

Awb-kernbegrippen en Mededingingswet: een moeizame relatie in het nationale mededingingsland

mr J.R. van Angeren en prof. mr J.E.M. Polak

In ons nationale mededingingsrecht is de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing verklaard. Daardoor worden de vragen 'wie kunnen meedoen in procedures over handelingen van de d-g NMa' en 'over welke handelingen kan worden geprocedeerd' bepaald door de uitleg van de twee centrale begrippen uit de Awb 'besluit' en 'belanghebbende'. Dat geldt niet alleen voor de rechtsbescherming tegen handelingen van de d-g NMa, maar ook voor de voorbereiding van de besluitvorming en de besluitvorming zelf.

In dit artikel zal worden besproken in hoeverre de d-g NMa de kernbegrippen uit de Awb, zoals 'belanghebbende' en 'besluit' toepast en uitlegt overeenkomstig hetgeen hieronder in het algemeen bestuursrecht wordt verstaan. Een rechterlijke toets van de invulling door de d-g NMa van deze bestuursrechtelijke kernbegrippen is tot nu toe vrijwel uitgebleven¹, omdat er nog weinig is geprocedeerd in mededingingszaken bij de sector bestuursrecht van de Rb. Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB). Hierna zal allereerst kort worden ingegaan op de begrippen besluit en belanghebbende, waarna achtereenvolgens de interpretatie van deze begrippen bij de aanvraag, de ontheffing, de melding en de vergunning voor een concentratie aan de orde komt.

Begrippen 'besluit' en 'belanghebbende'

Het begrip 'besluit'

Ingevolge artikel 1:3 Awb wordt onder een besluit verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. De vraag of een handeling van de d-g NMa is aan te merken als een besluit is voor de praktijk van groot belang. Voor besluiten geldt een groot aantal bepalingen, die onder andere zijn neergelegd in titel 4.1 Awb. Daarin worden waarborgen gegeven voor de aanvrager van besluiten en voor overige belanghebbenden. Bij de voorbereiding van besluiten geldt in beginsel dat de aanvrager moet worden gehoord² voordat de d-g NMa besluit de aanvraag af te wijzen. Indien de d-g NMa voornemens is de aanvraag toe

te wijzen is hij in beginsel verplicht om overige belanghebbenden, die bezwaren hebben tegen het besluit, te horen. Ook geldt bij de voorbereiding van besluiten een aparte regeling voor de ter-inzage-legging van de stukken en de toegang tot het dossier.

Van der Meulen³ heeft in een artikel in dit blad het belang van het begrip 'besluit' gebagatelliseerd door te stellen dat sommige handelingen van de d-g NMa 'aanleiding kunnen geven tot bestuursrechtelijke puzzels', maar 'mysterieus of angstaanjagend [...] niet behoeven te worden gevonden'. Brouwer en Schilder⁴ hebben daarentegen aangegeven dat praktijken als die van het voorlopig oordeel onwenselijk en onverstandig zijn. Naar ons oordeel is de vraag naar de bestuursrechtelijke status van de handelingen van de d-g NMa van wezenlijk belang voor enerzijds de rechtsbescherming en anderzijds voor de procedure die de d-g NMa moet volgen bij de voorbereiding van een besluit. Tijdens de studiedag van de VAR over 'Bestuursrecht en mededingingsrecht' is uitvoerig gesproken over de handelingen van de d-g NMa die geen besluiten zijn.⁵ Volgens Van der Meulen hebben handelingen van de d-g NMa, zoals informele zienswijzen en dergelijke, voordelen. De bestuursrechter zou de praktijk van dat soort besluitvorming niet moeten doorkruisen, aldus Van der Meulen.

In wezen gaat het hierbij om de discussie die in de wereld van het algemeen bestuursrecht al enige tijd wordt gevoerd: dient het begrip 'besluit' centraal te blijven staan bij de vraag of een geschil aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd? In de praktijk van het mededingingsrecht blijkt een geschil met de d-g NMa over de vraag of een bepaalde gedraging van een belanghebbende mededin-

mr J.R. van Angeren en prof. mr J.E.M. Polak zijn advocaat bij Stibbe Simont Monahan Duhot. Laatstgenoemde is tevens hoogleraar algemeen bestuursrecht te Leiden.

- 1 Uitzonderingen worden gevormd door de uitspraak van de Pres. Rb. Rotterdam d.d. 14 december 1998 (NOS/NMa), waarbij de president oordeelde dat de d-g NMa het begrip besluit onjuist heeft geïnterpreteerd (een verzoek om voorlopige voorziening tegen een oordeel van de d-g NMa werd afgewezen, omdat dat oordeel geen besluit inhield) en de uitspraak van de Rb. Rotterdam d.d. 24 januari 2000 (MEDED 99/602-SCR inzake de Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijven e.a.) waarbij werd geoordeeld dat een voorlopig oordeel van de d-g NMa geen besluit in de zin van artikel 1:3 Awb inhoudt.
- 2 Zie de artikelen 4:7 en 4:8 Awb. Naast die artikelen kan ook het 'ongeschreven zorgvuldigheidsbeginsel' of artikel 3:2 Awb meebrengen dat de d-g NMa de aanvrager of de derde-belanghebbende moet horen.
- 3 B.M.J. van der Meulen, NMa-voodoo?, *M&M* 1999, nr. 6, p. 189 e.v.
- 4 J.G. Brouwer en A.E. Schilder, Het voorlopig oordeel van de NMa, *NJB* 1999, p. 1417 e.v.
- 5 Verslag discussie studiemiddag 'bestuursrecht en mededingingsrecht' *M&M* 1999, nr.1, p. 28 e.v.

gingsrechtelijk al dan niet is toegestaan veel(al) eerder te rijzen dan dat er sprake is van een voor bezwaar en beroep vatbaar (definitief) besluit in de zin van de Awb. Gelet op de gevolgen voor bedrijven in termen van economische positie en continuïteit, zou – vooruitlopend op de uitkomst van de discussie in het algemeen bestuursrecht – al vast kunnen worden gezien in hoeverre in het mededingingsrecht⁶ het begrip ‘besluit’ adequaat is voor het oplossen van geschillen tussen bedrijven en de d-g NMa.

Het begrip ‘belanghebbende’

Onder een belanghebbende wordt in artikel 1:2 lid 1 Awb verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. De d-g NMa stelt in zijn jaarverslag over het jaar 1998 dat hij een belanghebbende-begrip hanteert dat in overeenstemming is met de jurisprudentie van de bestuursrechters.⁷ Als voorbeeld noemde de d-g NMa zijn besluit inzake Janknegt⁸, waarin de d-g NMa overwoog dat om belanghebbende te zijn men een objectief bepaalbaar, actueel en bijzonder persoonlijk belang moet hebben dat rechtstreeks is betrokken bij het bestreden besluit. In dat geval ging het om een handhavingsbeschikking. Uit de besluiten van de d-g NMa inzake Essers⁹ en Casema¹⁰ blijkt dat de d-g NMa het begrip ‘persoonlijk’ strikt interpreteert: nu de positie van de klagers niet verschilde van de positie van andere abonnees (die evenzeer belang hadden bij handhaving optreden) was hij geen belanghebbende. Hierbij rijst de vraag of deze interpretatie in overeenstemming is met de jurisprudentie van de ABRS in het algemeen bestuursrecht.¹¹

De interpretatie van het begrip ‘belanghebbende’ lijkt bij handhavingsbeschikkingen van belang voor de vraag of de d-g NMa gehouden is om naar aanleiding van een verzoek om handhaving (‘klacht’) daadwerkelijk op te treden.¹² Indien een klacht afkomstig is van een belanghebbende zou de d-g NMa geneigd zijn sneller tot handhaving over te gaan, dan wanneer het verzoek afkomstig is van een niet belanghebbende. Wij zijn ons ervan bewust dat wellicht van meer wezenlijk belang is de vraag in hoeverre de d-g NMa gehouden is handhavend op te treden tegen overtredingen van de Mw, en of hij daarbij over een grote mate van beleidsvrijheid¹³ beschikt. De beantwoording van die vraag gaat evenwel het bestek en de opzet van dit artikel te buiten.¹⁴

De vraag doet zich voor of het begrip ‘belanghebbende’ niet te beperkt is, daar waar het bijvoorbeeld gaat om de toegang tot het dossier.¹⁵ Deze vraag zal hierna worden beantwoord, onder ‘Ter-inzage-legging van vertrouwelijke gegevens’. Hoewel het van belang is dat door bedrijven over te leggen gegevens niet door iedereen kunnen worden ingezien, zijn belanghebbenden voor het kunnen indienen van een juiste en adequate zienswijze afhankelijk van de gegevens die door de aanvrager zijn overgelegd.

Fases van besluitvorming

De aanvraag en het overleggen van gegevens

Bij de aanvraag voor een ontheffing op grond van artikel 17 Mw, bij de concentratiemelding op grond van artikel 34 Mw en bij de aanvraag voor een vergunning voor een concentratie op grond van 42 Mw speelt het

- 6 E.J. Daalder heeft er tijdens zijn interventie voor de VAR-vergadering van 12 mei 2000 overigens terecht op gewezen dat ook op andere gebieden van het economisch bestuursrecht, zoals de Telecommunicatiesector, moet worden afgevraagd of begrippen uit de Awb onverkort kunnen gelden. Daalder is er een voorstander van dat begrippen uit de Awb ‘contextueel’ of ‘omgevingsgericht’ worden geïnterpreteerd. Begrippen als besluit, beschikking, belanghebbende etc. zouden dan verschillende betekenis kunnen hebben al naar gelang het rechtsgebied waarin zij aan de orde zijn, aldus Daalder.
- 7 Jaarverslag 1998, p. 16.
- 8 Besluit van 6 maart 1998, zaak 61.
- 9 Besluit van 30 november 1998, zaak 130.
- 10 Besluit van 17 december 1999, zaak 1380.
- 11 Zie ABRS 12 april 1994, AB 1995, 194, alle kiezers werden aangemerkt als belanghebbenden bij besluiten op grond van de Kieswet. Hoewel het oordeel van de ABRS impliciet was toont S.E. Zijlstra in zijn noot overtuigend aan dat de uitspraak van de ABRS principiëler is. Zie bovendien expliciet: Pres. Rb. Utrecht d.d. 25 juni 1999, AWB 99/1040 en 99/1069 en Rb. Haarlem 17 december 1997, AWB 97/7654 waarbij alle kiezers en kiesgerechtigden als belanghebbenden werden beschouwd bij besluiten van bestuursorganen over het besluit op een verzoek om een referendum. Zoals er ook geen onderscheid is gemaakt tussen de soorten kiesgerechtigden, lijkt er ook geen reden te zijn om onderscheid te maken tussen de verschillende soorten abonnees. M.R. Mok, Actualiteiten toepassing Mededingingswet, *Ondernemingsrecht* 2000-3, p. 83 e.v. lijkt er overigens van uit te gaan dat de door de d-g NMa gemaakte afbakening van het begrip belanghebbende in de Casema-zaak in overeenstemming is met het geldend systeem van de Awb.
- 12 J.P.L. van Marissing, *De NMa in actie*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2000, p. 105-107 stelt met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 47), waar wordt gesproken over ‘de nodige discretionaire ruimte’ dat de d-g NMa bij de beslissing om al dan niet handhavend op te treden grote beleidsvrijheid zou hebben.
- 13 Ten aanzien van de Commissie lijkt deze beleidsvrijheid aangenomen te zijn in het arrest Automec van het Gerecht van Eerste aanleg (GvEA 18 september 1992, T 24/90, Automec vs. Commissie Jur. 1992, p. II-2223 e.v.), waarnaar de d-g NMa ook heeft verwezen in zijn besluit inzake Casema (noot 9 van dat besluit). G.T.J.M. Jurgens, *M&M* 2000, nr. 2, p. 83 e.v. is overigens van mening dat het door de d-g NMa gevoerde prioriteitsbeleid door zijn beleidsvrijheid wordt gelegitimeerd.
- 14 Enigszins haaks op de in de vorige noot bedoelde Automec-doctrine staat het feit dat deze beleidsvrijheid om al dan niet tot handhaving over te gaan in het (ruimtelijk) bestuursrecht minder wordt teruggevonden. Als wordt verzocht om handhaving van bestemmingsplannen is de vaste overweging van de ABRS meestal ‘Indien door belanghebbende derden uitdrukkelijk is verzocht om tegen de illegale situatie op te treden, kan alleen in bijzondere gevallen van handhavend optreden worden afgezien. Een bijzonder geval kan worden aangenomen indien concreet zicht bestaat op legalisering van de illegale situatie’ (ABRS 8 januari 1999, AB 1999, 399). In een uitspraak van 11 november 1999, AB 2000, 77 overwoog de ABRS zelfs dat belanghebbenden er in beginsel aanspraak op kunnen maken dat tegen een handelen in strijd met de voorschriften van een bestemmingsplan wordt opgetreden.
- 15 Recentelijk is De Poorter in een artikel in dit blad (J.C.A. de Poorter, De belanghebbende in het mededingingsrecht, *M&M* 2000, nr. 1, p. 35 e.v.) ingegaan op het begrip ‘belanghebbende’ waar in het bijzonder aandacht is besteed aan de interpretatie daarvan bij handhavingsbeschikkingen. Gelet daarop zal in dit artikel de nadruk liggen op de interpretatie van het begrip ‘belanghebbende’ bij de voorbereiding van de besluitvorming. Bedacht zij overigens wel dat blijkens de wetsgeschiedenis bij de Algemene wet bestuursrecht is uitgegaan van de gedachte dat het begrip in elke fase van de besluitvorming hetzelfde wordt geïnterpreteerd.

A r t i k e l e n

begrip 'besluit' een grote rol. Die rol komt naar voren bij de beantwoording van de vraag welke gegevens moeten worden overgelegd en bij de vertrouwelijkheid ervan en vervolgens bij de vraag tegen welke handelingen van de d-g NMa in het kader van de openbaarmaking kan worden opgekomen. Hoofregel van de Awb is dat bij een aanvraag de aanvrager de gegevens en de bescheiden verschaft die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen.¹⁶ De aanvrager kan daarbij weigeren gegevens en bescheiden over te leggen indien het belang van het bestuursorgaan niet opweegt tegen het belang van de bescherming van bedrijfs- en fabricagegegevens.¹⁷ Dit geldt in het mededingingsrecht in zoverre weer niet omdat het Besluit gegevensverstrekking Mw¹⁸ met zich brengt dat de aanvrager in afwijking van artikel 4:3 lid 1 Awb niet kan weigeren vertrouwelijke fabrieks- of bedrijfsgegevens over te leggen. Daarnaast heeft de d-g NMa formulieren vastgesteld die moeten worden ingevuld.

In de Nota van Toelichting bij het Besluit gegevensverstrekking Mw is expliciet overwogen dat het niet de bedoeling is om het bedrijfsleven in de meldingsfase te belasten met de verplichting tot verstrekking van een grote hoeveelheid informatie. Desalniettemin kan de d-g NMa een aanvulling van aanvraag of melding verlangen, indien de verstrekte gegevens onvoldoende zijn voor de beoordeling van de aanvraag of melding.¹⁹ Uit artikel 4:5 lid 1 Awb jo. artikel 4:3 lid 2 Awb volgt ons inziens dat de d-g NMa niet meer gegevens mag verlangen dan in het Besluit gegevensverstrekking Mw worden genoemd. In de praktijk is gebleken dat de d-g NMa – (kennelijk) om de beslistermijn op te schorten – vaak gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om aanvulling van de gegevens te verlangen.²⁰ Van der Meulen²¹ is overigens van mening dat het toelaatbaar is dat in de meldingsfase meer gegevens worden verlangd dan wettelijk is toegestaan. Hij hanteert daarbij het dubieuze argument dat als dat niet zou mogen dat '(nog meer) wijzigingen in de regelgeving [zou] vergen'.

Naar ons oordeel moet worden betwijfeld of het in overeenstemming is met de Awb en de Mw dat de d-g NMa de bevoegdheid om meer gegevens te verlangen gebruikt om uitstel van de beslistermijn te verkrijgen. Als aanvrager is het vermoedelijk niet mogelijk om bezwaar te maken tegen de brief waarbij wordt verzocht om aanvulling van de gegevens, omdat deze brief door de d-g NMa niet als een besluit wordt aangemerkt.²² De d-g NMa pleegt ook geen rechtsmiddelenverwijzing op te nemen onder deze brieven. Indien de aanvrager het met de gevraagde aanvulling niet eens is, omdat hij van oordeel is dat wel voldoende gegevens zijn overgelegd, rest hem waarschijnlijk niets anders dan af te wachten totdat de d-g NMa de aanvraag afwijst en tegen deze afwijzing bezwaar te maken. Indien meer gegevens worden opgevraagd dan wettelijk toegestaan en de reguliere termijn voor de behandeling van de aanvraag daardoor verstrijkt, is goed verdedigbaar dat sprake is van een van rechtswege gegeven mededeling dat voor het tot

stand brengen van de concentratie geen vergunning is vereist zoals bedoeld in artikel 37 lid 3 Mw of een van rechtswege verleende vergunning zoals bedoeld in artikel 44 lid 1 Mw.²³ In dat geval moet de aanvrager stellen dat de aanvraag niet meer kon worden afgewezen omdat reeds van rechtswege een vergunning is verleend, dan wel een mededeling is gedaan dat geen vergunning is vereist, zodat de d-g NMa niet meer bevoegd was de vergunning te weigeren. In de praktijk zal een aanvrager het meestal daarop niet laten aankomen, gelet op de onzekerheid die dat met zich brengt. Hij loopt dan immers het risico, dat de bestuursrechter tot het oordeel komt dat de d-g NMa wel om nadere gegevens kon vragen en dat de aanvraag terecht is afgewezen. Het bedrijfsleven legt zich dus morrend bij deze praktijk neer en heeft geen goed middel om haar te bestrijden. Een procedure over een inmiddels afgewezen aanvraag is dat immers niet. Gelet op het feit dat in de praktijk veel om nadere gegevens wordt gevraagd zou het redelijk zijn als daarover apart zou kunnen worden geprocedeed. De wijze waarop het begrip 'besluit' wordt gehanteerd lijkt hieraan thans in de weg te staan.

16 Artikel 4:2 Awb.

17 Artikel 4:3 Awb.

18 Besluit van 17 oktober 1997, 485.

19 Voor de ontheffing en de aanvraag om een concentratievergunning berust deze bevoegdheid op grond van artikel 4:5 Awb. Voor de melding berust deze bevoegdheid op artikel 35 lid 2 Mw. Indien wordt aangenomen dat de melding een aanvraag is zoals bedoeld in artikel 1:3 lid 3 Awb is het bepaalde in artikel 35 lid 2 (en daarmee samenhangend het bepaalde in artikel 38) overbodig.

20 Tot die conclusie komen ook P.J. Slot, Ch.R.A. Swaak en S.A.C.M. Lavrijssen, *Inleiding Mededingingsrecht*, Boom juridische uitgevers, Den Haag 2000, p. 151. E.H. Pijnacker Hordijk wees reeds op deze in zijn ogen bedenkelijke praktijk in zijn opinie 'Hoe vaste termijnen kunnen worden verbogen' *M&M* 1998, nr.2, p. 60. Ook P. Glazener en T.R. Ottervanger tonen zich kritisch naar aanleiding van de praktijk van de d-g NMa in hun artikel 'Ontwikkelingen in het concentratietoezicht', *Ondernemingsrecht* 1999-5, p. 127-128.

21 B.M.J. van der Meulen, Bestuursrechtelijke keuzen ten aanzien van de toepassing van de Mededingingswet, *M&M* 1999, nr. 1, p. 24-25.

22 Het is onzeker of een dergelijke brief gericht is op rechtsgevolg en, zover dat zou kunnen worden aangenomen, is het onzeker of in zo'n geval artikel 6:3 Awb niet aan het maken van bezwaar in de weg staat. In dezelfde zin P.J.J. van Buuren, *T&C Awb* (Van Buuren), aant. 8 bij artikel 4:5.

23 De Mw voorziet niet in een fictieve ontheffing op grond van artikel 17 Mw. Wel kan tegen het overschrijden van de beslistermijn bezwaar worden gemaakt omdat het niet tijdig beslissen gelijk wordt gesteld met een besluit op grond van artikel 6:2 onder b Awb (fictieve weigering). Een fictieve weigering wordt door de ABRS overigens niet inhoudelijk beoordeeld als was er sprake van een reële weigering (ABRS 3 december 1998, AB 1999, 107).

A r t i k e l e n

Ter-inzage-legging van vertrouwelijke gegevens

Bij aanvragen om ontheffingen ex 17 Mw moet de d-g NMa, alvorens hij stukken ter inzage legt, ambtshalve beoordelen in hoeverre hij gehouden zou zijn deze stukken ter inzage te leggen.²⁴ Indien de d-g NMa besluit bepaalde gegevens niet ter inzage te leggen, moet hij daarvan op grond van artikel 3:11, tweede lid, tweede volzin Awb mededeling doen. Deze mededeling wordt gedaan bij de ter-inzage-legging.

Naar ons oordeel is de mededeling op grond van artikel 3:11 lid 2 Awb dat geen gegevens ter inzage worden gelegd een besluit, zoals bedoeld in artikel 1:3 Awb. Het besluit heeft publiekrechtelijk rechtsgevolg, omdat van die in de wet geregelde mededeling afhangt, welke gegevens al dan niet beschikbaar komen. De d-g NMa is van oordeel dat in zo'n geval artikel 6:3 Awb geldt.²⁵ In dit artikel is bepaald dat geen bezwaar mogelijk is tegen – kort gezegd – voorbereidingsbesluiten, *tenzij* deze besluiten de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treffen. Voor de *aanvrager* geldt inderdaad dat het moeilijk voor te stellen is dat hij los van het bestreden besluit rechtstreeks in zijn belang is getroffen indien bepaalde stukken *niet* ter inzage worden gelegd. Hij pleegt er immers belang bij te hebben dat zo min mogelijk stukken ter inzage worden gelegd. Overige belanghebbenden, die, bijvoorbeeld, voor het formuleren van een zienswijze afhankelijk zijn van die gegevens, moeten naar ons oordeel *wel* worden aangemerkt als belanghebbenden die los van het voor te bereiden besluit in hun belang worden getroffen; in ieder geval indien duidelijk is dat de stukken van belang zijn voor de onderbouwing van hun zienswijze of een procedure bij de rechter hebben zij daarbij immers een evident belang, los van het nadien te nemen besluit. Zij kunnen derhalve naar ons oordeel bezwaar maken tegen het besluit van de d-g NMa om bepaalde gegevens niet ter inzage te leggen. Tevens kunnen zij een verzoek om voorlopige voorziening doen bij de president van de rechtbank te Rotterdam, teneinde de openbaarmaking op korte termijn af te dwingen.²⁶

Bij meldingen en aanvragen voor een vergunning voor een concentratie geldt voor andere belanghebbenden dan de aanvrager artikel 4:8 Awb. In dat artikel is niet voorzien in de ter-inzage-legging van de aanvraag met de daarbij behorende stukken. In dat geval kan slechts op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) inzage worden verkregen in de stukken.

Artikel 3:11 en artikel 4:8 Awb voorzien niet in een situatie – die wellicht vaker zal voorkomen – waarbij de d-g NMa stukken ter inzage wil leggen, waarvan de aanvrager niet wil dat deze ter inzage worden gelegd omdat deze stukken volgens de aanvrager vallen onder artikel 10 WOB. Nu noch in artikel 3:11 lid 2 Awb noch in artikel 4:8 Awb is bepaald dat de d-g NMa mededeling doet van de ter-inzage-legging van bepaalde besluiten, is deze ter-inzage-legging te beschouwen als een feitelijke handeling, waartegen naar ons oordeel geen apart bezwaar of beroep

openstaat. Dat lijkt niet bezwaarlijk omdat in de artikelen 18 lid 3 en 4, 35 lid 3 en 4 en 42 lid 3 en 4 Mw is voorzien in een aparte regeling voor het ter inzage leggen van als vertrouwelijk aangemerkte stukken.

Deze regeling houdt in dat de aanvrager bepaalde stukken als vertrouwelijk kan aanmerken. Deze stukken worden niet eerder ter inzage gelegd dan nadat een week is verstreken na de bekendmaking van 'de daartoe strekkende beschikking' van de d-g NMa. Dit houdt in dat alvorens de aanvraag ter inzage wordt gelegd de d-g NMa een beschikking dient te nemen waarbij hij besluit welke als vertrouwelijk aangemerkte stukken ter inzage zullen worden gelegd. Vervolgens kan de d-g NMa niet eerder tot ter-inzage-legging overgaan alvorens één week na de bekendmaking van die 'daartoe strekkende beschikking' is verstreken. Dit betekent ingevolge artikel 3:41 lid 2 Awb dat de termijn van één week begint te lopen met ingang van de dag waarop het besluit aan de aanvrager is verzonden.

Indien met betrekking tot de 'daartoe strekkende beschikking' een voorlopige voorziening wordt gevraagd, wordt de beslistermijn om op de ontheffing, dan wel de melding, te beslissen opgeschort totdat de president uitspraak heeft gedaan.²⁷ Niet is bepaald dat ook de termijn van één week wordt opgeschort totdat de president uitspraak heeft gedaan. Naar ons oordeel brengen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en een redelijke wetsuitleg met zich dat dat ook het geval zal moeten zijn. Een

24 Benadrukt zij dat de ter-inzage-legging op grond van artikel 3:11 Awb e.v. slechts geldt in gevallen waarbij de openbare voorbereidingsprocedure van afd. 3:4 Awb wordt gevolgd. Dat laatste is op grond van de Mw alleen het geval bij ontheffingen op grond van artikel 17 Mw, hoewel het de d-g NMa vrijstaat op grond van artikel 3:10 Awb om de procedure van afd. 3:4 Awb ook bij andere besluiten te volgen. Overigens zij opgemerkt dat mag worden aangenomen dat de procedure van afdeling 3:4 Awb zal worden samengevoegd met die van afdeling 3:5. Het daartoe strekkende wetsvoorstel (Kamerstukken II 1999/2000, 27 023, nrs. 1-2) is op 24 februari 2000 bij de Tweede Kamer ingediend. Voor aanvragen voor een ontheffing heeft dat als nadelige consequentie dat niet de aanvraag ter inzage zal worden gelegd, doch slechts een ontwerpbesluit. Derden-belanghebbenden kunnen alsdan slechts bedenkingen indienen tegen het ontwerpbesluit. Zij raken dus niet bij de besluitvorming betrokken voordat de d-g NMa zich reeds een oordeel over de aanvraag heeft gevormd.

25 Zie r.o. 47 van het besluit van 8 mei 1998 (FOCWA/zaaknr. 597).

26 Mocht het voorkomen dat de uitspraak van de president van latere datum is dan de termijn waarbinnen de zienswijze kan worden ingediend, dan is het verstandig om in de zienswijze een voorbehoud te maken voor die argumenten die gebaseerd zouden kunnen worden op de stukken waarvan de inzage nog bij de president wordt betwist. Indien deze stukken op grond van de uitspraak van de president alsnog beschikbaar komen, kan alsnog de daarop gebaseerde argumentatie ter kennis van de d-g NMa worden gebracht. Naar ons oordeel zou het beginsel van *fair play* zich er tegen verzetten dat die argumenten met als reden dat de zienswijze buiten de gestelde termijn is aangevuld, niet alsnog in de besluitvorming zouden worden betrokken. In haar uitspraak van 28 januari 2000 oordeelde de ABRS in deze zin (E.03.97.0612, n.n.g.), hoewel het beginsel van *fair play* in die uitspraak niet expliciet werd genoemd.

27 Andere belanghebbenden dan de aanvrager kunnen, indien een voorlopige voorziening wordt gevraagd, de president vragen om als partij te worden aangemerkt op grond van artikel 8:26 Awb.

A r t i k e l e n

andere opvatting komt erop neer dat ook een toewijzende voorziening van de president niet meer zou kunnen baten. Nu de beslistermijn voor de d-g NMa wordt opgeschort is het redelijk dat ook de openbaarmaking wordt opgeschort tot de uitspraak van de president. Een uitzondering kan wellicht worden aangenomen indien gerechtvaardigde belangen van derden in het spel zijn. Bijvoorbeeld indien naar aanleiding van een verzoek om handhaving (in termen van de d-g NMa: een 'klacht') een aanvraag om een ontheffing is ingediend en deze zal worden afgehandeld voordat op het verzoek om handhaving zal worden beslist.

In de praktijk²⁸ blijkt dat de d-g NMa in concentratieprocedures eerst een besluit neemt op de aanvraag en vervolgens de aanvrager in de gelegenheid stelt binnen drie werkdagen aan te geven welke stukken hij als vertrouwelijk beschouwt. Vervolgens neemt de d-g NMa een besluit over de versie waarin het besluit openbaar zal worden gemaakt, dan wel, ter inzage zal worden gelegd. Tegen dat besluit kan apart bezwaar worden gemaakt en dat besluit wordt niet openbaar gemaakt, dan wel, ter inzage gelegd alvorens één week is verstreken. De aanvrager moet, indien hij het niet eens is met het besluit op de aanvraag, naast het besluit op de aanvraag apart bezwaar maken tegen de openbaarheid van de gegevens, terwijl de wettekst ervan uitgaat dat eerst over het bezwaar omtrent de openbaarheid van de gegevens wordt geprocedeerd en vervolgens over de vraag naar de inhoud van het besluit. Al met al lijkt deze gang van zaken een procedure omtrent de vertrouwelijkheid van gegevens niet eenvoudiger te maken.

Hieruit volgt dat op zichzelf het begrip 'besluit' voldoet bij het ter inzage leggen van stukken of het weigeren daarvan. De wijze waarop de d-g NMa daarvan gebruik maakt in concentratieprocedures door een brief te schrijven dat binnen drie werkdagen de aanvrager moet aangeven welke stukken hij als vertrouwelijk wenst te blijven aanmerken lijkt minder gelukkig, omdat de aanvrager er veelal vanaf zal zien nog eens een aparte procedure omtrent de vertrouwelijkheid te voeren, indien hij een voor hem gunstig besluit heeft ontvangen. Indien hij een ongunstig besluit heeft ontvangen zal hij evenmin geneigd zijn een procedure te gaan volgen, omdat in dat geval in feite twee procedures naast elkaar moeten worden gevolgd.

Het begrip 'belanghebbende' echter lijkt aanmerkelijke beperkingen met zich te brengen voor de toegang tot het dossier. Zo werd een leverancier van hulpmiddelen²⁹ niet-ontvankelijk verklaard omdat het door hem gestelde belang, te weten dat de d-g NMa voor het verlenen van een ontheffing aan een zorgverzekeraar voor een standaard-overeenkomst gesloten tussen leveranciers van hulpmiddelen en de zorgverzekeraar over de juiste gegevens beschikt, niet rechtstreeks betrokken zou zijn bij het te nemen besluit.³⁰

Door de overweging – die ook in het besluit d.d. 8 mei 1998 inzake FOCWA/zaaknummer 597 wordt teruggevonden (rnr. 48) – dat voor inzage 'los van het te nemen besluit' een apart belang aanwezig moet zijn, lijkt het erop

dat de d-g NMa onderscheid maakt tussen de fase van voorbereiding van de besluitvorming en de uiteindelijke besluitvorming. Deze wijze van benadering lijkt in strijd te komen met de bedoelingen van de Awb-wetgever die juist verlangde dat gedurende het gehele besluitvormingsproces het begrip belanghebbende dezelfde betekenis heeft.³¹

Los van de vraag wie belanghebbende is bij de toegang tot het dossier staat de vraag in hoeverre een ander dan een belanghebbende stukken bij de d-g NMa op grond van de WOB kan opvragen. De d-g NMa neemt het standpunt in dat de Mw derogeert aan de WOB zodat een aanvraag op grond van de WOB om inzage van stukken uit ter inzage gelegde dossiers wordt afgewezen.³²

Hieruit kan worden afgeleid dat de inzage in het dossier niet zozeer door het begrip belanghebbende wordt beperkt, maar dat het standpunt van de d-g NMa dat de Mw derogeert aan de WOB wel leidt tot een beperkte inzage. Het is derhalve verstandig dat iemand die stukken uit het ter inzage gelegde dossier wil inzien aantoon dat hij belanghebbende is. Ook concurrenten worden als belanghebbenden beschouwd volgens de jurisprudentie van de ABRS.³³

De ontheffing en het voorlopig oordeel

Indien een ontheffing wordt aangevraagd op grond van artikel 17 Mw, wordt deze in de praktijk veelal aangevraagd met het doel om van de d-g NMa het oordeel te krijgen dat het verbod van artikel 6 Mw op de in de aanvraag beschreven handeling, in geval van een overeenkomst tussen ondernemingen, niet van toepassing is.³⁴ Voordat dit oordeel wordt gegeven pleegt de d-g NMa in sommige gevallen een voorlopig oordeel of een informele zienswijze te geven, zo blijkt uit het jaarverslag 1998.³⁵

28 Uit onder andere de besluiten van de d-g NMa inzake Logistics-Van Straaten (besluit van 14 oktober 1999/zaaknr. 1408) en Duni-de Ster (besluit van 27 september 1999/zaaknr. 1439) valt af te leiden dat waar het gaat om een melding op grond van 34 Mw de d-g NMa eerst een besluit op de melding neemt en daarna nog een apart besluit omtrent de vertrouwelijkheid.

29 Besluit van 29 april 1999/zaaknr. 882 (Amicon Zorgverzekeraar).

30 Overigens wordt in dat besluit niet duidelijk uiteengezet of de leverancier belanghebbende zou zijn bij het besluit tot ontheffing, of dat alleen het door haar gestelde (proces)belang onvoldoende was. Gesteld dat de leverancier belanghebbende zou zijn geweest bij het besluit tot ontheffing, maar de d-g NMa het gestelde belang niet vond opwegen tegen de belangen van de zorgverzekeraar om inzage niet te verlenen, had de d-g NMa het verzoek moeten afwijzen. Voor verklaring tot niet-ontvankelijkheid is dan geen plaats, omdat de leverancier in dat geval wel belanghebbende is.

31 Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 32: '[A]ansluiting bij met name het begrip belanghebbende uit het bestuursprocesrecht [is] gewenst, omdat het de voorkeur verdient de groep van personen die bij de voorbereiding van het besluit een bijzondere positie innemen, te laten samenvallen met de groep die naderhand een procedure daartegen kan instellen.'

32 Besluit van 19 april 1999, zaaknr. 1231 inzake verzoek om inzage in EIM-rapport.
(vervolg noten volgende pagina)

A r t i k e l e n

Indien de d-g NMa een verzoek om ontheffing afwijst omdat niet aan de criteria van artikel 6 Mw wordt voldaan, wordt de aanvraag om ontheffing in de regel afgewezen met de tekst 'aangezien geen inbreuk wordt gemaakt op het verbod van artikel 6 van de Mw'.³⁶ Leidt in de regel een afwijzing van een aanvraag tot onvrede bij de aanvrager, in dit geval is zo'n afwijzing voor de aanvrager prettig omdat hij weet dat de overeenkomst die hij wil sluiten of de voorgenomen gedraging niet als in strijd met de Mw wordt beoordeeld door de d-g NMa.

De d-g NMa gaat er, zo blijkt uit de rechtsmiddelenverwijzing onder deze besluiten, van uit dat dergelijke 'negatieve verklaringen' besluiten zijn in de zin van artikel 1:3 Awb. Daarentegen gaat de d-g NMa ervan uit dat de door hem te geven 'voorlopige oordelen' in het kader van ontheffingsaanvragen geen besluiten zijn.³⁷ Op grond van wat algemeen in het bestuursrecht geldt is het in het geheel niet zeker of de voorlopige oordelen van de d-g NMa geen besluiten zijn en/of de zogenaamde negatieve verklaringen wel besluiten zijn.³⁸

Artikel 17 Mw bevat geen bevoegdheid van de d-g NMa om een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging al dan niet te kwalificeren als een overeenkomst of gedraging die valt onder het verbod van artikel 6 Mw. Het oordeel van de d-g NMa dat een bepaalde overeenkomst of gedraging niet valt onder het verbod van artikel 6 Mw is derhalve strikt genomen niet gericht op rechtsgevolg. Dat brengt met zich mee dat het oordeel van de d-g NMa in het kader van een ontheffingsaanvraag, dat een bepaalde overeenkomst of gedraging niet valt onder het verbod van artikel 6 Mw, niet meer is dan wat een bestuurlijk rechtsoordeel wordt genoemd. De jurisprudentie over de vraag of een bestuurlijk rechtsoordeel is aan te merken als een besluit, levert een diffuus beeld op.³⁹ De ABRs⁴⁰ heeft in ruimtelijke-ordeningszaken recentelijk overwogen dat een brief van het bevoegd gezag, die inhoudt dat een bepaald gebruik in overeenstemming is met het bestemmingsplan, is aan te merken als een besluit, indien het gebruik waarvoor toestemming is gevraagd (nog) niet is aangevangen. De achtergrond hiervan is dat indien de activiteiten (nog) niet zijn aangevangen het bestuurlijk rechtsoordeel nog zelfstandige betekenis heeft. Vertaald naar het mededingingsrecht zou dit inhouden dat indien partijen een aangaan hebben genomen met de verboden mededingingsbepalende gedraging, een negatieve verklaring geen besluit inhoudt, doch indien partijen een negatieve verklaring aanvragen voordat zij de gedraging verrichten de negatieve verklaring wel een besluit inhoudt.

De hoogste bestuursrechter in mededingingszaken, het College van Beroep voor het bedrijfsleven, is terughoudender in zijn beantwoording van de vraag of een bestuurlijk rechtsoordeel een besluit inhoudt. Het CBB neemt aan dat een rechtsoordeel het karakter van een rechtshandeling mist, indien het wettelijke systeem aan het bestuursorgaan geen beslissingsbevoegdheid geeft om terzake een oordeel te geven. Zo overwoog het CBB dat het oordeel van de

Nederlandsche Bank dat een vergunning nodig was, geen besluit is.⁴¹ In een uitspraak van 14 april 1998⁴² overwoog het CBB dat een brief van de Verzekeringkamer geen

33 Zie bijvoorbeeld ABRS 21 september 1999, *Jurisprudentie Milieurecht* 2000, 22 waarin de Afdeling expliciet overwoog dat het belang van een concurrent wel bij het besluit is betrokken. In dat geval ging het om een afvalbedrijf dat bezwaar maakte tegen het feit dat een concurrent een ontheffing kreeg om afval te storten in plaats van te verbranden bij een daartoe geëigende afvalverwerkingsinstallatie (AVI). De Afdeling overwoog: 'Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting kan worden vastgesteld dat de concurrentiepositie van appellante in het desbetreffende marktsegment wordt verbijzonderd door de door haar aangegane garantieovereenkomsten met de AVI's. Voldoende aannemelijk is gemaakt dat een ontheffing, zoals die bij het primaire besluit is verleend, tot gevolg kan hebben dat appellante, vanwege deze garantieovereenkomsten, meer afval ter verbranding moet aanbieden aan de AVI's. Gelet hierop moet worden geconcludeerd dat het belang van appellante als directe concurrente rechtstreeks bij het bestreden besluit is betrokken.' Deze jurisprudentie is overigens niet nieuw. In het VAR preadvies 'De belanghebbende', VAR-reeks 108, worden voorbeelden genoemd van uitspraken waarbij concurrenten als belanghebbenden worden beschouwd. Zie in het bijzonder p. 45 en 127. M.B. Koetsier stelt op p. 127 bijvoorbeeld 'Ook concurrenten worden in beginsel steeds als belanghebbenden aangemerkt'.

34 Ch.R.A. Swaak, Het eerste jaar van ontheffingsaanvragen, bezwaren en klachten in Nederland, *M&M* 1999, nr. 2, constateerde reeds dat de afwijzing van een ontheffingsaanvraag de Nederlandse tegenhanger lijkt te worden van de zogenaamde 'negatieve verklaring'. Zie ook P.J. Slot, Ch.R.A. Swaak en S.A.C.M. Lavrijssen, a.w., p. 102 en J.P.L. van Marissing, a.w., p. 52.

35 Pagina 25 van het jaarverslag 1998.

36 De tekst verschilt nog wel eens in de diverse beschikkingen. Soms wordt de tekst niet in het dictum geplaatst maar in de overwegingen die aanleiding geven tot het besluit (bijvoorbeeld: Messer Nederland B.V./zaaknr. 569 en 645 en Bus Bedrijven Groep Nederland B.V./zaaknr. 427). In het dictum komt de overweging voor in de zaken: Nationale Regiopers/zaaknr. 567, Vereniging van Nederlandse Installatiebedrijven/zaaknr. 527, Postkantoren B.V./zaaknr. 526 en Creafort/zaaknr. 678. Inzake BP Nederland B.V. en Shell Nederland Chemie B.V./zaaknr. 471 werd zelfs in het dictum met zoveel woorden overwogen dat 'nu de Overeenkomst gezien de hierboven in aanmerking genomen (markt)omstandigheden niet verboden is' geen ontheffing nodig is. M.R. Mok, *Ondernemingsrecht* 2000-6, p. 156, is het overigens niet eens met de 'systematische opvatting' van de d-g NMa om in zo een geval de ontheffing af te wijzen. Naar zijn oordeel dient het niet van toepassing zijn van het verbod ertoe te moeten leiden dat de ontheffingsaanvraag niet in behandeling wordt genomen.

37 Dat blijkt uit hetgeen de d-g NMa hierover zegt in het jaarverslag 1998: 'In een voorlopig oordeel maakt de NMa haar zienswijze kenbaar, zonder dat hier reeds als zodanig rechtsgevolgen aan verbonden zijn'. Tevens blijkt dat uit het besluit van de d-g NMa inzake de Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijven (Besluit van 4 februari 1999/zaaknr. 381/BBS) waarbij de d-g NMa een bezwaarschrift gericht tegen een voorlopig oordeel niet-ontvankelijk heeft verklaard.

38 E. Steyger, de Mededingingswet: allochtone invloed op de Nederlandse rechtsbescherming?, *M&M* 1999, p. 14 betwijfelt evenzeer of de negatieve verklaringen als besluiten kunnen worden aangemerkt. Marc van der Woude, De procedure voor de NMa: 'zeer geen Europese kloof', *M&M* 1998, p. 84 stelt zelfs dat 'naar alle waarschijnlijkheid' de negatieve verklaringen niet als besluit kunnen worden aangemerkt.

39 Zie bijvoorbeeld H.Ph.J.A.M. Hennekens 'Het rechtsvaststellend besluit onder de loupe', *Gst.* 1999, 7092, p. 89 e.v.

40 ABRS 7 juli 1998, AB 1999, 425 en ABRS 16 november 1998, AB 1999, 426.

41 CBB 29 augustus 1995, AB 1995, 525.

42 CBB 14 april 1998, AB kort 1998/338 Land Pensioen B.V. e.a./Verzekeringkamer.

A r t i k e l e n

besluit inhoud omdat in die brief een constatering was neergelegd en bovendien 'het gestelde in de [...] brief geen betrekking [heeft] op de vraag of al dan niet een vergunning is vereist en [...] zij ook geen besluit – vooraf – over de toepassing van enige handhavingsbevoegdheid in[houdt].' Ook de uitspraken⁴³ van het CBB waarbij een verzoek van een bevoegd gezag om inlichtingen niet werd beschouwd als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, omdat het rechtsgevolg van die besluiten rechtstreeks uit de wet voortvloeit, geven aanleiding tot de conclusie dat op dit punt het CBB terughoudender is dan de ABRs. In deze lijn doorredenerend lijkt het in de rede te liggen, dat de zogenaamde negatieve verklaringen waarbij wordt geoordeeld dat artikel 6 niet van toepassing is op een bepaalde overeenkomst of gedraging, door het CBB niet zullen worden opgevat als besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb. Inmiddels heeft de Rechtbank Rotterdam⁴⁴ naar aanleiding van het beroep tegen het besluit van de d-g NMa inzake de niet-ontvankelijkheid van een bezwaarschrift tegen een voorlopig oordeel, beslist dat een voorlopig oordeel geen besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb. De rechtbank volgt hierin de terughoudende jurisprudentie van het CBB.

Omgekeerd kan een rechtsoordeel van de d-g NMa waarbij wordt geoordeeld dat artikel 6 Mw wel van toepassing is en dat bij gebreke van aanpassing van de overeenkomst handhavend zal worden opgetreden wél als een besluit worden beschouwd volgens de jurisprudentie van het CBB. Dit blijkt – zij het *a contrario* geredeneerd – uit de hiervoor genoemde uitspraak van 14 april 1998. Deze lijn volgt de Rb. Rotterdam blijkens haar uitspraak van 24 januari 2000 echter niet. De Rb. overweegt immers dat 'de, op onderdelen onnodig stellige en ten onrechte onvoorwaardelijke bewoordingen in de correspondentie van de NMa jegens VBBS en ook de publicitaire begeleiding' aan de voorlopigheid van het oordeel niet afdoen. Doorslaggevend is dat de d-g NMa zelf heeft aangegeven dat het een 'voorlopig' oordeel betrof en dus niet als definitief is bedoeld. De uitspraak van de Rb. Rotterdam doet overigens wel vermoeden dat ook de zogenaamde negatieve verklaring niet als een besluit zal worden aangemerkt.

De situatie met betrekking tot de voorlopige oordelen en de negatieve verklaringen geeft aan dat het begrip 'besluit' tot uitkomsten leidt die op het eerste gezicht nogal willekeurig zijn. Bij de informele zienswijzen en voorlopige oordelen stelt de d-g NMa dat het oordeel voorlopig is en dat dit oordeel partijen niet bindt, zodat daartegen ook geen bezwaar kan worden gemaakt. Onder zogenaamde negatieve verklaringen vermeldt hij echter dat de betreffende brief een besluit is waartegen na bezwaar beroep kan worden ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam. Wij constateren evenwel dat de negatieve verklaring gelet op de jurisprudentie van het CBB geen besluit inhoudt, maar een voorlopig oordeel wel een besluit kan inhouden indien daarin een oordeel wordt gegeven over vergunningplicht of over het aanwenden van handhavingsbevoegdheden. De

onzekerheid waartoe het begrip 'besluit' aldus aanleiding geeft is naar ons oordeel zowel onbevredigend in het geval van de negatieve verklaring, als in het geval van het voorlopig oordeel. Voor wat betreft de negatieve verklaring wordt het betrokken bedrijf geen zekerheid geboden, omdat de rechtsmiddelenverwijzing onder een negatieve verklaring nog niet betekent dat ook de rechter het oordeel van de d-g NMa over het besluitkarakter daarvan zal overnemen.⁴⁵ Ook voor overige belanghebbenden die tegen een negatieve verklaring willen opkomen is de situatie op dit moment nog verre van duidelijk. De d-g NMa zal een bezwaarschrift wellicht ontvankelijk achten, maar het is – gelet op de huidige stand van de jurisprudentie – nog maar de vraag of de Rechtbank Rotterdam, dan wel het College van Beroep voor het bedrijfsleven, die ambtshalve moeten oordelen of het bezwaarschrift terecht ontvankelijk is geacht, een negatieve verklaring eveneens als een besluit aanmerken. Voor wat betreft het voorlopig oordeel is niet bevredigend dat, gelet op de grote gevolgen die een voorlopig oordeel heeft, daartegen geen adequate rechtsbescherming mogelijk is, waarmee samenhangt dat niet duidelijk is welke voorbereidingsprocedure voor de informele zienswijzen moet worden gevolgd.

Indien de jurisprudentie van het CBB duidelijkheid zou scheppen in de zin dat een negatieve verklaring of een informeel oordeel wordt gezien als een besluit, dan kan dat leiden tot een toename van de bestuurslast van de d-g NMa. Niet alleen negatieve verklaringen kunnen dan worden aangemerkt als besluiten, doch ook andere rechtsoordelen van de d-g NMa, zoals de vraag wanneer al dan niet sprake is van een concentratie als bedoeld in artikel 27 Mw. Een ontwikkeling waarbij door het aanvragen van een rechtsoordeel een bindend oordeel van de d-g NMa zou kunnen worden verkregen, zou ook haaks staan op het beleid dat de Europese Commissie in het witboek heeft geformuleerd: bijna geen ontheffingen, maar meer beoor-

43 CBB 21 juli 1998, JB 1998, 233 en CBB 22 maart 1999, AB 1999, 168.

44 Rb. Rotterdam 24 januari 2000, MEDED 99/602, verkort gepubliceerd in *Nieuwsbrief Mededingingsrecht* d.d. 4 maart 2000, p. 31 en inmiddels ook besproken in dit blad, *M&M* 2000, nr. 2, p. 79 e.v.

45 In zijn artikel 'Mededingingswet: aandachtspunten en knelpunten', *TVVS* 1998, nr. 98/8 signaleert M.R. Mok op p. 221 naar ons oordeel terecht dat de d-g NMa niet de bevoegdheid toekomt om een overeenkomst nietig te verklaren. 'Wel kan', zo zegt Mok 'een genomen besluit van de NMa of een uitspraak van de bestuursrechter de beslissing van de burgerlijke rechter over de nietigheid – op grond van het leerstuk van de 'formele rechtskracht' – prejudiciëren.' Dat zal echter juist weer niet het geval zijn indien een oordeel van de d-g NMa niet kan worden aangemerkt als een besluit. Alsdan zal de burgerlijke rechter zelfstandig moeten oordelen of een bepaalde handeling al dan niet strijdig is met artikel 6 Mw. In dit kader achten wij de uitspraak van de Pres. Rb. Breda in de zaak *Boulangerie Royale B.V.* d.d. 16 september 1999, *Ondernemingsrecht* 1999-15 minder juist. In deze zaak oordeelde de president dat nu de d-g NMa in een informele zienswijze had aangegeven dat een bepaalde overeenkomst voldoet aan de eisen van de Europese vrijstellingsverordening voor franchising, de president zich daarover niet meer zelfstandig een oordeel hoeft te vormen.

A r t i k e l e n

delingsvrijheid voor partijen. R.M. Hermans en S.B. Noë⁴⁶ hebben de interessante suggestie gedaan om bij gebreke van een ontheffingsmogelijkheid de burgerlijke rechter vaker te adieren, teneinde door middel van een verklaring voor recht de rechtsverhouding tussen partijen vast te stellen. Hoewel het het bestek van dit artikel te buiten zou gaan om uitgebreid in te gaan op deze suggestie van Hermans en Noë, komt het ons voor dat in eerste instantie de d-g NMa zou moeten vaststellen of een bepaalde gedraging of overeenkomst al dan niet in strijd is met de Mw en dat in lijn daarmee adequate bestuursrechtelijke rechtsbescherming zou dienen te worden geboden.⁴⁷ Daarmee is niet gezegd dat aan de burgerlijke rechter geen rol meer toekomt in mededingingszaken, maar dat daar waar het gaat om beoordelingen door de d-g NMa bestuursrechtelijke rechtsbescherming past.

Nu in de praktijk grote behoefte bestaat aan zekerheid omtrent de vraag of een bepaalde overeenkomst of gedraging valt onder het verbod van artikel 6 Mw, verdient het naar ons oordeel dan ook aanbeveling dat in de Mw een stelsel wordt neergelegd waarbij de d-g NMa op aanvraag kan beslissen of een bepaalde overeenkomst of gedraging al dan niet valt onder het verbod van artikel 6 Mw. In de Wet milieubeheer is een dergelijke wijziging met betrekking tot de melding onlangs in een wetsontwerp neergelegd.⁴⁸ De motivering voor het wetsvoorstel: meer rechtszekerheid voor het bedrijfsleven, die opweegt tegen de mogelijke extra bestuurslasten, doet naar ons oordeel ook opgeld voor het mededingingsrecht.⁴⁹

Melding

Indien de melding is gedaan moet ingevolge artikel 37 door de d-g NMa binnen vier weken na het ontvangen van de melding worden meegedeeld of voor het tot stand brengen van de concentratie een vergunning is vereist. De d-g NMa lijkt van oordeel dat zowel de mededeling dat geen vergunning is vereist, als de mededeling dat wel een vergunning is vereist, besluiten zijn. Dit blijkt uit het feit dat onder beide beslissingen de zogenaamde rechtsmiddelenverwijzing van artikel 3:45 Awb is opgenomen.⁵⁰

Vanuit de optiek van het algemeen bestuursrecht is het niet zeker of een mededeling, die inhoudt dat een vergunning is vereist, is aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. De Mw zelf gaat er – impliciet – vanuit dat de mededeling geen besluit is door een melding kennelijk niet als een aanvraag als bedoeld in artikel 1:3 lid 3 Awb te beschouwen, nu in artikel 35 lid 1 Mw expliciet is bepaald dat artikel 4:4 Awb van overeenkomstige toepassing is, terwijl een dergelijke bepaling overbodig zou zijn indien een melding ook een aanvraag in de zin van de Awb zou zijn.

Ten aanzien van meldingen in de Wet milieubeheer heeft de ABRS gedurende een aantal jaren geoordeeld dat een reactie op een melding gelijkgesteld moet worden met een besluit, zodat tegen die reactie kon worden opgekomen.⁵¹ In latere uitspraken⁵² is de ABRS hiervan terugge-

komen. De status van een uitdrukkelijk geaccepteerde melding, waartegen door derden niet is opgekomen zou te onduidelijk zijn om haar met een besluit gelijk te stellen, aldus de ABRS. Overigens is verdedigbaar, dat het verschil maakt dat in artikel 37 lid 5 Mw expliciet is voorgescreven dat een mededeling naar aanleiding van een melding moet worden gepubliceerd in de Staatscourant.⁵³

Ook ten aanzien van meldingen in de Woningwet heeft de ABRS geworsteld met de vraag of tegen de acceptatie van de meldingen kan worden opgekomen. In de jurisprudentie van de ABRS⁵⁴ is overwogen dat het rechtsoordeel van een bevoegd gezag dat wel een vergunning is vereist in beginsel geen besluit is, tenzij het feit dat daartegen geen rechtsbescherming zou openstaan de belanghebbende onevenredig zwaar treft. Een dergelijke mededeling krijgt overigens geen formele rechtskracht.

Hoewel de d-g NMa ervan uit lijkt te gaan dat de mededeling dat een vergunning nodig is een besluit is, is dat tegen de achtergrond van hetgeen algemeen in het bestuursrecht geldt nog niet zeker. Naar ons oordeel is er veel voor te zeggen om de mededeling dat een vergunning nodig is te beschouwen als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Immers, de voorgenomen concentratie blijft langer verboden dan zonder de mededeling het geval zou zijn. Voor de praktijk is dit van belang omdat het in sommige gevallen raadzaam kan zijn om tegen het besluit dat een vergunning nodig is bezwaar te maken (al dan niet gecombineerd met een verzoek om voorlopige voorziening) om te voorkomen dat het besluit dat een vergunning nodig is formele rechtskracht verkrijgt.

Uitgaande van het oordeel van de d-g NMa – hetgeen door ons wordt gevolgd – dat de beslissing op een melding als een besluit moet worden beschouwd moet de melding worden beschouwd als een aanvraag in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb. Dat brengt met zich dat de artikelen 4:7 en 4:8 Awb ter zake gelden. In de praktijk geeft de d-g NMa toepassing aan artikel 4:8 Awb door in de publicatie in de

46 R.M. Hermans en S.B. Noë 'De herziening van Verordening 17 vanuit advocatuurlijk perspectief: een boeiende verschuiving', *M&M* 1999, nr. 5 p. 144 e.v.

47 Gelet hierop zijn wij eveneens van oordeel dat, hoewel tegen een voorlopig oordeel, indien dit niet door de bestuursrechter als een besluit wordt aangemerkt, de burgerlijke rechter als restrechter in bestuursrechtelijke geschillen kan worden geadieerd, dit niet de voorkeur verdient.

48 Zie artikel I onder C van de Wet van 25 april 2000 tot wijziging van de Wet milieubeheer (meldingsstelsel) Stb. 2000, 188.

49 Kamerstukken 1998/99, 26 552, nr. 3, p. 14 en 18.

50 Als voorbeeld moge dienen het besluit van 19 januari 1998 (zaaknr. 2), waarbij werd besloten dat geen vergunning is vereist en het besluit van 29 januari 1998 (zaaknr. 4), waarbij werd besloten dat wel een vergunning is vereist.

51 ABRS 17 maart 1995, AB 1995, 497, ABRS 19 juli 1995, BR 1995/11, p. 419-420 en ABRS 18 maart 1996, *Gsr.* 1997, 7047, nr. 7.

52 ABRS 16 oktober 1997, AB 1997, 438.

53 Hoewel artikel 8.19 lid 4 Wm jo. artikel 6.1 van het Inrichtingen- en vergunningenbesluit Wm eisen stelt aan de publicatie is niets geregeld omtrent de publicatie van de mededeling van het bevoegd gezag naar aanleiding van de melding.

54 ABRS 15 september 1997, AB 1998, 8.

A r t i k e l e n

Staatscourant op grond van artikel 36 Mw te vermelden dat belanghebbenden binnen 7 dagen hun zienswijze kunnen indienen. Of aan artikel 4:7 Awb door de d-g NMa consequent toepassing wordt gegeven is minder duidelijk. Uit de beschikkingen waarbij de d-g NMa heeft besloten dat een vergunning nodig is, blijkt niet altijd of de d-g NMa de aanvrager van tevoren heeft gehoord.⁵⁵

Het horen van de aanvrager in het kader van artikel 4:7 of derden-belanghebbenden in het kader van artikel 4:8 Awb moet onderscheiden worden van de 'hoorzittingen' die de d-g NMa pleegt te organiseren om nadere inlichtingen te verkrijgen of partijen de gelegenheid te geven hun aanvraag aan te passen. Hoorzittingen organiseren om meer inlichtingen te verkrijgen kunnen zijn gebaseerd op artikel 3:2 Awb, dat de d-g NMa verplicht om alvorens een besluit te nemen voldoende kennis te vergaren omtrent de relevante feiten of de af te wegen belangen.

Ook hier blijkt dat het begrip 'besluit' knelpunten oplevert, doch deze zijn niet zo zwaarwegend als bij de negatieve verklaringen en de voorlopige oordelen. De vraag of een mededeling dat een vergunning nodig is een besluit is, heeft in het bijzonder voor de voorbereiding van de besluitvorming gevolgen: in de gevallen dat de d-g NMa voornemens is te beslissen dat wel een vergunning nodig is, berust op hem de verplichting om de melder te horen indien aangenomen moet worden dat een dergelijke mededeling een besluit is. Aanvaarding daarvan zal overigens ook met zich brengen dat de melding een aanvraag is in de zin van de Awb zodat de procedure van afd. 4.1 Awb van toepassing is.

Slotbeschouwing

In dit artikel heeft de vraag centraal gestaan in hoeverre de kernbegrippen 'besluit' en 'belanghebbende' voldoen om adequaat een oplossing te bieden voor geschillen tussen de d-g NMa en bedrijven. De vraag of deze kernbegrippen (nog) adequaat zijn voor de (bestuursrechtelijke) geschillenbeslechting is overigens niet alleen voor het mededingingsrecht van belang, maar ook voor andere rechtsgebieden.

Naar ons oordeel behoeft het begrip belanghebbende niet tot een te beperkte rechtsbescherming te leiden. Wel moet ervoor worden gewaakt dat de d-g NMa het begrip belanghebbende niet te beperkt interpreteert daar waar het de handhavingsbeschikkingen betreft. De jurisprudentie van de bestuursrechters in ruimtelijke-ordeningszaken en milieurechtzaken leert dat bijvoorbeeld concurrenten belanghebbenden kunnen zijn en dat er een beginselplicht tot handhaving bestaat, zodat de d-g NMa niet door middel van een beperkt belanghebbendebegrip handhavingsbevoegdheden kan prioriteren. Ook moet de d-g NMa niet uit het oog verliezen dat de doelstelling van de Awb-wetgever is geweest dat het begrip belanghebbende in de gehele fase van de besluitvorming hetzelfde wordt geïnterpreteerd.

Het begrip besluit lijkt voor de toepassing van de Mededingingswet te beperkt. Mede gelet op de recente uit-

spraak van de rechtbank Rotterdam waarbij een voorlopig oordeel niet als een besluit werd aangemerkt, moet worden gevreesd dat informele zienswijzen, voorlopige oordelen en de zogenaamde negatieve verklaringen niet als besluiten kunnen worden aangemerkt. In de praktijk van het mededingingsrecht blijkt echter wel behoefte te bestaan om tegen dergelijke oordelen op te komen. Het lijkt ons dan ook raadzaam indien – vooruitlopend op de discussie in het algemeen bestuursrecht of het begrip 'besluit' moet worden verlaten – in de Mw alvast wordt opgenomen dat de d-g NMa op verzoek van een belanghebbende kan verklaren dat een bepaalde overeenkomst of gedraging al dan niet strijdig is met artikel 6. Zo'n verklaring dient dan als een op rechtsgevolg gericht besluit in de zin van artikel 1:3 Awb te worden opgevat. Dit is ook in lijn met een tendens die in het algemeen bestuursrecht valt waar te nemen: op het gebied van de ruimtelijke ordening lijkt de ABRS het begrip 'besluit' ruimer te hanteren daar waar het bestuurlijke rechtsoordelen over het gebruik in strijd met het bestemmingsplan betreft en of een bouwvergunning moet worden aangevraagd, in het milieurecht schiet de wetgever te hulp door ten aanzien van de melding te voorzien in een rechtvaststellend oordeel, naar aanleiding van de uitspraak van de ABRS dat de mededeling op een melding niet meer met een besluit wordt gelijkgesteld. In het mededingingsrecht gebeurt tot dusver nog geen van beide: noch de bestuursrechter lijkt bereid een rechtsoordeel over de vraag of een overeenkomst of gedraging valt onder het verbod van artikel 6 Mw te beschouwen als een besluit, noch de wetgever heeft op dit moment voornemens om daarin te voorzien.

⁵⁵ In de besluiten van 29 januari 1998/zaaknr. 4, 23 april 1998/zaaknr. 124, 22 juni 1998/zaaknr. 166 en 23 december 1998/zaaknr. 1132 wordt doorgaans niets vermeld. In de besluiten van 25 februari 1998/zaaknr. 47 en 9 april 1998/zaaknr. 126 wordt wel expliciet aangegeven dat partijen hun zienswijze hebben mogen kenbaar maken.