

Reactie op naschrift van Van der Meulen

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

Wij danken mr drs Van der Meulen voor zijn uitvoerige reactie op ons artikel 'Awb-kernbegrippen en Mededingingswet: een moeizame relatie in het nationale mededingingsland'.

Nu de toepassing van de Algemene wet bestuursrecht van groot belang is voor in het bijzonder het nationale mededingingsrecht, is het goed dat de discussie over de interpretatie van de Algemene wet bestuursrecht in nationaal mededingingsland wordt gevoerd. Daarom juichen wij een reactie als die van Van der Meulen toe. Wel hebben wij enige moeite met de licht belerende toon die wordt aangeslagen. Daardoor zou men bijna gaan denken dat Van der Meulen van mening is, dat de vraag hoe het bestuursrecht in het mededingingsrecht moet worden toegepast bij uitspraak moet worden beantwoord door de bestuursrechtelijke expert van de nationale mededingingsautoriteit (dat is toevallig mr drs Bernd van der Meulen). Omdat wij ervan uitgaan dat ook op dit terrein aan mededinging wordt gehecht, wagen wij het erop om op een paar punten van zijn uitvoerige naschrift een korte reactie te geven.

De kern van ons probleem bij de wijze waarop het besluitbegrip doorwerkt op het terrein van het mededingingsrecht, is dat doordat in een aantal situaties het moment van rechtsbescherming heel laat in de procedure aan de orde is, er formeel wel rechtsbescherming bestaat, maar in de praktijk in veel gevallen van de gebruikmaking van rechtsbescherming zal worden afgezien. Een voorbeeld: als ondernemingen door de d-g in het kader van, bij voorbeeld, de mogelijke overtreding van artikel 6 of artikel 24 worden 'uitgenodigd' hun overeenkomsten anders in te richten of zich te onthouden van bepaalde gedragingen die volgens de d-g NMa een overtreding van artikel 24 inhouden, bij gebreke waarvan handhavingsmaatregelen zoals het opleggen van een last onder dwangsom of een boete zal volgen, kan dat als een moderne manier van geschilbeslechting dan wel geschilvoorkoming worden gezien, zoals Van der Meulen doet. Er kan echter ook worden gesteld, dat ondernemingen die tegen zo'n 'uitnodiging' nog geen rechtsbeschermingsmiddelen kunnen aanwenden, onder zware druk worden gezet om dan maar eieren voor hun geld te kiezen teneinde de risico's verbonden aan een zware handhavingsmaatregel (met alle negatieve publiciteit, die op haar beurt weer economische repercussies heeft) te vermijden. De vraag is of de opzet van de Awb, die uitgaat van het uiteindelijk voor beroep vatbare besluit, aan-

trekkelijk is voor dergelijke situaties. Als de betreffende ondernemingen de vraag of zij de betreffende overeenkomst anders moeten inrichten of zich dienen te onthouden van bepaalde gedragingen op eenvoudige wijze aan de rechter kunnen voorleggen, moet worden afgevraagd of dat niet veel meer bijdraagt aan een ordentelijke wijze van geschilbeslechting. Waar Van der Meulen spreekt van wederkerig bestuursrecht, zijn wij minder geneigd om deze moderne drukmethodes om ondernemingen eieren voor hun geld te laten kiezen, met dat begrip te associëren.

Een volgend punt in het naschrift waarop wij willen reageren is de vraag welke gegevens de d-g nu bij de melding kan verlangen. Inderdaad bepaalt artikel 35 lid 2 dat de d-g van degene die een melding heeft gedaan aanvulling van de melding kan verlangen, indien er onvoldoende gegevens zijn verstrekt of indien de verstrekte gegevens onvoldoende zijn voor de beoordeling van een melding. In de Memorie van Toelichting is ten aanzien van die laatste mogelijkheid gezegd dat de d-g van die laatste mogelijkheid gebruikmaakt 'indien het formulier onvolledig is ingevuld of indien er in een specifiek geval voor een goede beoordeling van een aangemelde concentratie nadere gegevens nodig zijn'. Het moet om een specifiek geval gaan, waarbij het vragen om meer gegevens objectief gezien voor de beoordeling van de melding nodig is. In de praktijk bij de d-g NMa is het niet zo dat de d-g zich er rekenschap van geeft dat het vragen van die betreffende nadere informatie echt nodig is; immers, het vragen van die nadere informatie wordt voorzover ons bekend niet gemotiveerd.

Vervolgens zet Van der Meulen uiteen dat de mededeling naar aanleiding van een melding dat een concentratie vergunningplichtig is onmiskenbaar een besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb. Dat verheugt ons. Wij waren daar nog niet zo van overtuigd, nu waar in dat geval uiteindelijk nog een beslissing omtrent de vergunning zal worden gegeven, het bestuursrecht wel voorbeelden kent, dat zo'n eerste beslissing in de trits niet appellabel wordt geacht.¹

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 Vgl. bijvoorbeeld ABRS 9 oktober 1995, nr. R01.90.7052, gepubliceerd in de losbladige uitgave 'Ruimtelijk bestuursrecht', onderdeel Monumentenwet, onder artikelen 5-12, waarbij de ABRS oordeelde dat de brief van de minister waarbij een mededeling ex artikel 5 Monumentenwet niet als een besluit werd aangemerkt, omdat het doen van de mededeling en het gevolg daarvan rechtstreeks voortvloeit uit de wet. Het feit dat voor een concentratie in bepaalde gevallen een vergunning is vereist vloeit evenzeer uit de wet voort. Een brief van een bestuursorgaan dat een vergunning is vereist wordt ook niet in alle gevallen als een besluit aangemerkt (vgl. CBB 29 augustus 1995, AB 1995, 525).

A r t i k e l e n

Vervolgens volgt een opmerking dat wij uit het oog zouden hebben verloren dat wat wij aanduiden² als een negatieve verklaring een formele beslissing is op een aanvraag om een ontheffing. Wij hadden dat geenszins uit het oog verloren, maar de formulering van de negatieve verklaring houdt voorzover ons bekend niet in dat de aanvraag wordt afgewezen op grond van de criteria waaraan op grond van artikel 17 Mw een aanvraag tot een ontheffing moet worden beoordeeld, maar betreft veeleer een brief waarin wordt gesteld dat de desbetreffende overeenkomst niet in strijd is met artikel 6 Mw.³ Van een afwijzing van de aanvraag is in feite dan ook geen sprake, nog afgezien van het feit, dat het in het bestuursrecht gebruikelijk is dat wanneer geen ontheffing nodig is, een aanvraag niet-ontvankelijk wordt verklaard. C.T. Dekker⁴ heeft betoogd dat, nu de Awb het dictum niet-ontvankelijkheid van de aanvraag niet kent en buiten behandeling laten slechts is voorbehouden aan gevallen zoals in artikel 4:5 Awb, de aanvraag wel inhoudelijk moet worden beoordeeld. Deze opvatting lijkt ons minder juist. Wij kunnen ons beter vinden in de opvatting van Mok⁵, die meent dat het dictum niet-ontvankelijk verklaring beter op zijn plaats is. Dit komt ook overeen met (oudere) jurisprudentie van de ARRS⁶ waarbij een aanvraag om een bouwvergunning eveneens niet-ontvankelijk werd verklaard, terwijl de Woningwet dat dictum 'niet-ontvankelijkheid' ook niet kent. De aanduiding 'niet-ontvankelijk' zou naar het ons voorkomt beter aangeven wat wordt beslist (immers aan de materiële eisen van artikel 17 Mw wordt niet getoetst) en zou buiten twijfel stellen – hetgeen gelukkig volgens Van der Meulen reeds buiten twijfel staat – dat tegen zo'n brief kan worden opgekomen.

Ten slotte de gevolgtrekking: De suggestie, dat wij van het bijzondere bestuursrecht geen kennis hadden genomen vinden wij niet alleen niet aardig, maar ook niet terecht. De vraag of het algemeen bestuursrecht op de bijzondere delen, waaronder thans ook het mededingingsrecht, steeds tot goede uitkomsten leidt, is een serieuze vraag waarmee voor wat betreft het mededingingsrecht tot dusver nog te weinig beoefenaren met een algemeen bestuursrechtelijke achtergrond zich hebben beziggehouden. Deze discussie heeft in ieder geval opgeleverd dat wij nu het standpunt van de (bestuursrechtelijke expert van de) d-g NMa kennen omtrent het besluitbegrip van de mededeling naar aanleiding van een melding en het besluitbegrip van een 'negatieve verklaring'. Onze reactie maakt duidelijk dat wij ons door het naschrift van Van der Meulen dus niet zullen laten afschrikken.

2 Wij zijn ons er uiteraard van bewust dat er een verschil bestaat tussen de EG-rechtelijke 'negatieve verklaring', maar hadden – voor het gemak – de ontheffing ex artikel 17 Mw aangeduid als een 'negatieve verklaring' om een oordeel te krijgen dat artikel 6 niet van toepassing is.

3 In noot 36 van ons artikel merkten wij overigens reeds op dat de formulering van de beschikkingen nog wel eens verschilt.

4 C.T. Dekker, De afwijzing van ontheffingsverzoeken, *M&M* 1999, nr. 5, p. 149.

5 M.R. Mok, *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 2000, nr. 6, p. 156.

6 ARRS 5 september 1979, *Bouwrecht* 1980, p. 14.