeft plaatsgehad voordat de melding is gedaan. Het voorgestelde artikel

49d van de Mededingingswet bevat een voorziening voor de beoordeling van dergelijke tot stand gebrachte concentraties.

Artikel 49c

Eerste lid

De ACM beoordeelt een melding die wordt gedaan ter nakoming van een opgelegde meldingsplicht op het criterium of er naar haar oordeel aanleiding bestaat om aan te nemen dat die de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie. Net als bij het bestaande concentratietoezicht (artikel 37, eerste lid, van de Mededingingswet), bepaalt dit voorgestelde artikellid dat de uitkomst van die beoordeling een mededeling aan de betrokken ondernemingen is. Als er reden is om aan te nemen dat de mededinging op significante wijze zou kunnen worden belemmerd, dan deelt de ACM mede dat een vergunning vereist is. Is die reden er niet, dan deelt de ACM mede dat geen vergunning vereist is. Laatstgenoemde mededeling kan onder voorwaarden worden gedaan. Wordt niet of onvoldoende gehandeld overeenkomstig die voorwaarden, dan geldt alsnog de verplichting om een vergunning aan te vragen. Het voorgestelde eerste lid van het nieuwe artikel 49c van de Mededingingswet bevat de benodigde regels. Deze regels komen overeen met de regels die in het bestaande concentratietoezicht gelden voor het beoordelen van gemelde concentraties. Om die reden zijn verschillende bepalingen uit de huidige Mededingingswet van overeenkomstige toepassing verklaard.

Tweede lid

Indien de ACM op grond van het voorgestelde eerste lid de mededeling heeft gedaan dat voor een concentratie een vergunning is vereist, dan geldt op grond van onderhavig artikellid een verbod om de concentratie tot stand te brengen zonder vergunning. Deze bepaling komt overeen met artikel 41, eerste lid, van de Mededingingswet.

Derde lid

Op grond van dit lid zijn de bepalingen over het verlenen van de vergunning uit het bestaande concentratietoezicht van overeenkomstige toepassing op het verlenen van een vergunning in het kader van het voorgestelde 'call in'- instrument. Hierbij gaat het om bepalingen over de beoordeling van de aanvraag (artikel 41, tweede tot en met vierde lid, van de Mededingingswet), over de aanvraag (artikel 42 van de Mededingingswet), de beslistermijn (artikel 44 van de Mededingingswet), een grondslag voor het intrekken van de vergunning (artikel 45 van de Mededingingswet) en de mogelijkheid dat de Minister van Economische Zaken de vergunning verleent nadat de ACM de aanvraag heeft geweigerd (artikel 47 tot en met 49 van de Mededingingswet).

Artikel 49d

Eerste lid

Onderhavig artikel heeft betrekking op de situatie dat de concentratie al tot stand is gebracht op het moment dat de ACM besluit dat de concentratie gemeld moet worden op grond van het voorgestelde artikel 49b, eerste lid. Bij de formulering van deze bepaling is aangesloten bij de formulering van het huidige artikel 39 van de Mededingingswet, die voor het huidige mededingingstoezicht een voorziening bevat voor een concentratie die wordt gemeld bij de ACM nadat die tot stand is gebracht (dit betreft concentraties die tot stand komen via een openbaar overnamebod of via een reeks van transacties met effecten om daarmee zeggenschap van meerdere verkopers te verkrijgen).

In deze gevallen, waarin de concentratie tot stand is gebracht, heeft een verbod op het tot stand brengen van de concentratie geen toegevoegde waarde. Om die reden is in het

voorgestelde eerste lid van artikel 49d van de Mededingingswet bepaald dat het verbod op het tot stand brengen van de concentratie in de meldingsfase (het voorgestelde artikel 49b, eerste lid, onderdeel b, van de Mededingingswet) en in de vergunningsfase (het voorgestelde artikel 49c, tweede lid, van de Mededingingswet) niet van toepassing zijn op die concentraties.

Tweede lid

In het voorgestelde tweede lid is bepaald, overeenkomstig het huidige artikel 39, tweede lid, van de Mededingingswet, welke gevolgen de 'call in'-procedure kan hebben voor de tot stand gebrachte concentratie. In het geval een vergunning wordt vereist, zijn er twee relevante situaties. In de eerste plaats als de ACM geen vergunning verleent voor de concentratie, omdat de aanvraag wordt geweigerd of ingetrokken of als er geen vergunning wordt aangevraagd. In die gevallen moet de concentratie binnen dertien weken na die gebeurtenis ongedaan worden gemaakt (artikel 49d, tweede lid, onderdeel a). In de tweede plaats kan de vergunning onder beperkingen worden verleend of kunnen aan de vergunning voorschriften worden verbonden. In die gevallen moet de concentratie binnen dertien weken na het verlenen van de vergunning in overeenstemming worden gebracht met die beperkingen of voorschriften (artikel 49d, tweede lid, onderdeel b).

Naast deze twee soorten gevallen waarin de uitkomst is dat de concentratie ongedaan moet worden gemaakt of worden aangepast, bestaat er ook de mogelijkheid dat de concentratie ongemoeid kan worden gelaten. Dit is het geval als de ACM mededeelt dat geen vergunning is vereist en als de ACM de vergunning zonder beperkingen of voorschriften verleent. Voor deze gevallen is geen regeling in het wetsvoorstel nodig. Een bijzonder geval is als de ACM de mededeling dat geen vergunning is vereist onder voorwaarden doet. Als aan de voorwaarden wordt voldaan, dan zijn er geen gevolgen. Wordt niet aan de voorwaarden voldaan, dan is sprake van een overtreding. In dat laatste geval kan de ACM op grond van het huidige artikel 75 van de Mededingingswet een boete opleggen en partijen alsnog de voorwaarden laten naleven met een last onder dwangsom.

Artikel 49e

Eerste lid

Het huidige mededingingstoezicht voorziet in de mogelijkheid om ontheffing te verkrijgen van de stand still verplichtingen in de meldingsfase en de vergunningsfase (zie de artikelen 40 en 46 van de Mededingingswet). Deze mogelijkheid is bedoeld voor situaties waarin het wachten met het tot stand brengen van de concentratie tot schade leidt, die niet kan worden voorkomen door het wachten op de uitkomst van de procedure. Deze ontheffingsmogelijkheden zijn voor de 'call in'-procedure in het voorgestelde artikel 49e, eerste lid, van de Mededingingswet opgenomen.

Tweede en derde lid

Uit het oogpunt van uniformiteit zijn de relevante bepalingen uit het reguliere mededingingstoezicht van overeenkomstige toepassing verklaard. Het betreft de mogelijkheid om de ontheffing onder beperkingen te verlenen of voorschriften aan de ontheffing te verbinden (de artikelen 40, tweede lid, en 46, tweede lid, van de Mededingingswet). Ook is bepaald dat de concentratie binnen dertien ongedaan moet worden gemaakt als uiteindelijk geen vergunning wordt verleend (de artikelen 40, derde lid, onderdeel a, en 46, derde lid, van de Mededingingswet). Tot slot moet de concentratie binnen dertien weken in overeenstemming worden gebracht met eventueel aan een vergunning verbonden beperkingen en voorschriften (de artikelen 40, derde lid, onderdeel b, en 46, vierde lid, van de Mededingingswet).

Artikel I, onderdeel B

Artikel 73 van de Mededingingswet geeft de bevoegdheid aan de ACM om een bestuurlijke boete op te leggen als een onderneming onjuiste of onvolledige gegevens verstrekt bij het melden van een concentratie of bij een aanvraag om een vergunning voor een concentratie. Middels onderhavige wijziging wordt deze bevoegdheid uitgebreid naar het verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens in het kader van het voorgestelde 'call in'-instrument.

Artikel I, onderdeel C

Artikel 74 van de Mededingingswet geeft de bevoegdheid aan de ACM om een bestuurlijke boete op te leggen bij overtredingen van de verschillende verplichten en verboden die gelden op grond van het bestaande mededingingstoezicht. Middels onderhavige wijziging wordt deze bevoegdheid uitgebreid naar de verplichtingen en verboden die gelden in het kader van het voorgestelde 'call in'-instrument.

Artikel II

Bijlage 1 bij de Algemene wet bestuursrecht bevat een opsomming van besluiten waartegen geen bezwaar mogelijk is. De besluiten op grond van het huidige concentratietoezicht staan in die opsomming. Dit vanwege het feit dat het hier geen punitieve besluiten betreft waartegen altijd bezwaar en beroep in twee instanties mogelijk moet zijn en omdat hiermee de duur van de procedure wordt verkort, hetgeen in het belang is van alle partijen. Met onderhavige geldt deze voorziening ook voor besluiten in het kader van het voorgestelde 'call in'-instrument.

Artikel III

Op grond van dit voorgestelde artikel zal inwerkingtreding van de wet geschieden bij koninklijk besluit. Dit maakt het mogelijk om de inwerkingtreding af te stemmen op het kabinetsbeleid inzake de vaste verandermomenten en de minimale periode tussen publicatie en inwerkingtreding van wetten. Hierbij zal met name ook rekening gehouden worden met een voldoende voorbereidingstijd voor de ACM en de betrokken ondernemingen.
