

De afwijzing van ontheffingsverzoeken

mr C.T. Dekker

Hoe moet het besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (D-G Nma) luiden op een ontheffingsverzoek voor een overeenkomst die niet onder het verbod van artikel 6 van de Mededingingswet (Mw) valt? In het besluit Nationale Regiopers¹ heeft de D-G Nma een dergelijk ontheffingsverzoek afgewezen.

In zijn artikel in *Markt en Mededinging* 1999/2, merkt Swaak op dat 'uit de wetsgeschiedenis kan worden opgemaakt dat het eigenlijk de bedoeling was om een ontheffingsaanvraag niet-ontvankelijk te verklaren indien de aangemelde afspraak niet onder het verbod van artikel 6 lid 1 Mw valt'.² Hij beroept zich daarbij op de adviesaanvraag van de Minister van EZ aan de SER en de CEM inzake een nieuwe mededingingswet. Inderdaad wordt in deze adviesaanvraag vermeldt dat wanneer de afspraak niet onder het verbod valt, de aanvraag niet-ontvankelijk zal worden verklaard.³ Er kan echter worden geconstateerd dat deze stelling in de adviesaanvraag voorbijgaat aan het procedurele kader dat de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geeft voor de afhandeling van aanvragen.

De Awb geeft niet expliciet aan welke 'dicta' mogelijk zijn als beslissing op een aanvraag. In artikel 4:5 Awb wordt gesproken over het *niet behandelen van de aanvraag*, maar nergens spreekt de Awb in het kader van aanvragen over het *niet-ontvankelijk* verklaren van een aanvraag. In de memorie van antwoord bij de Awb wordt hierover opgemerkt: 'De term "de aanvraag niet behandelen" komt over-

een met wat ook wel genoemd wordt "de aanvraag/de aanvrager niet ontvankelijk verklaren", maar deze laatste term wordt in de Awb inderdaad gereserveerd voor bezwaar- en beroepsprocedures.'⁴

Een aanvraag kan ingevolge artikel 4:5 lid 1 Awb buiten behandeling worden gelaten indien, voorzover hier van belang, de aanvrager niet heeft voldaan aan enig wettelijk voorschrift voor het in behandeling nemen van de aanvraag. Het feit dat het bestuursorgaan de aanvrager in de gelegenheid moet stellen de aanvraag aan te vullen, wijst erop dat we te maken hebben met verzuimen die herstelbaar zijn. Op het eerste gezicht kan worden betoogd dat een ontheffingsverzoek betreffende een overeenkomst waarop artikel 6 Mw niet van toepassing is, niet voldoet aan enig wettelijk voorschrift voor het in behandeling nemen van de aanvraag. De memorie van toelichting bij de Awb merkt over de gronden van niet behandelen van een aanvraag echter op: 'Het gaat dus om een procedureel verzuim dat in het algemeen te herstellen is. Indien het verzuim niet wordt hersteld, wordt er geen beslissing op de aanvraag gegeven. Anders ligt het indien reeds aanstonds uit de aanvraag blijkt dat deze niet voor inwilliging vatbaar is, bijvoorbeeld doordat de aanvrager niet voldoet aan de gestelde eisen op het punt van leeftijd of opleiding. Artikel 4.1.1.5. komt dan niet voor toepassing in aanmerking; er behoort een inhoudelijke beslissing tot afwijzing van de aanvraag te komen.'⁵

De niet-ontvankelijkverklaring moet derhalve worden gereserveerd voor die gevallen waarin geen enkele inhoudelijke beoordeling plaatsvindt. Of die beoordeling gemakkelijk is of niet, of er sprake is van een evident geval

mr C.T. Dekker is advocaat bij Plas & Bossinade advocaten en notarissen te Groningen. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage was de auteur hoofd van de sectie Beschikkingen, Bezwaar en Beroep van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

1 Besluit van 3 december 1998 in zaak 567.

2 Ch.R.A. Swaak, *Markt en Mededinging*, 1999/2, p. 60.

3 Zie Parl. Gesch. Mededingingswet, p. 51 e.v.

4 Zie Parl. Gesch. Algemene wet bestuursrecht, eerste tranche, p. 245.

5 Vgl. bijvoorbeeld Afdeling Geschillen 7 maart 1989, AB 1989, 526 en Afdeling Rechtspraak 2 november 1993, AB 1994, 204. Zie overigens in andere zin: Afdeling Bestuursrechtspraak 22 juni 1995, *Bouwrecht* 1995, 772.

Opinie

of niet, of van een 'kennelijk' geval, doet daarbij niet ter zake.⁵ De hierboven aangehaalde opmerking in de adviesaanvraag lijkt zonder verdere aanwijzingen in de wetgeschiedenis, te weinig om te stellen dat in het regime voor de Mededingingswet een ten opzichte van de Awb afwijkende mogelijkheid voor buiten behandeling laten is gecreëerd.⁶

Ondertussen leidt het bovenstaande er wel toe dat ook voor ontheffingsverzoeken betreffende overeenkomsten die niet onder artikel 6 Mw vallen, de openbare voorbereidingsprocedure moet worden gevolgd. Dergelijke gevallen kunnen niet vereenvoudigd worden afgedaan, omdat ook dit slechts in door de Awb genoemde gevallen mogelijk is.⁷ De D-G Nma hanteert hier echter de praktische oplossing dat, wanneer hij van mening is dat een overeenkomst niet onder het verbod van artikel 6 Mw valt, de aanvrager wordt verzocht zijn ontheffingsverzoek in te

trekken. Zonder verzoek (lees: aanvraag) hoeft immers geen – ook geen openbare – procedure te worden doorlopen. Het staat in een dergelijk geval derden-belanghebbenden overigens vrij een klacht over de desbetreffende overeenkomst in te dienen, indien zij van mening zijn dat er wél sprake is van een overeenkomst die onder het verbod van artikel 6 Mw valt. De D-G Nma heeft immers niet beslist op een ontheffingsverzoek. Wenst de aanvrager niet tot intrekking over te gaan, dan zal echter, nadat de openbare voorbereidingsprocedure is doorlopen, een afwijzing van het ontheffingsverzoek volgen. Uiteraard gebeurt dit onder aangeven van de gronden van de afwijzing.

6 Dit is bijvoorbeeld wel gebeurd in artikel 7:28 lid 1 sub b Wet Milieubeheer. Vgl. in dit verband ook: ABRvS 19 december 1996, *Bouwrecht* 1997, 245.

7 Zie bijvoorbeeld artikel 4:6 lid 2 Awb. Een – enigszins – vereenvoudigde afdoening zou men ook kunnen lezen in artikel 4:11 Awb en 4:12 Awb.