

Melden van concentraties – op wie rust de meldplicht?

*Mr. E. E. J. Hessels**

Inleiding

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) heeft in twee recente besluiten boetes opgelegd voor het niet (tijdig) melden van een concentratie. Het totaalbedrag van deze boetes bedroeg EUR 1.302.000.

Dit vormt een aanleiding om de lezer te informeren over de systemen van concentratiecontrole van zowel de NMa als de Europese Commissie (hierna: Commissie) en daarbij ook stil te staan bij de vraag op welke partij de plicht rust een concentratie te melden bij de relevante mededingingsautoriteit. Vaak wordt ervan uitgegaan dat dit per definitie de koper is. Echter, zoals ook uit verderop in deze bijdrage genoemde besluiten blijkt, dit is niet altijd het geval.

Deze bijdrage zet het systeem van concentratiecontrole in Nederland, dat is gebaseerd op de Mededingingswet (Mw), uiteen. Vervolgens wordt het Europese concentratiecontrole-systeem kort uiteengezet. Daarna zal aan de hand van recente besluiten van de NMa en de Commissie worden besproken op wie de meldplicht van concentraties rust. In de afsluiting volgt een korte conclusie.

Systemen van concentratiecontrole

In het geval van een fusie, een overname of joint venture (concentratie) gelden regels ten aanzien van concentratiecontrole. Dit betekent dat het mogelijk is dat voorafgaand aan de transactie een melding moet worden gedaan bij één of meer toezichthouders. Het kan zijn dat een concentratie op basis van de Mededingingswet bij de NMa gemeld moet worden. Anderzijds is het op basis van artikel 7 van Verordening 139/2004¹ (hierna: concentratieverordening) mogelijk dat een concentratie met een communautaire dimensie bij de Commissie gemeld moet worden. Of een concentratie vooraf gemeld moet worden, is afhankelijk van de omzetten van de betrokken ondernemingen en de plaats waar de omzet behaald wordt.

De NMa toetst of een concentratie aanleiding geeft tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging, bijvoorbeeld door het ontstaan of toenemen van marktmacht

op de relevante markt. Concentraties waarbij omzet wordt behaald in twee of meer lidstaten, kunnen onder het toezicht van de Commissie vallen. Deze hanteert een toets die vergelijkbaar is met die van de NMa. Naast het Nederlandse en Europese concentratietoezicht hanteren veel andere jurisdicties ook een meldingsplicht voor concentraties; deze bijdrage gaat daar echter niet op in.

Concentratiecontrole NMa

Het is niet toegestaan een concentratie tot stand te brengen voordat het voornemen daartoe is gemeld aan de NMa en vervolgens vier weken zijn verstreken (art. 34 Mw). De NMa heeft in die periode de tijd om te beoordelen of voor een concentratie een vergunning is vereist. Als de gemelde concentratie niet tot mededingingsrechtelijke bezwaren leidt, geeft de NMa een goedkeuringsbesluit af, eventueel onder voorwaarden (bijvoorbeeld het afstoten van onderdelen van de betrokken onderneming).² Als de NMa van mening is dat een vergunning is vereist, verricht zij nader onderzoek in een zogenoemde tweede fase. Hierna kan goedkeuring volgen, al dan niet onder voorwaarden, of de NMa kan de concentratie verbieden.

Indien een meldingsplichtige concentratie niet binnen het kader van artikel 34 Mw gemeld wordt bij de NMa, leidt dit op basis van artikel 3:40 lid 2 BW mogelijk tot nietigheid van de betreffende concentratie. Prestaties die zijn verricht ter uitvoering van de concentratie, zullen moeten worden teruggedraaid, want er bestaat geen rechtsbasis voor.³ Bij ontdekking van de niet-gemelde concentratie door een toezichthouder kunnen ook administratieve sancties volgen. De NMa kan ondernemingen een boete of een last onder dwangsom opleggen. Een last onder dwangsom kan, afhankelijk van de omstandigheden, de opdracht inhouden om alsnog een melding te doen of de concentratie ongedaan te maken.⁴

Het Nederlandse concentratietoezicht is van toepassing op concentraties waarbij de ondernemingen samen jaarlijks in totaal wereldwijd meer dan EUR 113.450.000 omzetten en minstens twee van hen binnen Nederland elk een jaaromzet van minimaal EUR 30 miljoen behalen (art. 29 Mw). Voor

* Mr. E.E.J. Hessels is advocaat bij Clifford Chance.

1. Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PbEG 2004, L 24/1.

2. Zie bijv. NMa-persbericht van 5 maart 2010, zaak 6879, Schuitema/Super de Boer Activa.

3. Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 77.

4. Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 95.

concentraties in de zorgsector gelden lagere omzetrempels.⁵ Dit houdt in dat een concentratie in de zorgsector bij de NMA gemeld moet worden als de ondernemingen gezamenlijk in het kalenderjaar voorafgaand aan de concentratie in totaal meer dan EUR 55 miljoen wereldwijd omzetten, minstens twee van hen binnen Nederland elk een jaaromzet van minimaal EUR 10 miljoen realiseren en ten minste twee van hen elk een jaaromzet van minimaal EUR 5,5 miljoen met het verlenen van zorg behalen.⁶

Daarnaast is het concentratietoezicht alleen van toepassing als er sprake is van een concentratie van ondernemingen. De Mededingingswet (art. 27 Mw) bepaalt dat drie soorten transacties een concentratie kunnen opleveren:

1. Overname: een onderneming verwerft zeggenschap in een andere onderneming, bijvoorbeeld door het kopen van aandelen in een onderneming. Het is hierbij mogelijk dat alleen zeggenschap wordt verkregen of gezamenlijke zeggenschap. Het verkrijgen van zeggenschap houdt in dat een partij beslissende invloed krijgt op de activiteiten van de over te nemen onderneming.
2. Fusie: twee voorheen onafhankelijke ondernemingen gaan op in één nieuwe onderneming. Van belang is dat de activiteiten van de betrokken ondernemingen in een nieuwe economische eenheid worden ondergebracht.
3. Joint venture: hierbij staat een gemeenschappelijke onderneming onder leiding van twee of meer bestaande ondernemingen. Het concentratietoezicht is beperkt tot gemeenschappelijke ondernemingen die op duurzame wijze alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen. Deze worden doorgaans aangeduid als volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen of *full function joint ventures*.

Concentratiecontrole Commissie

De Mededingingswet is niet van toepassing op concentraties die een communautaire dimensie hebben en daarom onder het toezicht van de Commissie vallen. Wanneer een concentratie een communautaire dimensie heeft, is de Commissie exclusief bevoegd om de voorgenomen concentratie te beoordelen (het *one-stop shop*-principe).

Concentraties hebben een communautaire dimensie indien de betrokken ondernemingen gezamenlijk een wereldwijde jaaromzet van meer dan EUR 5 miljard behalen en ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder afzonderlijk een jaaromzet van minstens EUR 250 miljoen in de Europese Unie (hierna: EU) behalen. Als partijen meer dan twee derde van hun omzet binnen de EU in dezelfde lidstaat behalen, valt

de concentratie niet onder het Europese toezicht en is de nationale concentratiewetgeving van toepassing.

Indien de betrokken ondernemingen niet aan vorenstaande drempels voldoen, gelden nog de volgende drempels voor het hebben van een communautaire dimensie. De betrokken ondernemingen hebben gezamenlijk een wereldwijde jaaromzet van meer dan EUR 2,5 miljard. In minimaal drie lidstaten is de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen groter dan EUR 100 miljoen en in elk van deze lidstaten is de omzet van elk van ten minste twee van de betrokken ondernemingen meer dan EUR 25 miljoen. De omzet van elk van ten minste twee betrokken ondernemingen binnen de EU is groter dan EUR 100 miljoen. Als partijen meer dan twee derde van hun EU-omzet in dezelfde lidstaat behalen, valt de concentratie niet onder het Europese toezicht en is de nationale concentratiewetgeving van toepassing.

Uit de concentratieverordening⁷ blijkt dat een concentratie tot stand komt indien er een duurzame wijziging van zeggenschap voortvloeit uit:

- de fusie van twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen of delen van ondernemingen, of
- het verkrijgen van zeggenschap, door één of meer personen die al zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten, of
- het verkrijgen van zeggenschap door één of meer ondernemingen, rechtstreeks of middellijk, over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan.

Zeggenschap ziet op de mogelijkheid om een beslissende invloed uit te oefenen over de strategische en commerciële beslissingen van een onderneming. De Commissie heeft een mededeling gepubliceerd die nadere richtsnoeren verstrekt voor het beoordelen van bevoegdheidskwesaties die kunnen ontstaan bij het beoordelen van mogelijke concentraties.⁸ In de mededeling worden het begrip ‘concentratie’ en het daaruit voortvloeiende begrip ‘zeggenschap’ nader toegelicht. Deze bijdrage gaat op dit punt niet verder in.

Meldingsverplichting NMa

Bij besluit van 11 februari 2010 heeft de NMa aan NPM Capital N.V. en Driesprong Participaties B.V. boetes opgelegd van respectievelijk EUR 580.000 en EUR 15.000 vanwege het niet melden van een overname.⁹

De NMa constateerde onder andere op basis van media-berichtgeving dat NPM Capital voor de vergroting van zeggenschap in Buitenfood goedkeuring nodig heeft van de NMa. NPM Capital had van Driesprong Participaties aandelen in

5. Zie ook NMa, Richtsnoeren voor de zorgsector, maart 2010.

6. Besluit van 6 december 2007, houdende tijdelijke verruiming van het toepassingsbereik van het concentratietoezicht op ondernemingen die zorg verlenen, Stb. 2007, 518. De reden voor de verlaging van de drempelwaarden voor de zorgsector is dat voorheen concentraties in de zorg die mogelijk op een regionale of lokale markt de mededinging op significante wijze zouden kunnen belemmeren als gevolg van relatief lage omzetten, niet onder het concentratietoezicht vielen.

7. Verordening 139/2004, art. 3 lid 1.

8. Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesaties op grond van Verordening (EG) 139/2004 betreffende controle op concentraties van ondernemingen (2008/C95/01).

9. Besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 11 februari 2010, zaak 6705/64, NPM Capital/Buitenfood.

Buitenfood B.V. gekocht en daarmee een concentratie tot stand gebracht. Het voornemen tot het tot stand brengen van een concentratie was niet bij de NMa gemeld. Aan NPM Capital is naast de boete ook een last onder dwangsom opgelegd, die inhield dat NPM Capital de overname binnen vier weken na uitbrengen van het boetebesluit alsnog diende te melden. De last onder dwangsom is aan NPM Capital opgelegd omdat zij als partij die uitsluitende zeggenschap heeft verkregen, volgens de NMa de aangewezen partij is om de overtreding te beëindigen in de vorm van een volledige melding. Inmiddels is de melding door de NMa ontvangen,¹⁰ dit doet echter geen afbreuk aan de opgelegde boetes voor het niet melden van de concentratie.

In het besluit van de NMa is zowel de koper als de verkoper beboet voor het niet melden van een concentratie. Door partijen is gesteld dat op de verkoper geen meldplicht rust. Partijen voeren hier onder meer voor aan dat een verkoper geen zeggenschap verkrijgt, maar uitsluitend verliest. Ook zijn zij van mening dat met het begrip 'bij een concentratie betrokken partijen', zoals dat in de memorie van toelichting (hierna: MvT) bij artikel 34 Mw¹¹ staat, wordt bedoeld op 'bij de concentratie betrokken ondernemingen', en onder dit laatste begrip valt niet de verkopende partij.

De NMa oordeelt anders. Zij wijst erop dat artikel 34 Mw in het algemeen bepaalt dat het verboden is een concentratie tot stand te brengen voordat deze gemeld is. Een verkoper valt niet buiten de reikwijdte van de bepaling. Een verkoper van aandelen of een onderneming brengt samen met de koper een concentratie tot stand, omdat door de overdracht van de verkoper de verkrijging van zeggenschap ontstaat.

Uit de MvT bij artikel 34 Mw volgt dat een melding door elk van de bij een concentratie betrokken partijen kan worden ingediend, ook namens meerdere partijen gezamenlijk. Het ten onrechte niet melden van een concentratie kan ieder van de betrokken partijen worden aangerekend.¹² Volgens het Besluit vaststelling formulieren Mededingingswet¹³ zijn partijen die voornemens zijn een concentratie tot stand te brengen, er verantwoordelijk voor dat deze tijdig wordt gemeld. Welke partijen dit zijn, hangt af van de aard van de transactie. Bij een fusie zullen het de fuserende partijen zijn, bij een overeenkomst tot koop en verkoop van aandelen of activa de kopende en de verkopende partij, en bij de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming de oprichtende partijen. Omdat ook de onderneming die zeggenschap afstaat onder het begrip

'betrokken partijen' valt, is dit een ruimer begrip dan het begrip 'betrokken ondernemingen'.¹⁴

De NMa is in het besluit NPM Capital/Buitenfood van oordeel dat ook op de verkoper de plicht rust om een concentratie te melden en het daarom aan zowel de koper als verkoper toegerekend kan worden als zij een overtreding van de Mededingingswet hebben begaan.¹⁵

De NMa kan een boete of last onder dwangsom opleggen aan de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding van het niet melden van een concentratie kan worden toegerekend. Aangezien het niet doen van een melding of vergunningaanvraag alle bij een concentratie betrokken partijen kan worden aangerekend, ligt het in de rede dat ook alle partijen dan een sanctie krijgen opgelegd.¹⁶ Dit kan dus zowel de koper als de verkoper betreffen. Op grond van de Mededingingswet kan een boete voor het niet tijdig melden van een overname oplopen tot EUR 450.000 of, indien het een onderneming of ondernemersvereniging betreft en indien dat meer is, een boete van 10% van de jaaromzet (art. 74 Mw). Bij het vaststellen van de hoogte van de boete houdt de NMa rekening met de ernst en de duur van de overtreding.

Uit het voorgaande blijkt dat onder de Mededingingswet de meldplicht in geval van een overeenkomst tot koop en verkoop van aandelen of activa zowel op de koper als op de verkoper rust en dat ook beide partijen een sanctie opgelegd kunnen krijgen. Bij een fusie zijn dit de fuserende partijen en bij de oprichting van een joint venture de oprichtende partijen.

Meldingsverplichting Commissie

Ook in de beschikkingenpraktijk van de Commissie zijn boetes opgelegd voor het niet melden van concentraties.¹⁷ Meest recent is de boete die de Commissie oplegde aan Electrabel voor het overtreden van de meldingsverplichting.¹⁸ Electrabel, een elektriciteitsproducent deel uitmakend van de Suez-groep, verhoogde haar deelneming in CNR. Zonder dat Electrabel een absolute meerderheid van de aandelen bezit, is de Commissie van mening dat Electrabel zeggenschap uitoefent over CNR. De boete die de Commissie Electrabel, de verkrijger van zeggenschap, oplegde, bedroeg EUR 20 miljoen. Dat is tot nu toe de hoogste boete opgelegd door de Commissie voor het niet (tijdig) melden van een concentratie. De Commissie is van mening dat het overtreden van een van de basisprincipes

10. Mededelingen inzake meldingen voorgenomen concentraties, 10 maart 2012, zaak 6922, NPM Capital/Buitenfood, <www.nmanet.nl/nederlands/home/Besluiten/Besluiten_2010/6922MC.asp>.

11. Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 20.

12. Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 76.

13. Regeling van 19 december 2006, Stcrt. 249, tot vaststelling van het Besluit vaststelling formulieren Mededingingswet 2006.

14. Y. de Vries & S.B. Noë, T&C Mededingingswet, Deventer: Kluwer 2008, art. 34 Mw, p. 105.

15. Zie bijv. ook het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 30 september 2009, zaak 6286/185, Nooteboom/Pacton. In dit besluit werd ook zowel aan de verkoper als aan de koper een boete opgelegd voor het niet tijdig melden van een concentratie.

16. Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 96 (toelichting bij art. 74 Mw).

17. Zie bijv. de beschikking van de Commissie van 18 februari 1998, zaak M.920 (Samsung/AST) en de beschikking van de Commissie van 10 februari 1999, zaak M.969 (A.P. Möller).

18. Beschikking van de Commissie van 10 juni 2009, zaak M.4994 (Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône).

van het Europese mededingingsrecht een zeer zware overtreding is. Ter bescherming van dit principe kan het opleggen van een hoge boete een afschrikwekkend effect hebben.

In tegenstelling tot de Mededingingswet blijkt duidelijk uit de concentratieverordening op wie de meldplicht rust. Volgens artikel 4 lid 2 van de concentratieverordening moeten concentraties gezamenlijk worden gemeld door de partijen bij de fusie of door de partijen die de gezamenlijke zeggenschap verkrijgen. In alle andere gevallen moet de melding plaatsvinden door de persoon of de onderneming die de zeggenschap over de onderneming of een deel daarvan verwerft. Dat betekent dat de plicht tot melden volgens de Europese concentratieregels rust op de koper en niet op de verkoper van aandelen of activa.

De geldigheid van een concentratie met een communautaire dimensie die vooraf niet is gemeld, hangt af van de uiteindelijke beslissing op de concentratie (art. 7 lid 4 concentratieverordening). Om naleving van de concentratieverordening af te dwingen kan de Commissie boetes opleggen. De boete die de Commissie op kan leggen als een concentratie niet gemeld wordt, bedraagt ten hoogste 10% van de totale omzet van de onderneming als de onderneming opzettelijk of uit onachtzaamheid nalaat om een concentratie aan te melden vóór zij tot stand komt.

Afsluiting

Het naleven van de concentratiecontroleregels is van belang aangezien er torenhoge boetes kunnen voortvloeien uit het overtreden van bijvoorbeeld de meldingsplicht. In geval van een fusie zal de plicht tot melden op de fuserende partijen rusten en bij de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming rust de verplichting op de oprichtende partijen.

Echter, het is in het geval van een overname van aandelen of activa niet altijd alleen een verplichting van de koper om een concentratie te melden. In Nederland, maar ook in andere jurisdicties, zoals bijvoorbeeld Duitsland, draagt de verkoper medeverantwoordelijkheid voor een melding. Indien gemeld moet worden in Nederland of vergelijkbare jurisdicties is het raadzaam dat de verkoper in een *sale and purchase agreement* aandacht besteedt aan de meldingsverplichting en betrokken is bij de melding. Indien in jurisdicties zoals de EU, maar bijvoorbeeld ook Frankrijk en Italië, gemeld moet worden, kan de verkoper dit proces volledig overlaten aan de koper, omdat de verkoper geen risico's loopt bij het achterwege blijven van een (tijdige) melding.