

## ADVIES

Aan:	Algemene Raad
Van:	Adviescommissie mededingingsrecht
Datum:	14 april 2025
Betreft:	<b>Wet inroepbevoegdheid Autoriteit Consument &amp; Markt (ACM)</b>

## SAMENVATTING

### Conclusie

De adviescommissie mededinging heeft bedenkingen bij het huidige voorstel voor de Wet tot wijziging van de Mededingingswet in verband met de uitbreiding van het concentratietoezicht (Wet inroepbevoegdheid ACM). Het creëren van de inroepbevoegdheid voor concentraties (fusies en overnames) onder de omzetrempels bedoeld in artikel 29 Mededingingswet zonder duidelijk toetsingskader en enige materiële beperking heeft een negatieve invloed op de rechtszekerheid en leidt tot een verhoging van de administratieve lasten voor ondernemingen die concentraties willen aangaan, alsmede voor de Autoriteit Consument & Markt.

### Kernpunten

- I. Het huidige concentratietoezicht door de Autoriteit Consument & Markt op basis van de Mededingingswet kent een heldere en voorspelbare systematiek: een voorafgaande melding is verplicht indien bepaalde omzetrempels worden overschreden. Is dat niet zo, dan kan de transactie niet meer op basis van concentratiecontroleregels worden onderzocht;
- II. Uit recente EU-jurisprudentie volgt dat mededingingsautoriteiten de bevoegdheid hebben om niet-meldingsplichtige concentraties (achteraf) te toetsen aan het verbod op misbruik van een economische machtspositie bedoeld in artikel 102 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. Hetzelfde lijkt te gelden voor het kartelverbod in dat verdrag. De Autoriteit Consument & Markt maakt van deze bevoegdheden in de praktijk sinds kort gebruik, waardoor de Autoriteit Consument & Markt dus wel mogelijkheden heeft om concentraties onder de meldingsdrempel te onderzoeken;
- III. Volgens de indieners van het Wetsvoorstel dient de Autoriteit Consument & Markt een inroepbevoegdheid te krijgen met het oog op de beoordeling van twee categorieën van niet-meldingsplichtige concentraties:
  - o Transacties op basis van een strategie van "kralen rijgen" waarbij een onderneming in relatief korte tijd veel kleinere overnames doet en zo een groot marktaandeel verwerft;
  - o "*Killer acquisitions*": innovatieve start-ups die in een vroeg stadium worden gekocht door een onderneming met een andere onderneming (met een economische machtspositie);
- IV. Het Wetsvoorstel leidt tot rechtsonzekerheid:
  - o Het is minder aannemelijk dat de Autoriteit Consument & Markt een kartelinbreuk of misbruik van een economische machtspositie vaststelt in verband met een niet-meldingsplichtige concentratie dan dat de Autoriteit Consument & Markt na gebruikmaking van een inroepbevoegdheid op basis van concentratietoezicht een transactie verbiedt of ongedaan doet maken;
  - o De inroepbevoegdheid in het Wetsvoorstel is ongeclausuleerd waar het de sectoren betreft en kent geen andere toepassingsvoorwaarden zoals het behalen van een bepaalde transactiewaarde;

Bezoekadres  
Prinses Beatrixlaan 5  
2595 AK Den Haag  
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres  
Postbus 30851  
2500 GW Den Haag

- Bepaalde begrippen in het Wetsvoorstel, zoals die betreffende aanvang van de termijn voor inroepen, zijn onvoldoende duidelijk;
  - De initiatiefnemers erkennen dat het Wetsvoorstel tot een vermindering van rechtszekerheid leidt; en
  - Het Wetsvoorstel wijkt af van de call in regimes in andere lidstaten van de Europese Unie.
- V. Het Wetsvoorstel creëert aanzienlijke administratieve lasten voor zowel ondernemingen als de Autoriteit Consument & Markt:
- Ondernemingen die transacties willen aangaan zullen in voorkomend geval voorafgaand aan een transactie economisch onderzoek moeten (laten) doen;
  - Er zullen meer (informele) concentratiemeldingen bij de Autoriteit Consument & Markt worden gedaan; en
  - De doorlooptijd van de meldingsprocedures bij de Autoriteit Consument & Markt zal toenemen.

\*\*\*

## CONSULTATIEREACTIE

### *Inleiding*

Het voorstel voor de Wet tot wijziging van de Mededingingswet in verband met de uitbreiding van het concentratietoezicht (Wet inroepbevoegdheid ACM) ("**Wetsvoorstel**") introduceert een inroepbevoegdheid voor de Autoriteit Consument & Markt ("**ACM**") door middel van het toevoegen van een nieuwe paragraaf in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet ("**Mw**") dat ziet op het concentratietoezicht van de ACM. Hoofdstuk 5 Mw onderwerpt de totstandkoming van bepaalde fusies, overnames en gemeenschappelijke ondernemingen (joint venture) aan voorafgaand toezicht door de ACM.

Artikel 27 Mw definieert het begrip 'concentratie' samengevat als i) het fuseren van twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen, ii) het direct of indirect verkrijgen van zeggenschap in een of meer ondernemingen of iii) het oprichten van een gemeenschappelijke onderneming (joint venture) die duurzaam de functies van een zelfstandige onderneming vervult. De bepalingen van hoofdstuk 5 Mw zijn van toepassing op deze concentraties indien zij tevens voldoen aan de omzetrempels van artikel 29 Mw. Concentraties waarbij de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen hoger is dan 150 miljoen euro en waarvan ten minste twee van de betrokken ondernemingen een omzet in Nederland behalen van ten minste 30 miljoen euro moeten op grond van artikel 29 Mw worden gemeld bij de ACM.

Concentraties die niet voldoen aan deze omzetrempels vallen op grond van de huidige bepalingen van de Mw buiten de reikwijdte van het concentratietoezicht van de ACM. De inroepbevoegdheid zoals neergelegd in het Wetsvoorstel voorziet in een nieuwe bevoegdheid voor de ACM om concentraties onder de omzetrempels alsnog te kunnen onderwerpen aan het concentratietoezicht.

Kort gezegd valt het reguliere concentratietoezicht van de ACM uiteen in twee fases; in de 1<sup>e</sup> (meldings)fase beoordeelt de ACM binnen vier weken of er redenen zijn om aan te nemen dat de implementatie van de concentratie op significante wijze de mededinging op de Nederlandse markt zou kunnen belemmeren en als gevolg daarvan een vergunning voor de betrokken ondernemingen vereist is om de concentratie te kunnen implementeren. Is dit het geval dan zal voor de implementatie van de concentratie een 2<sup>e</sup> fase (vergunningsfase) moeten worden doorlopen om voor de implementatie van de concentratie een vergunning van ACM te verkrijgen. De partijen die een concentratie hebben geïmplementeerd die niet is aangemeld bij de ACM terwijl dat wel had moeten, kunnen worden beboet. Als een dergelijke concentratie een significante belemmering van de mededinging inhoudt, kan de ACM de betreffende onderneming gelasten om de concentratie ongedaan te maken op basis van haar bevoegdheid om een last onder dwangsom op te leggen. Voor concentraties ten aanzien waarvan een ontheffing van de meldingsplicht geldt, kent op basis van artikel 39 en 40 Mw *ex post* concentratietoezicht. Dat wil zeggen dat een ongedaanmakingsverplichting achteraf kan ontstaan indien en zodra de ACM mededeelt dat een vergunning vereist was en die vergunning wordt niet aangevraagd, ingetrokken of geweigerd. Sinds de inwerkingtreding van de Mw is geen van deze bevoegdheden ingezet door de ACM.

Sinds de introductie in 1998 is een kenmerkend aspect van het concentratietoezicht in Nederland dat wanneer een concentratie onder de hierboven beschreven meldingsdrempels blijft deze buiten het bereik van het concentratietoezicht van de ACM valt. Transacties tussen of door ondernemingen die een omzet genereren onder de in de Mw gedefinieerde omzetrempels zullen, zo was de

gedachte, vermoedelijk een beperkt negatief effect hebben op de mededinging.<sup>1</sup> Een ACM-toets voor deze categorie overnames zou tot onnodige administratieve lasten leiden. De omzetrempels verschaffen daarmee rechtszekerheid en een duidelijk toetsbaar criterium om voorafgaand aan een transactie te beoordelen of hiervoor goedkeuring moet worden verkregen.

Het Nederlandse stelsel is in sterke mate geïnspireerd door het systeem van Verordening (EG) 139/2004 (“**Concentratieverordening**”) waar ook omzetrempels worden gehanteerd en waarbij er een subsidiariteitsbeginsel geldt: concentraties met een zogenaamde communautaire dimensie (die de omzetrempels overschrijden die in de artikel 1 lid 2 Concentratieverordening staan omschreven) dienen in principe enkel door de Europese Commissie te worden onderzocht, alhoewel nationale mededingingsautoriteiten onder omstandigheden een verwijzingsbevoegdheid hebben. Concentraties die geen communautaire dimensie hebben dienen door nationale mededingingsautoriteiten te worden onderzocht voor zover hun nationale mededingingsregimes een bevoegdheid creëren om bepaalde concentraties te onderzoeken.

### ***Kern van de voorgestelde inroepbevoegdheid voor de ACM***

Met het Wetsvoorstel zou de ACM ten aanzien van concentraties die onder de omzetrempels in artikel 29 Mw vallen een informatieverzoek kunnen delen met de betrokken ondernemingen.<sup>2</sup> Dat verzoek wordt gedaan binnen vier weken na de vroegste van de volgende tijdstippen:

- a. het tijdstip waarop een van de bij de concentratie betrokken ondernemingen het voornemen om de concentratie tot stand te brengen in Nederland publiek kenbaar heeft gemaakt;
- b. het tijdstip waarop de ACM kennis verkrijgt van het voornemen om de concentratie tot stand te brengen; of
- c. zes maanden na het tijdstip waarop de overeenkomst waarmee de concentratie tot stand wordt gebracht van kracht wordt;

Noch het Wetsvoorstel noch de Memorie van Toelichting maken duidelijk of het nu echt om een vervaltermijn gaat. Sterker nog, in die Memorie van Toelichting wordt opgemerkt 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.”*<sup>3</sup>

Nadat de ACM de gevraagde informatie heeft ontvangen, moet zij binnen vier weken beslissen of van de inroepbevoegdheid gebruik wordt gemaakt vanwege het risico dat de concentratie potentieel leidt tot een significante belemmering van de mededinging.<sup>4</sup> Indien de ACM daartoe overgaat, zal de concentratie alsnog de reguliere fusiecontroleprocedure moeten doorlopen bestaande uit een (1<sup>e</sup>) meldingsfase en – voor zover nodig – een 2<sup>e</sup> vergunningsfase.<sup>5</sup> Bij het besluit binnen uiterlijk vier weken om de inroepbevoegdheid aan te wenden, wordt naast de meldingsverplichting ook de ‘*standstill*’ verplichting van toepassing op grond waarvan de concentratie niet mag worden geïmplementeerd zonder goedkeuringsbesluit van de ACM.<sup>6</sup> Er kan echter geen *standstill* verplichting worden opgelegd ten aanzien van concentraties die reeds zijn geïmplementeerd voordat

<sup>1</sup> Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet, Kamerstukken II, 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 32 en 34.

<sup>2</sup> Artikel 49a Wetsvoorstel.

<sup>3</sup> Memorie van Toelichting Wetsvoorstel, pag. 12, toelichting bij artikel 49a lid 2 Wetsvoorstel.

<sup>4</sup> Artikel 49b Wetsvoorstel.

<sup>5</sup> Artikel 49c Wetsvoorstel.

<sup>6</sup> Artikel 49b lid 1 sub b en artikel 49c lid 2 Wetsvoorstel.

de in het Wetsvoorstel bedoelde meldingsplicht van toepassing is.<sup>7</sup> Indien de ACM echter uiteindelijk geen goedkeuring geeft aan de ingeroepen concentratie, dient deze concentratie in dat geval alsnog te worden teruggedraaid.<sup>8</sup>

Wat betreft de doorlooptijd van deze inroepbevoegdheid moet nog wordt aangetekend dat de gestelde wettelijke termijnen worden geschorst op het moment dat de ACM de betrokken partijen vraagt om aanvullende informatie. Pas wanneer de betrokken partijen de aanvullende informatieverzoeken van de ACM hebben beantwoord lopen de wettelijke termijnen van vier weken verder af.

### ***Initiatieven van mededingingsautoriteiten om de bestaande bevoegdheden ruim toe te passen***

#### *Illumina/Grail*, artikel 22 Concentratieverordening en *killer acquisitions*

De hiervoor beschreven werking van het concentratietoezicht kwam in 2021 ter discussie te staan door een beleidswijziging van de Europese Commissie (“**Commissie**”) die artikel 22 van de Concentratieverordening wilde inzetten om meer concentraties te onderzoeken. Op grond van dat artikel kunnen lidstaten de Commissie verzoeken om een concentratie zonder EU-dimensie te onderzoeken indien deze concentratie invloed heeft op de handel tussen de EU-lidstaten en in significante mate gevolgen dreigt te hebben voor de mededinging op het grondgebied van een lidstaat of meerdere lidstaten. De Commissie kan lidstaten ook oproepen om dergelijke verzoeken in te dienen. Oorspronkelijk was dat artikel bedoeld om te worden ingezet door de EU-lidstaten die op dat moment nog geen nationaal concentratietoezicht kenden, waar Nederland er één van was (waardoor het artikel de bijnaam “*the Dutch clause*” kreeg). In 2021 publiceerde de Commissie een beleidsdocument waardoor de inmiddels lange tijd ongebruikte *Dutch clause* een nieuwe invulling kreeg als verwijzingsmechanisme.<sup>9</sup> Namelijk als middel om in het bijzonder zogenoemde “*killer acquisitions*” te kunnen onderzoeken. Met het begrip *killer acquisitions* wordt bedoeld de overname van innovatieve opkomende bedrijven met nog geen of verwaarloosbare omzet door een onderneming met een sterke marktpositie. De Commissie had met name zorgen over dit soort overnames in de digitale en farmaceutische industrie, maar wilde zich niet per se tot die markten beperken bij de toepassing van artikel 22 Concentratieverordening.<sup>10</sup>

In het *Illumina/Grail arrest* kwam het Hof van Justitie van de Europese Unie (“**Hof**”) tot het oordeel dat artikel 22 Concentratieverordening niet bedoeld is om concentraties te beoordelen die geen EU-dimensie hebben (en daarom in beginsel buiten het concentratietoezicht van de Commissie vallen) en ook niet voldoen aan de meldingsvereisten van het concentratietoezicht van een EU-lidstaat.<sup>11</sup> De Concentratieverordening is opgesteld om voorspelbaarheid en rechtszekerheid te waarborgen, maar volgens het Hof zouden deze beginselen worden ondermijnd door deze nieuwe toepassing van artikel 22, dat nooit voor het nieuwe doel van de Commissie was bedoeld. Mededingingsautoriteiten kunnen volgens het Hof artikel 22 Concentratieverordening uitsluitend inzetten als het nationale concentratietoezicht van toepassing is. Een concentratie moet dus voldoen aan de omzeldrempels

<sup>7</sup> Artikel 49d lid 1 Wetsvoorstel.

<sup>8</sup> Artikel 49d lid 2 Wetsvoorstel.

<sup>9</sup> Mededeling van de Commissie van 31 maart 2021, Handvatten voor de toepassing van het verwijzingsmechanisme van artikel 22 van de concentratieverordening op bepaalde categorieën zaken: [eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331(01)).

<sup>10</sup> Ibid, pag. 9.

<sup>11</sup> Gerecht 13 juli 2022 in zaak T-227/21, ECLI:EU:T:2022:447; HvJ EU in zaken C- C-611/22 P en C-625/22 P, 3 september 2024, ECLI:EU:C:2024:677.

in ten minste één nationale EU-lidstaat. Alle lopende concentratieonderzoeken die de Commissie eerder was gestart op grond van artikel 22 Concentratieverordening zijn naar aanleiding van de uitspraak gestaakt.

De uitspraak was aanleiding voor de Commissie om een persbericht uit te sturen waarin zij benadrukte dat zij nog steeds transacties zou kunnen beoordelen op grond van artikel 22 Concentratieverordening, wanneer de nationale mededingingsautoriteiten aan de hand van een zogenoemde call-in bevoegdheid in het nationale recht bevoegd zouden zijn om de concentratie te beoordelen.<sup>12</sup> Die bevoegdheid bestaat momenteel in een aantal EU- en EER-lidstaten en wordt ook in het kader van artikel 22 in de EU weer ingezet.<sup>13</sup> Een verwijzing van de Italiaanse mededingingsautoriteit naar aanleiding van een overname die chipmaker Nvidia heeft gedaan, wordt thans aangevochten bij het Gerecht omdat deze inroepbevoegdheid volgens Nvidia evenmin verenigbaar zou zijn met de Concentratieverordening.<sup>14</sup> Dit laat uiteraard onverlet de bevoegdheid van een nationale wetgever om een inroepbevoegdheid voor een eigen mededingingsautoriteit te introduceren, maar illustreert wel het spanningsveld dat kan bestaan tussen rechtszekerheid en een nationale inroepbevoegdheid.

#### Toetsing van concentraties op grond van artikel 101 en 102 VWEU

Artikel 101 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (“**VWEU**”) verbiedt overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de mededinging kunnen beperken en de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden. Artikel 102 VWEU verbiedt ondernemingen met een machtspositie om misbruik van die machtspositie te maken. Deze twee artikelen (waarvan respectievelijk artikel 6 en 24 Mw de nationale evenknieën zijn) vormen samen de kern van het zogenoemde mededingingsrechtelijke gedragstoezicht, dat met name is gericht op het achteraf sanctioneren van mededingingsbeperkend gedrag. Voordat er concentratietoezicht in de EU werd geïntroduceerd in 1990, heeft de Commissie deze verdragsbepalingen een aantal keren ingezet om concentraties te onderzoeken die negatieve gevolgen konden hebben voor de mededinging.<sup>15</sup>

Tot enkele jaren geleden werd aangenomen dat door de introductie van het EU-concentratietoezicht, concentraties niet meer konden worden beoordeeld op grond van artikelen 101 en 102 VWEU (of die concentraties nu wel of niet onder het EU of nationale concentratietoezicht vielen). Daar is relatief recent verandering in gekomen. In maart 2023 deed het Hof namelijk uitspraak in de *Towercast* zaak en oordeelde dat concentraties die niet meldingsplichtig zijn op grond van de EU en nationale meldingsregimes kunnen resulteren in misbruik van een economische machtspositie en dus door nationale mededingingsautoriteiten getoetst kunnen worden aan artikel 102 VWEU.<sup>16</sup> De Franse Autorité de la Concurrence en de Belgische Mededingingsautoriteit zijn eerder al onderzoeken gestart waarbij niet-meldingsplichtige transacties weer worden getoetst aan artikel 101 en 102

<sup>12</sup> Persbericht van Commissaris Mededinging Vestager van 3 september 2024: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement\\_24\\_4525](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_24_4525)

<sup>13</sup> Denemarken, Hongarije, IJsland, Ierland, Italië, Litouwen, Noorwegen, Slovenië en Zweden. In een aantal van de genoemde landen gelden wel nog gezamenlijke omzet- of marktaandeeldrempels voor de nationale mededingingsautoriteiten om die inroepbevoegdheid in te zetten.

<sup>14</sup> Beroep ingesteld op 10 januari 2025 in zaak T-15/25 (*Nvidia / Commissie*). Persbericht van de Commissie van 20 december 2024: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_24\\_6548](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_6548).

<sup>15</sup> Hof van Justitie 21 februari 1973 in zaak 6-72 (*Continental Can*) ECLI:EU:C:1973:22 en Hof van Justitie 17 november 1987 in gevoegde zaken 142 en 156/84 (*British-American Tobacco*) ECLI:EU:C:1987:490.

<sup>16</sup> HvJ EU 16 maart 2023 in zaak C-449/21, (*Towercast*) ECLI:EU:C:2023:207.

VWEU en waarbij het *Towercast*-arrest wordt ingeroepen om hun optreden te rechtvaardigen.<sup>17</sup> De ACM heeft in haar beschikkingspraktijk de toepassing van de doctrine ook al bevestigd<sup>18</sup> en recent is de ACM ook een onderzoek gestart naar de niet meldingsplichtige overname van Ziemann door Brinks op basis van het verbod op misbruik van een machtspositie.<sup>19</sup>

Deze toepassing van artikel 101 en 102 VWEU, en de Nederlandse equivalente verbodsbepalingen, brengt onzekerheid voor ondernemingen met zich, zeker in het licht van het feit dat na *Towercast* enkele fundamentele rechtsvragen over de handhaving daarvan door de nationale toezichthouder blijven bestaan.<sup>20</sup> Het Nederlandse concentratiecontroleregime biedt hierdoor minder houvast en zekerheid dan het voorheen deed, of in elk geval in de perceptie van ondernemingen heeft gehad.

### ***Beweegredenen waarom de ACM voor een inroepbevoegdheid pleit***

Bij de invoering van de Mw in 1998 was rechtszekerheid de reden waarom concentraties onder de omzeldrempels buiten de reikwijdte van het concentratietoezicht van de ACM vielen. Het belang van een goede balans tussen effectief concentratietoezicht en rechtszekerheid is door het Hof andermaal onderstreept in de zaak *Illumina/Grail*. Desalniettemin meent de ACM dat met het verlies van de verwijzingsbevoegdheid op grond van artikel 22 Concentratieverordening een aantal mogelijk voor de mededinging schadelijke transacties toch buiten het concentratietoezicht vallen.

Deze vallen uiteen in – kortgezegd – ‘*killer acquisitions*’ en marktspelers die ‘kralenrijg’strategieën toepassen om een dominante marktpositie te verwerven. Bij de bespreking van de *Illumina/Grail* uitspraak hiervoor is al kort ingegaan op wat wordt verstaan onder *killer acquisitions*.

Met de tweede categorie van *kralen rijgen* wordt een strategie bedoeld waarmee marktspelers een reeks kleinere ondernemingen overnemen en daarmee mogelijk in staat zijn om in de loop van de tijd een dominante marktpositie op te bouwen. De initiatiefnemers van het Wetsvoorstel signaleren dat deze strategie al wordt gebruikt door *private equity* partijen die bijvoorbeeld in de dierenartssector, IT-dienstverlening of specialistische zorg (huisartsen of tandartsen) door deze strategie een sterke regionale marktpositie opbouwen.<sup>21</sup> De individuele kleinere overnames blijven onder de omzeldrempels, terwijl de overnemende partij in de loop van de tijd door middel van deze strategie een dominante marktpositie zou kunnen opbouwen.

<sup>17</sup> In mei 2024 heeft de AdC vijf fusies in de vleesverwerkingssector onderzocht op grond van artikel 101 VWEU en zijn Franse equivalent (artikel L. 420-1 van het Franse Wetboek van Koophandel), nadat zij al tot stand waren gekomen: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-de-lequarrissage>. Uiteindelijk oordeelde de AdC dat er geen overtreding van het kartelverbod had plaatsgevonden. De BMA riep deze bevoegdheid in om de transactie tussen Proximus en EDPnet in 2023 onder de loep te nemen: [https://belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/20230322\\_Press\\_release\\_10\\_BCA\\_0.pdf](https://belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/20230322_Press_release_10_BCA_0.pdf). Deze aanvullende toetsingsbevoegdheid voor nationale mededingingsautoriteiten is door de Belgische Mededingingsautoriteit ingeroepen om de transactie tussen Proximus en EDPnet onder de loep te nemen. De BMA besloot op 22 januari 2025. Ook de voorgenomen niet-meldingsplichtige overname van Ceres door de groep Dossche Mills te onderwerpen aan onderzoek naar een mogelijke inbreuk op artikel 101 VWEU en zijn Belgische equivalent (artikel IV.1 van het Wetboek van Economisch Recht). [https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/250122\\_Persbericht\\_3\\_BMA.pdf](https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/250122_Persbericht_3_BMA.pdf). De betrokken partijen besloten uiteindelijk af te zien van de overname vanwege het onderzoek.

<sup>18</sup> Besluit van de ACM van 26 februari 2025 in zaak 194223 (*Valstar EFP*).

<sup>19</sup> Persbericht van de ACM van 7 maart 2025: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-start-onderzoek-naar-overname-ziemann-door-geldtransporteur-brinks>.

<sup>20</sup> Jotte Mulder en Wolf Sauter, Hoe ver gaat rechtstreekse werking? Artikel 102 VWEU Als toetsingsgrond van niet-meldingsplichtige concentraties door nationale mededingingsautoriteiten, Markt & Mededinging 2023, nr. 4.

<sup>21</sup> Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel, pag.3.

### **Reikwijdte en samenhang met andere (wets)voorstellen**

Het Wetsvoorstel moet in samenhang worden gezien met een op dit moment bij de Eerste Kamer aanhangig wetsvoorstel dat onder meer voorziet in het schrappen van artikel 24 lid 2 Mw. Daarin wordt nu nog bepaald dat het tot stand brengen van een concentratie niet kan worden aangemerkt als het misbruik maken van een economische machtspositie.<sup>22</sup> Dit artikel 24 lid 2 Mw staat er in de praktijk dus aan in de weg dat het tot stand brengen van een concentratie (fusie, zeggenschap verkrijgen in een onderneming of oprichten van een volwaardige en zelfstandige joint venture) kan worden getoetst door de ACM aan het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie. De al genoemde *Towercast* uitspraak van het Hof heeft bevestigd dat nationale mededingingsautoriteiten concentraties wel kunnen toetsen aan artikel 102 VWEU. Met het schrappen van artikel 24 lid 2 Mw wordt de ACM ook in staat gesteld om concentraties in de toekomst te toetsen aan het Nederlandse verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie.

Als artikel 24 lid 2 Mw wordt geschrapt, zou dat betekenen dat de ACM ook zonder een inroepbevoegdheid concentraties kan gaan beoordelen die onder de omzetrempel van het concentratietoezicht vallen. De ACM zal dan niet een concentratiecontroleprocedure doorlopen, maar een onderzoek moeten verrichten waarbij wordt aangetoond i) dat sprake is van een economische machtspositie van de betrokken onderneming en ii) dat als gevolg van de voorgenomen overname (concentratie) misbruik wordt gemaakt van de economische machtspositie. De lat ligt voor de ACM om op deze grond juridisch in te grijpen ten aanzien van een voorgenomen transactie in het algemeen hoger dan de toets die geldt in het kader van het concentratietoezicht. Daar komt bij dat een transactie door ACM kan worden verboden indien deze leidt tot een significante belemmering van de mededinging (zonder dat een economische machtspositie en het maken van misbruik van deze positie hoeft te worden aangetoond).

De ACM heeft zich voorts voorstander getoond om de eventuele introductie van de inroepbevoegdheid als voorzien in het Wetsvoorstel gepaard te laten gaan met het verhogen van de omzetrempel van 30 miljoen euro in Nederland als bedoeld in artikel 29 Mw naar bijvoorbeeld 50 miljoen euro.<sup>23</sup> Daarmee wordt beoogd om het totaal aantal concentratiemeldingen bij de ACM op jaarlijkse basis te verlagen van ongeveer 130 naar 75, terwijl ACM met de inroepbevoegdheid wel de bevoegdheid krijgt om concentraties die onder de omzetrempel vallen alsnog in te roepen. Opgemerkt dient echter te worden dat de omzetrempel van 30 miljoen euro sinds 2003 niet meer is geïndexeerd ter correctie van inflatie, zodat de verhoging van de drempel in reële termen in vergelijking met 2003 niet als een grote wijziging van de reikwijdte van het concentratietoezicht moet worden gezien.

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat enkele Tweede Kamerleden recent een initiatiefnota hebben opgesteld onder de titel "*Minder inflatie, meer bestaanszekerheid*". Daarin wordt een inroepbevoegdheid voor de ACM voorgesteld en ook een zogenoemde nieuwe marktremediebevoegdheid ("*New Competition Tool*") voorgesteld.<sup>24</sup> De nieuwe marktremediebevoegdheid betreft een nieuwe op zichzelf staande bevoegdheid voor ACM die losstaat van het concentratietoezicht.

<sup>22</sup> *Kamerstukken I 2024/25, 36 588, A*. Zie ook: [Wijziging van de Kaderwet EZK- en LNV-subsidies en enkele andere wetten op het terrein van EZK 20.. \(36.588\) - Eerste Kamer der Staten-Generaal](#).

<sup>23</sup> Zie de ACM wetgevingsbrief 2025 van 17 maart 2025, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-wetgevingsbrief-2025>.

<sup>24</sup> *Minder inflatie, meer bestaanszekerheid*, initiatiefnota Omtzigt & Van Vroonhoven (Nieuw Sociaal Contract) en Wilders & Van Dijk (Partij Voor de Vrijheid), april 2025.

## Impact Wetsvoorstel op rechtszekerheid

Onder het huidige Nederlandse concentratietoezicht kunnen ondernemingen relatief eenvoudig vaststellen of een concentratie wel of niet voorwerp van onderzoek wordt bij de ACM op grond van objectieve gegevens: bij overschrijding van de omzeldrempels in artikel 29 Mw is er een meldplicht, en anders niet. Het Hof heeft die zekerheid in het *Illumina/Grail* arrest omschreven als “*een belangrijke waarborg voor de voorspelbaarheid en de rechtszekerheid voor de betrokken ondernemingen*”.<sup>25</sup>

Naar het oordeel van de adviescommissie doet het Wetsvoorstel af aan deze rechtszekerheid. Indien het in de huidige vorm zou worden aangenomen, zal ten aanzien van iedere concentratie in het kader waarvan niet de omzeldrempels als bedoeld in artikel 29 Mw worden behaald onzekerheid bestaan over de vraag of de ACM ten aanzien van die concentratie gebruik maakt van haar inroepbevoegdheid. Gebeurt dat, dan bestaat voor de betrokken ondernemingen een nadere (en potentieel lange) periode onzekerheid of de transactie (onvoorwaardelijk) mag worden voltooid of dat een reeds geconsumeerde transactie ongedaan moet worden gemaakt. Deze onzekerheid bestaat momenteel niet.

De recente ontwikkelingen op het vlak van de toepassing door de ACM van artikel 101 en 102 VWEU, en de Nederlandse equivalenten verbodsbepalingen, ten aanzien van concentraties die niet aan de meldingsdrempels in artikel 29 Mw voldoen brengen al rechtsonzekerheid voor daarbij betrokken ondernemingen mee. In zoverre zou kunnen worden betoogd dat het Wetsvoorstel de rechtsonzekerheid niet noodzakelijk groter maakt, maar dat de grond of oorzaak voor die onzekerheid alleen een andere wordt.<sup>26</sup>

Tegen deze achtergrond dient het volgende in aanmerking te worden genomen.

In de eerste plaats bestaat er een belangrijk verschil tussen de toepassing van het concentratietoezicht op basis van het Wetsvoorstel enerzijds en de handhaving van het kartelverbod en het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie anderzijds waar het gaat om de materiële toets en de daarmee samenhangende bewijslast.

Hoewel de toets of een concentratie de mededinging op significante wijze zal belemmeren voor de ACM in de praktijk een uitdaging kan vormen, is een overtreding van het kartelverbod in het kader van een concentratie op het eerste gezicht niet eenvoudig vast te stellen. De ACM heeft dat voorlopig in elk geval nog niet gedaan, en zal zich in dit verband niet altijd op de leer van de doelbeperkingen kunnen verlaten. Het bewijs voor het bestaan van een economische machtspositie en misbruik daarvan valt voor de ACM, zo leert de Nederlandse beschikkingspraktijk, nog moeilijker te leveren. Dat is hiervoor al aangestipt.

De reikwijdte van de inroepbevoegdheid bedoeld in het Wetsvoorstel is per definitie groter dan die van artikel 102 VWEU (en te zijner tijd wellicht artikel 24 Mw) nu een economische machtspositie van een betrokken onderneming, in beginsel de overnemer, niet hoeft te bestaan.

<sup>25</sup> HvJ EU in zaken C- C-611/22 P en C-625/22 P, 3 september 2024, ECLI:EU:C:2024:677, para. 209.

<sup>26</sup> Daarbij geldt dan wel de veronderstelling dat de ACM, zodra het Wetsvoorstel is aangenomen en de nieuwe wetsbepalingen van kracht zijn, geen of onvoldoende grond meer ziet om het kartelverbod of het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie op niet meldingsplichtige concentraties toe te passen.

In de tweede plaats kleeft er rechtsonzekerheid aan het Wetsvoorstel omdat de daarin voorgestelde bevoegdheid van de ACM ongeclausuleerd is. Dit hangt samen met de opmerking over de grotere reikwijdte. Hier is het volgende van belang:

- Het Wetsvoorstel brengt geen enkele beperking aan waar het relevante sectoren betreft en biedt de ACM hierin de vrije hand. In de Memorie van Toelichting wordt verwezen naar de sectoren voor dierenartsen, tandartsen en kinderopvang maar die heeft de ACM al langer in het vizier en vormen nu al voorwerp van (markt of sector)onderzoek. Het uitgangspunt dat de inroepbevoegdheid alleen kan worden gebruikt als eerder marktonderzoek door de ACM daartoe aanleiding geeft, is evenmin in het Wetsvoorstel verankerd. Er is zelfs geen enkel signaal nodig dat de concurrentie bedreigd wordt of kan worden.
- Er is geen enkele andere voorwaarde voor het inroepen van de bevoegdheid door de ACM gesteld ofschoon het mogelijk is alternatieve marktaanderepels in te voeren of transactiewaarde te hanteren. De door de ACM zelf geopperde mogelijkheid om als voorwaarde te stellen dat in elk geval één van de bij een concentratie betrokken onderneming de omzetsdrempels bedoeld in artikel 29 Mw behaalt,<sup>27</sup> is naar het oordeel van de adviescommissie in elk geval serieus te overwegen. De summiere vaststelling in de Memorie van Toelichting dat die opties niet werkbaar zijn of dat daaraan te veel nadelen zijn verbonden,<sup>28</sup> is in elk geval niet of onvoldoende overtuigend.

In de derde plaats leidt het Wetsvoorstel tot rechtsonzekerheid omdat de aanvang van daarin genoemde termijnen vaag zijn en onvoldoende zijn uitgewerkt. Het is bijvoorbeeld niet duidelijk wanneer er sprake is van het verkrijgen van kennis van het voornemen een concentratie tot stand te brengen als bedoeld in artikel 49a lid 2 Wetsvoorstel. In het licht van de Memorie van Toelichting leeft de veronderstelling dat een vrijwillig informeren van de ACM door betrokken ondernemingen volstaat,<sup>29</sup> maar dat is niet zeker.

Het zou overigens ook goed zijn te waarborgen dat bij een niet-meldingsplichtige concentratie betrokken ondernemingen een informeel oordeel van de ACM kunnen krijgen over de toelaatbaarheid van een transactie ten aanzien waarvan (mogelijk) een beroep doet op de inroepbevoegdheid wordt gedaan. De ACM stelt, waar zij de toekenning van extra bevoegdheden bepleit, vaak dat ondernemingen bij twijfel over de toepassing van het mededingingsrecht bij haar terecht kunnen voor overleg en ondersteuning. De realiteit is evenwel een andere.

De criteria voor het verstekken van een informele zienswijze als bedoeld in de ACM Werkwijze informele zienswijzen<sup>30</sup> zijn niet snel zijn vervuld. Bovendien heeft de ACM capaciteitsbeperkingen die ertoe leiden dat, zelfs als aan de criteria in de genoemde werkwijze is voldaan of de ACM deze niet strikt toepast, niet alle verzoeken om comfort inhoudelijk worden behandeld en op een voor de ondernemingen bevredigende wijze worden afgehandeld.

In de vierde plaats is van belang dat de initiatiefnemers erkennen dat het Wetsvoorstel rechtsonzekerheid met zich brengt. Zij menen echter dat die slechts tijdelijk is omdat de ACM binnen een bepaalde termijn nadat zij met de (voorgenomen) concentratie bekend is geworden moet bepalen of een concentratiemelding moet worden gedaan. Daarbij gaan zij er echter aan voorbij dat

<sup>27</sup> Dat wil zeggen dat een jaaromzet van 150 miljoen euro wereldwijd en een omzet van tenminste 30 miljoen euro in Nederland is behaald.

<sup>28</sup> Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel, pag. 7 en 8.

<sup>29</sup> Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel, pag. 9.

<sup>30</sup> ACM Werkwijze informele zienswijzen, Stcr. 2019, 11177.

die termijn kan worden verlengd door de ACM door vragen te stellen. Dat kan en doet de ACM onder het huidige concentratietoezicht namelijk ook.

In de laatste plaats hangt de rechtsonzekerheid voor ondernemingen samen met het feit dat het Wetsvoorstel afwijkt van de call in regimes die in andere lidstaten van de EU bestaan of die op het punt staan daar te worden ingevoerd.<sup>31</sup> Dat ondergraaft de voorspelbaarheid die kenmerkend is voor de Concentratieverordening en de nationale mededingingsregimes die omzetcategorieën hanteren en waarvan het Hof in het *Illumina/Grail* arrest het belang heeft onderstreept.<sup>32</sup> De uitdagingen voor ondernemingen die betrokken zijn bij een concentratie die onder meerdere jurisdicties kan vallen, worden aanmerkelijk groter dan zij nu al zijn.

### **Administratieve verplichtingen**

De introductie van een inroepbevoegdheid voor de ACM zal naar het zich laat aanzien leiden tot een verhoging van administratieve lasten. De volgende aspecten zijn van belang.

In de eerste plaats zullen ondernemingen die een concentratie beogen tot stand te brengen ongeacht de uitkomst van de bestaande en reguliere toets op basis van de omzetcategorieën bedoeld in artikel 29 Mw een voorlopige inhoudelijke mededingingsrechtelijke analyse moeten (laten) maken. Er zal moeten worden beoordeeld of een risico bestaat of de ACM door middel van het aanwenden van haar inroepbevoegdheid de transactie alsnog kan beoordelen en mogelijk verbieden. Dit betekent in de praktijk dat ondernemingen die zich oriënteren op een overname of samenwerking in de beginfase meer kosten zullen moeten maken voor juridisch en economisch advies dan onder het huidige regime het geval is.

Het is waar de recente ontwikkelingen betreffende de toepassing door de ACM van artikel 101 en 102 VWEU, en de Nederlandse equivalenten verbodsbepalingen, al onzekerheid met zich brengen, en in geval van niet-meldingsplichtige concentraties meer juridisch en economisch onderzoek kunnen vergen. Het Wetsvoorstel leidt evenwel tot institutionalisering van dergelijk onderzoek. Bovendien kan bijvoorbeeld niet langer de simpele vaststelling volstaan dat geen van de bij niet-meldingsplichtige concentratie een economische machtspositie heeft, en er is dus – in elk geval vanuit het oogpunt van artikel 102 VWEU geen reden tot zorg bestaat.

In de tweede plaats leidt het Wetsvoorstel naar het zich laat aanzien tot een toename van de werklast van de ACM. Ondernemingen zullen bij een voorgenomen overname, fusie of oprichting van een joint venture namelijk zo snel en zoveel mogelijk zekerheid willen hebben of de ACM zich ten aanzien van transactie zal beroepen. Met het oog daarop zullen ondernemingen de ACM zekerheidshalve en zo vroeg als mogelijk op de hoogte stellen van een voorgenomen transactie, zodat de termijn van vier weken bedoeld in artikel 49a lid 1 Wetsvoorstel begint te lopen waarbinnen ACM moet beslissen of de transactie wordt ingeroepen. Daar zal de ACM, zo mag worden verondersteld, toch inhoudelijk op moeten reageren.

Daarnaast zijn er natuurlijk concentraties waarvan de ACM vaststelt dat zij wel moeten beoordeeld, hoewel de omzetcategorieën van artikel 29 Mw niet worden overschreden en die in het huidige regime buiten schot zouden blijven. Deze vergroting van de werklast in verband met meer inhoudelijke

<sup>31</sup> Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel, pag.4 en 5.

<sup>32</sup> HvJ EU in zaken C- C-611/22 P en C-625/22 P, 3 september 2024, ECLI:EU:C:2024:677 para. 203.

beoordelingen brengt noodzakelijkerwijs (veel) hogere kosten aan de kant van de toezichthouder mee.

Indien een inroepbevoegdheid al zou moeten worden geïntroduceerd in Nederland dan ligt het voor de hand om deze te koppelen aan een verhoging van de reguliere omzetsdrempels. Hiervoor is al opgemerkt dat de ACM daar zelf een voorstander van is. Dat zou het Nederlandse concentratiecontrole meer evenwichtig maken en vanuit het oogpunt van kostenbeheersing van de kant van ondernemingen en de ACM voor de hand liggen.

In de derde plaats leidt de doorlooptijd van een procedure op basis van het Wetsvoorstel tot hogere kosten. Wanneer een voorgenomen concentratie publiek wordt aangekondigd of vrijwillig gemeld bij de ACM, dan heeft de ACM in principe vier weken om te beslissen of zij de inroepbevoegdheid aanwendt. Dat is dus een termijn voorafgaand aan de termijn voor de daadwerkelijke melding een de beoordeling, de zogenaamde 1<sup>e</sup> fase toets. Ook de termijn voor inroeping van vier weken wordt geschorst op het moment dat ACM één of meer nadere informatieverzoeken verstuurt aan de betrokken ondernemingen. De huidige praktijk van informatieverzoeken tijdens concentratiecontroleprocedures leert dat wettelijk voorgeschreven termijnen van enkele weken of maanden toch tot een aanmerkelijk langere doorlooptijd kunnen leiden. De inroepbevoegdheid zal derhalve tot naar verhouding langdurige procedures kunnen leiden en daarmee zowel aan de zijde van de betrokken van ondernemingen als aan de kant van de ACM tot hogere kosten.

### **Conclusie**

De adviescommissie mededinging heeft bedenkingen bij het Wetsvoorstel. Het creëren van de inroepbevoegdheid voor concentraties (fusies en overnames) onder de omzetsdrempels bedoeld in artikel 29 Mw zonder duidelijk toetsingskader en enige beperking heeft een negatieve invloed op de rechtszekerheid en leidt tot een verhoging van de administratieve lasten voor ondernemingen die concentraties willen aangaan, alsmede voor de ACM.

\*\*\*