

PER E-MAIL

Ministerie van Economische Zaken
Postbus 20101
2500 EC 'S-GRAVENHAGE

Reactie uitsluitend via www.internetconsultatie.nl

CMS Derks Star Busmann N.V.

Atrium | Parnassusweg 737
NL-1077 DG Amsterdam
Postbus 94700
NL-1090 GS Amsterdam

Bankrekening (Stichting Dergengelden)
Iban: NL31 RABO 0103 3545 49
Swift/bic: RABONL2U

mr. I.F. Kieft

Advocaat
T +31 20 301 62 70
F +31 20 301 63 33
E Iris.Kieft@cms-dsb.com

Onze ref. LB/3127483/IFK

Betreft: Consultatie Wetsvoorstel wijziging Wet markt en overheid,
concentratietoezicht en privaatrechtelijke handhaving

27 oktober 2017

Geachte mevrouw, heer,

CMS reageert hierbij op het concept wetsvoorstel wijziging Wet markt en overheid, concentratietoezicht en privaatrechtelijke handhaving.¹ Onze reactie mag openbaar zijn.

Onze reactie bestaat uit de volgende hoofdstukken:

1. Artikel II – wijziging Mededingingswet – markt en overheid
2. Artikel II – wijziging Mededingingswet – concentratietoezicht
3. Artikel I – wijziging artikel 6:193k, onderdeel a, BW
4. Artikel III – nieuw artikel 189b Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek

¹ Volledig: wijziging van de Mededingingswet in verband met wijziging van de bepalingen over markt en overheid en wijzigingen in het concentratietoezicht, en wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de nationale toepassing van de mogelijkheid tot privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

Alle diensten worden verleend op grond van een overeenkomst van opdracht met CMS Derks Star Busmann N.V., statutair gevestigd in Amsterdam. Op deze overeenkomst zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van CMS Derks Star Busmann N.V., welke zijn gedeponeerd bij de griffie van de rechtbank Amsterdam onder nummer 2017/51 en waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze voorwaarden kunnen worden geraadpleegd op cms.law en worden op verzoek verstrekt. CMS Derks Star Busmann N.V. is in Nederland ingeschreven in het handelsregister onder nummer 30201194 en in België in het RPR Brussel onder nummer 0877.478.727. Het BTW-nummer van CMS Derks Star Busmann N.V. in Nederland is NL8140.16.479.B01 en in België BE 0877.478.727.

CMS Derks Star Busmann maakt deel uit van CMS, de organisatie van Europese advocatenkantoren. In bepaalde gevallen wordt CMS gebruikt als een merk of als de bedrijfsnaam van, of om te refereren aan, enkele of alle leden of hun kantoren. Meer informatie vindt u op www.cms.law.
CMS kantoren en gelieerde kantoren wereldwijd: Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Beijing, Belgrado, Berlijn, Bratislava, Bristol, Brussel, Boekarest, Boedapest, Casablanca, Dresden, Düsseldorf, Dubai, Edinburgh, Frankfurt, Genève, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kiev, Keulen, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, Londen, Luxemburg, Lyon, Madrid, Milaan, Moskou, München, Muscat, Parijs, Praag, Rio de Janeiro, Rome, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straatsburg, Stuttgart, Teheran, Tirana, Utrecht, Warschau, Wenen, Zagreb en Zürich.

1. ARTIKEL II – WIJZIGING MEDEDINGINGSWET – MARKT EN OVERHEID

1.1 Inleiding

1.1.1 In 2015 heeft de evaluatie van de Wet markt en overheid plaatsgevonden. Onder meer wordt met deze evaluatie de bestaande indruk bij de praktijk bevestigd dat de reikwijdte van de Wet markt en overheid (te) beperkt is. Het concept wetsvoorstel markt en overheid zou dan ook naar ons inzien gericht moeten zijn op het vergroten van die reikwijdte en leiden tot een instrument dat daadwerkelijk de eerlijke concurrentie tussen overheid en onderneming bewerkstelligt.

1.1.2 De beperkte reikwijdte van de huidige Wet markt en overheid komt volgens de evaluatie door twee elementen: (i) de algemeenbelanguitzondering en (ii) de mogelijkheid voor overheden tot investering. In het concept wetsvoorstel wordt wel een aanscherping geïntroduceerd van die algemeenbelanguitzondering, maar aanvullende regelgeving met betrekking tot investering wordt niet voorgesteld. Wij menen dat met het concept wetsvoorstel beter moet worden aangesloten bij de knelpunten die uit de evaluatie naar voren zijn gekomen. Het consultatievoorstel leidt naar ons inzien niet tot een (adequate) versterking van de effectiviteit van de Wet markt en overheid. Bij inwerkingtreding van het consultatievoorstel in zijn huidige vorm bestaat ook na aanpassingen het risico dat de Wet markt en overheid een tandeloze tijger blijft, die geen gelijke concurrentieverhoudingen tussen markt en overheid kan bewerkstelligen.

1.1.3 In dat kader willen wij de volgende punten onder uw aandacht brengen.

1.2 Consultatievraag 1 van 2: onderdelen concept wetsvoorstel markt en overheid

1.2.1 Wat vindt u van de voorgestelde motiveringseisen?

- (a) Het concept wetsvoorstel voorziet in de eis dat per activiteit moet worden gemotiveerd waarom de algemeenbelanguitzondering wordt ingeroepen. Door deze verplichting dienen overheden specifiek en concreet te beschrijven waarom een economische activiteit in het algemeen belang moet worden verricht. Wij plaatsen echter een kanttekening bij deze motiveringseis. Onverlet de motiveringsverplichting blijft namelijk de mogelijkheid tot een generiek algemeenbelangbesluit bestaan. Een generiek algemeenbelangbesluit is toegestaan voor zover gemotiveerd kan worden dat die uitzondering voor bijvoorbeeld alle sportaccommodaties moet gelden. Wij pleiten voor een verscherping van de motiveringseis, in die zin dat ook bij generieke algemeenbelangbesluiten afzonderlijk, per uitvoering van een economische activiteit, de toepassing van de uitzondering moet worden toegelicht. Een bestuursorgaan kan dan niet met een categorische verantwoording van de algemeenbelanguitzondering volstaan.

Voorbeeld

Vanwege het algemeen belang rekent een gemeente niet de integrale kostprijzen voor de verhuur van sportaccommodaties. Die gemeente mag niet in een algemeenbelangbesluit sporthallen, zwembaden en sportvelden omvatten, maar dient per type accommodatie – en waar nodig per locatie – verantwoording voor de algemeenbelanguitzondering te geven.

1.2.2 Wat vindt u van het verplichten van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure?

- (a) Uit de evaluatie van de Wet markt en overheid is enerzijds gebleken dat de afweging van overheden om de algemeenbelanguitzondering toe te passen intern gericht is en dat belangen van ondernemers te weinig actief worden betrokken en anderzijds dat ondernemers slechts beperkt deelnemen aan de consultaties die wel zijn georganiseerd.
- (b) Om het zowel voor overheden als ondernemers overzichtelijker en toegankelijker te maken, achten wij het zinvol de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht toe te passen. Met toepassing van die voorbereidingsprocedure kan op laagdrempelige wijze input worden verkregen van ondernemers, hetgeen voor bestuursorganen de zorgvuldige voorbereiding van hun besluiten vergemakkelijkt. Voor ondernemers is het duidelijk wanneer en op welke wijze zij input kunnen leveren. Bovendien wordt de toegang tot beroepsprocedures hierdoor in beginsel beperkt tot ondernemers die de moeite hebben genomen in het voortraject actief te participeren.
- (c) Zoals wij in ons antwoord op consultatievraag 2 nader toelichten, stellen wij een verplichte marktconsultatie voor. Om de besluitvorming zo efficiënt mogelijk te laten verlopen en de lasten voor het bestuursorgaan te beperken, lijkt het ons nuttig om deze marktconsultatie – voor zover mogelijk – te integreren in de uniforme openbare voorbereidingsprocedure. Deze integratie is enkel mogelijk als het bestuursorgaan al over voldoende informatie over de markt beschikt om tot een ontwerpbesluit te kunnen komen.

Voorbeeld

Ondernemers kunnen bijvoorbeeld worden uitgenodigd om als onderdeel van hun zienswijze informatie te verstrekken over de markt en aan te geven of zij de voorliggende economische activiteit rendabel kunnen uitvoeren.

In het geval dat bestuursorganen ten tijde van de voorbereiding van het ontwerpbesluit nog niet over voldoende informatie over de markt beschikken om tot een ontwerpbesluit te komen, zal in een eerdere fase al marktinformatie verzameld moeten worden, bijvoorbeeld door middel van een separate marktconsultatie.

- (d) Tot slot vragen wij aandacht voor de vraag wie zienswijzen en beroep kunnen indienen. Afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht bepaalt dat belanghebbenden zienswijzen kunnen indienen. Beroep staat vervolgens in beginsel alleen open voor belanghebbenden die een zienswijze hebben ingediend.
- (e) Een algemeenbelangbesluit is zowel van belang voor ondernemers die al actief zijn op de markt in het relevante geografische gebied als voor ondernemers die dat nog niet zijn en wel objectief kunnen aantonen dat zij de betreffende activiteit rendabel kunnen aanbieden.
- (f) Ondernemers die activiteiten ontplooiën binnen hetzelfde marktsegment en in hetzelfde verzorgingsgebied, zullen op basis van de vaste jurisprudentie als belanghebbende worden aangemerkt. Voor ondernemers die nog niet actief zijn in het relevante marktsegment of verzorgingsgebied, maar die wel kunnen aantonen dat zij de activiteit rendabel kunnen aanbieden, is dit allerm minst zeker.
- (g) Tegen deze achtergrond, is het in ieder geval van belang dat in de Wet markt en overheid wordt bepaald dat eenieder zienswijze kan indienen. Daarnaast geven we in overweging om ondernemers die tijdens de voorbereiding van het besluit hebben aangetoond dat zij de betreffende activiteit rendabel kunnen aanbieden te behandelen als belanghebbende in het kader van beroep.

Voorbeeld

Hiervoor zou bijvoorbeeld een regeling kunnen worden getroffen die vergelijkbaar is met de regeling die voor representatieve partijen op de elektriciteitsmarkt is getroffen in artikel 82 van de Elektricitwet 1998.

1.2.3 Wat vindt u van de evaluatiebepaling?

- (a) De evaluatiebepaling voorziet in de verplichting voor bestuursorganen die een algemeenbelangbesluit hebben genomen om dit besluit elke vijf jaar te beoordelen op doeltreffendheid en effecten. De introductie van een evaluatieverplichting lijkt ons nuttig omdat bestuursorganen op deze wijze geprikkeld worden om – met de ontwikkelingen in de afgelopen vijf jaar en de ervaringen met de uitvoering van het algemeenbelangbesluit in het achterhoofd – opnieuw te bezien of het nog steeds noodzakelijk is dat de gedragsregels uit de Wet markt en overheid niet op de betreffende economische activiteit van toepassing zijn. Het bestuursorgaan moet de uitkomst van deze evaluatie ook openbaar maken. Volgens de toelichting bij het Cconsulstatievoorstel is deze openbaarmaking ervoor bedoeld om ondernemers de mogelijkheid te bieden te beoordelen of de evaluatie aan de voor te schrijven eisen voldoet en of de afweging op een zorgvuldige manier heeft plaatsgevonden.

- (b) De voorgestelde evaluatiebepaling regelt vooralsnog niet:
 - (i) op welke wijze ondernemers betrokken moeten worden bij de evaluatie;
 - (ii) wat er moet gebeuren als uit de evaluatie blijkt dat een beroep op de algemeenbelanguitzondering niet langer noodzakelijk is, en
 - (iii) welke mogelijkheden ondernemers hebben als zij van oordeel zijn dat de evaluatie niet aan de voorgeschreven eisen voldoet en/of de uitkomsten van de evaluatie aanleiding geven tot intrekking van het algemeenbelangbesluit.
- (c) Om voor zowel overheden als ondernemers duidelijkheid te scheppen over de werking en gevolgen van de in te voeren evaluatieverplichting, achten wij het van belang om als onderdeel van het wetgevingsproces keuzes te maken op de bovengenoemde drie punten.

Ad (i): Betrekken ondernemers bij evaluatie

- (d) Ondernemers die relevante inzichten hebben over de doeltreffendheid en de effecten in de praktijk van het algemeenbelangbesluit, moeten deze inzichten in de evaluatie kunnen inbrengen.

Voorbeeld

Dit zou bijvoorbeeld vorm kunnen krijgen door middel van de publicatie van een oproep aan een ieder om zienswijzen ten behoeve van de evaluatie en een vaste termijn waarbinnen dergelijke zienswijzen kunnen worden ingediend. Ook zou dit vorm kunnen krijgen door te bepalen dat de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht op de evaluatie van toepassing is (zie hierna). Bij toepassing van afdeling 3.4 zou moeten worden bepaald dat eenieder zienswijzen kan indienen (zie de toelichting in paragraaf 1.2.2).

Ad (ii): Consequentie als blijkt dat algemeenbelanguitzondering niet langer noodzakelijk is

- (e) Wij gaan ervanuit dat de bedoeling van de evaluatiebepaling is, dat als uit de evaluatie blijkt dat een beroep op de algemeenbelanguitzondering niet langer noodzakelijk is, het bestuursorgaan het bestaande algemeenbelangbesluit intrekt. Deze consequentie wordt in de huidige redactie van de voorgestelde bepaling niet aan de evaluatie verbonden. Wij geven in overweging om dit wel te doen.

Voorbeeld

Dit zou vormgegeven kunnen worden door een besluitmoment als sluitstuk van de evaluatie te introduceren (zie hierna).

Ad (iii): Mogelijkheden ondernemers naar aanleiding evaluatie

- (f) Tegen algemeenbelangbesluiten staat bezwaar en beroep open (en na de voorgenomen wetswijziging zal voor nieuwe algemeenbelangbesluiten een zienswijzenprocedure gevolgd worden, waarna beroep openstaat). Het ligt wat ons betreft voor de hand om in de evaluatiebepaling ook een besluitmoment te introduceren. Het bestuursorgaan moet immers herbeoordelen of een eerder genomen besluit nog steeds noodzakelijk is. In die zin is de evaluatie op rechtsgevolg gericht: de evaluatie zal hetzij resulteren in het voortzetten van de toepassing van de algemeenbelanguitzondering, hetzij in het opheffen van de toepassing van de algemeenbelanguitzondering. Dit zou vervolgens in een verlengings- of intrekkingbesluit moeten worden vervat.
- (g) Het introduceren van een besluitmoment als sluitstuk van de evaluatie geeft overheden een sterke prikkel om de evaluatie zorgvuldig uit te voeren en daadwerkelijk opnieuw te overwegen of het nog noodzakelijk is de algemeenbelanguitzondering toe te passen.
- (h) Door de evaluatie te laten uitmonden in een besluit wordt tevens gewaarborgd dat ondernemers een rechtsmiddel hebben indien de evaluatie naar hun oordeel niet aan de gestelde eisen voldoet of als uit de evaluatie naar hun oordeel volgt dat er geen noodzaak meer is om het algemeenbelangbesluit te handhaven en het bestuursorgaan het besluit niet intrekt. Hierbij is wel van belang dat ondernemers die kunnen aantonen dat zij de betreffende activiteit rendabel kunnen aanbieden dit rechtsmiddel ook kunnen aanwenden (zie hierover paragraaf 1.2.2).
- (i) Het introduceren van een rechtsmiddel is van belang omdat ondernemers anders niet effectief kunnen ingrijpen. Immers, zoals uit paragraaf 5 van de toelichting op het consultatievoorstel blijkt, is het indienen van een handhavingsverzoek geen optie omdat de Autoriteit Consument en Markt niet door middel van handhaving kan optreden als er een algemeenbelangbesluit ligt. Zonder regeling op dit punt, rest ondernemers enkel een verzoek tot intrekking van het algemeenbelangbesluit, hetgeen tot een separate procedure leidt die losstaat van de evaluatie en waarin wellicht niet ten volle kan worden beoordeeld of de evaluatie aan de gestelde voorwaarden voldoet. Het niet introduceren van een besluitmoment, en daarmee een rechtsmiddel, kan er ook toe leiden dat ondernemers ook los van de evaluatie intrekkingverzoeken zullen doen. Dit zou leiden tot een onnodige lastenverzwaring voor overheden.
- (j) Het introduceren van een besluitmoment is bovendien van belang omdat – zoals in de toelichting ook uiteen wordt gezet – de meeste algemeenbelangbesluiten reeds zijn genomen. Uit de evaluatie van de Wet markt en overheid volgt dat deze reeds genomen besluiten veelal beperkt zijn gemotiveerd. Bij de evaluatie van die besluiten zal daarom vaak voor het eerst onderzoek en belangenafweging plaatsvinden waarbij de belangen van de

ondernemers actief en expliciet worden betrokken. Het is daarom van belang dat naar aanleiding van de evaluatie een besluit wordt genomen en dat daartegen rechtsmiddelen open staan.

- (k) In de toelichting is overwogen dat het niet aantrekkelijk is om bestaande besluiten van rechtswege te laten vervallen omdat dit tot onzekerheid leidt en omdat bestuursorganen dan ook als de marktomstandigheden niet zijn veranderd, een nieuw besluit moeten nemen hetgeen tot hogere lasten leidt.
- (l) Wij kunnen ons vinden in de gedachte dat bestaande besluiten niet van rechtswege moeten vervallen. Echter, nu in veel gevallen pas bij de evaluatie van die besluiten voor het eerst de belangen van ondernemers vol afgewogen worden, is het nemen van een verlengings- of intrekingsbesluit naar ons oordeel wel op zijn plaats. Aangezien de evaluatie moet plaatsvinden aan de hand van dezelfde criteria als die bij een nieuw besluit moeten worden gehanteerd, is met deugdelijke uitvoering van de evaluatie een vergelijkbare inspanning gemoeid als met het voorbereiden van een besluit. Door de evaluatie te laten uitmonden in een besluit, wordt een efficiëntieslag behaald ten opzichte van de situatie dat ondernemers een intrekingsverzoek moeten indienen.
- (m) Overwogen kan worden om de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht toe te passen op de voorbereiding van het evaluatiebesluit. Op die manier kan op laagdrempelige wijze input worden verkregen van ondernemers en wordt tegelijkertijd de toegang tot beroepsprocedures in beginsel beperkt tot partijen die de moeite hebben genomen in het voortraject actief te participeren. Hierbij is dan wel van belang dat wordt bepaald dat eenieder zienswijzen kan indienen en dat ondernemers die kunnen aantonen dat zij de betreffende activiteit rendabel kunnen aanbieden worden toegelaten tot beroep (zie ook paragraaf 1.2.2).

1.3 **Consultatievraag 2 van 2: alternatieven markt en overheid**

1.3.1 Staat u achter de aanscherping van de algemeenbelanguitzondering in het consultatievoorstel of vindt u (en zo ja, waarom):

- (a) Wij vinden het noodzakelijk dat de algemeenbelanguitzondering wordt 'aangescherpt' in het concept wetsvoorstel markt en overheid. Op dit moment past circa 90% van de Nederlandse gemeenten deze uitzondering toe op economische activiteiten die door haar worden verricht. Het concept wetsvoorstel voorziet in een 'aanscherping' van de algemeenbelanguitzondering door een toevoeging van artikel 25ha. In het concept wetsvoorstel is opgenomen dat straks op de voorbereiding van het algemeenbelangbesluit afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing is. Doel daarvan is om de kwaliteit van de besluitvorming te

verbeteren wanneer overheden gebruik maken van de algemeenbelanguitzondering.

- (b) Wij menen dat het concept wetsvoorstel onvoldoende strekt tot een inperking van de algemeenbelanguitzondering, terwijl een dergelijke inperking tot de gewenste, bredere reikwijdte van de Wet markt en overheid kan leiden. Volgens ons zijn zowel overheden als marktpartijen gebaat bij een afname in het gebruik van de algemeenbelanguitzondering. Het dient te gaan om een uitzondering, die overheden kunnen inzetten als sprake is van marktfalen en wanneer het politiek of maatschappelijk gewenst is dat wegens het publieke belang economische activiteiten worden verricht beneden de kostprijs.
- (c) Een inperking van de algemeenbelanguitsondeiring kan volgens ons het beste worden gerealiseerd door middel van een verplichte marktconsultatie als onderdeel van het te nemen algemeenbelangbesluit. Indien uit een marktconsultatie naar voren komt dat marktpartijen rendabel de betreffende economische activiteit kunnen verrichten, dan kan de overheid geen gebruik maken van de algemeenbelanguitzondering. Op dat moment worden er immers voldoende alternatieven door particuliere aanbieders op de markt gebracht.
- (d) Wij geven dan ook in overweging om de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht – voor zover mogelijk – in te vullen met onder meer een verplichte marktconsultatie waarbij aan ondernemers de vraag wordt voorgelegd of zij de betreffende economische activiteit rendabel kunnen verrichten. Indien dit het geval is, dan is het overheden niet meer toegestaan gebruik te maken van de algemeenbelanguitzondering.
- (e) In feite stellen wij voor om enkele gesuggereerde alternatieven voor de Wet markt en overheid (verbodsstelsel en een marktconsultatie) gecombineerd toe te passen in de vorm van een bindende marktconsultatie. Een zuiver verbodsstelsel waarin overheden alleen economische activiteiten mogen verrichten indien dit proportioneel en noodzakelijk is, kan naar ons inzien leiden tot een onnodige lastenverzwaring aan de zijde van overheden.

Voorbeeld A

Een bestuursorgaan maakt een ontwerpbesluit bekend, waarin het aankondigt om in het kader van het algemeen belang ligplaatsen te verhuren in een jachthaven tegen lage tarieven. Onderdeel van besluitvorming is een marktconsultatie. Een ondernemer reageert tijdens de marktconsultatie op het ontwerpbesluit en laat aan de hand van zijn bedrijfsplan weten dat hij rendabel de jachthaven kan exploiteren. Om de gelijke concurrentie tussen de overheid en onderneming te waarborgen, is in dit geval gebruik van de algemeenbelanguitzondering niet toegestaan.

Voorbeeld B

In het kader van het algemeen belang, is een bestuursorgaan voornemens om vergaderruimte in het gemeentehuis tegen symbolische huurprijzen beschikbaar te stellen aan vrijwilligersorganisaties. Het bestuursorgaan publiceert het ontwerpbesluit en houdt een bindende marktconsultatie. Er komen geen reacties van ondernemers. In dit geval kan de overheid gebruik maken van de algemeenbelanguitzondering.

- (f) Met een bindende marktconsultatie blijft het initiatief voor gebruik van de algemeenbelanguitzondering bij overheden, enkel bij inhoudelijke reacties van ondernemers kan gebruik van de algemeenbelanguitzondering worden tegengehouden. Ondernemers krijgen op hun beurt een steviger instrument in handen dan een vrijblijvende marktconsultatie. Indien zij (objectief) kunnen aantonen dat zij de betreffende activiteit rendabel kunnen aanbieden, kunnen zij het gebruik van de algemeenbelanguitzondering in dat geval tegenhouden. Tevens menen wij dat met een bindende marktconsultatie tegemoet wordt gekomen aan de bezwaren die ondernemers nu ervaren bij het in bezwaar gaan tegen de overheid. Uit de evaluatie van de Wet markt en overheid bleek immers dat veel ondernemers niet in bezwaar durven te gaan tegen een overheid waar zij op een later moment weer afhankelijk van (kunnen) zijn.
- (g) Door de marktconsultatie zo in te richten dat het (i) voor zover mogelijk onderdeel vormt van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure en (ii) een beoordeling inhoudt of ondernemers een bepaalde economische activiteit rendabel kunnen verrichten, wordt de drempel voor inspraak van ondernemingen verlaagd. Met een bindende marktconsultatie kan een onderneming namelijk inspraak uitoefenen op basis van objectieve argumenten, zonder dat zij in een bezwaar- of beroepsprocedure hoeven te geraken. Ook overheden hebben volgens ons baat bij een dergelijke procedure: door in een vroeg stadium al de mogelijke tegenargumenten te verzamelen, neemt de kans op latere, tot vertraging leidende, beroepsprocedures af.
- (h) Met het bovenstaande antwoord hebben wij tevens de overige deelvragen van consultatievraag 2 van 2 behandeld.

1.4 Overige opmerkingen: investering

- 1.4.1 4.1 Het is volgens ons een gemiste kans dat het concept wetsvoorstel niet voorziet in een uitbreiding van het toepassingsbereik bij investering. Onder de huidige wet en het concept wetsvoorstel zijn de regels uit de Wet markt en overheid niet van toepassing wanneer overheden gebruik maken van investering.

Voorbeeld:

Twee gemeenten besluiten om hun IT diensten in te besteden aan de Vereniging IT Publiek, waarop zij gezamenlijk toezicht houden. Deze Vereniging IT Publiek biedt vervolgens ook aan andere gemeenten aan om tegen lage tarieven IT-diensten te verrichten. Het IT bedrijf Technology BV ziet door deze ontwikkeling zijn omzet bij gemeenten afnemen. Omdat sprake is van investering, is het huidige artikel 25j Mededingingswet niet van toepassing op de relatie gemeenten en Vereniging IT Publiek. Evenmin is Vereniging IT Publiek verplicht om de integrale kosten in rekening te brengen, nu artikel 25i Mededingingswet alleen van toepassing is op bestuursorganen.

- 1.4.2 Wij geven in overweging om aan het concept wetsvoorstel een hoofdstuk toe te voegen dat ziet op de toepassing van de regels uit Wet markt en overheid bij investering. In het bijzonder stellen wij voor om artikel 25i en 25j Mededingingswet ("Mw") zo aan te passen dat deze bepaling ook van toepassing is op entiteiten die op grond van investering economische activiteiten verrichten.

2. ARTIKEL II – WIJZIGING MEDEDINGINGSWET – CONCENTRATIETOEZICHT

2.1.1 Een deel van de voorgestelde wijzigingen aangaande het concentratietoezicht betreft terechte tekstuele wijzigingen waarop wij verder geen commentaar hebben. In deze reactie gaan we enkel afzonderlijk in op die wijzigingen die materiele effecten kunnen hebben op het concentratietoezicht. Ten behoeve van de leesbaarheid zullen wij nieuwe tekstvoorstellen voor de wijzigingen onderstreept weergeven.

Artikel II onderdeel E – wijziging artikel 30 lid 2 Mw (opeenvolgende transacties)

2.1.2 Artikel II onderdeel E stelt een wijziging van artikel 30 lid 2 Mw voor. Met de voorgestelde wijziging wordt met dit lid definitief aangesloten op artikel 5 lid 2 van de EG-Concentratieverordening. Dit was reeds oorspronkelijk de bedoeling.² De huidige wettekst is verwarrend en daarom is de wijziging naar ons oordeel terecht.

2.1.3 Overigens geven wij in overweging in de memorie van toelichting uiteen te zetten dat deze wijziging ertoe leidt dat de theorie van de economische verbondenheid, zoals ooit geschapen in een redenering van de Nederlandse Mededingingsautoriteiten ("NMa") uit 1999³, niet langer door ACM zal worden toegepast in haar concentratietoezicht.

Artikel II onderdeel F – wijziging van artikel 37 lid 4 en 6 Mw (tijdslimiet en voortgang)

2.1.4 Artikel II onderdeel F stelt een wijziging van artikel 37 lid 4 en 6 Mw voor. De wijziging beoogt ten eerste een tijdslimiet van een jaar toe te voegen aan goedkeuringsbesluiten in de meldingsfase aangezien marktomstandigheden kunnen wijzigen. Ten tweede beoogt het te voorkomen dat ondernemingen worden geforceerd onredelijke lage prijzen te accepteren bij door ACM afgedwongen verkoop van bedrijfsactiviteiten teneinde snel door te gaan met de beoogde transactie.

2.1.5 Beantwoording van de 7 vragen uit het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK) meldt ten aanzien van de aanleiding van het wetsvoorstel:

"Uitgangspunt van de Mededingingswet is dat zo veel mogelijk aansluiting wordt gezocht bij het Europese mededingingsrecht. Bij de inrichting van het Nederlandse concentratietoezicht is daarom aansluiting gezocht bij het Europese concentratietoezicht. Gebleken is dat nog beter aangesloten kan worden bij het Europeesrechtelijk kader (de EG-concentratieverordening). Dit kan interpretatievragen voorkomen."

2.1.6 Voor beide voorgestelde wijzigingen van artikel 37 Mw is het opvallend dat de verhouding tot (i) bovenstaand uitgangspunt van de Mededingingswet, (ii) inrichting van het Nederlandse concentratietoezicht en (iii) de constatering dat nog beter kan worden aangesloten bij het Europeesrechtelijk kader niet wordt toegelicht.

² Vgl. Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 19.

³ Besluit d-g NMa 7 juli 1999, zaak 1132 (FCDF – De Kieviet), nr. 32.

- 2.1.7 Daarbij komt dat het kennelijk doel van het wetsvoorstel – voor wat betreft concentratietoezicht – inhoudt het nationaal concentratietoezicht nauwer aan te sluiten bij het Europeesrechtelijk kader alsmede een aantal bepalingen in lijn te brengen met de geldende uitvoeringspraktijk.
- 2.1.8 Ten aanzien van de toevoeging van de tijdslimiet geldt echter dat de Nederlandse mededingingsregels hiermee juist meer zouden afwijken van het Europeesrechtelijke kader.⁴ Daarbij wordt niet toegelicht wat de noodzaak van deze toevoeging is of hoe deze toevoeging het Nederlandse concentratietoezicht meer in lijn brengt met de geldende uitvoeringspraktijk. Integendeel, in de toelichting wordt aangegeven dat het overgrote deel van de gemelde concentraties wel binnen korte tijd wordt geëffectueerd. Het is onduidelijk hoe groot het aantal niet binnen een jaar geëffectueerde transacties is en of het ooit is voorgekomen dat marktomstandigheden zodanig gewijzigd zijn dat een nieuwe beoordeling anders zou zijn uitgevallen.
- 2.1.9 Aangezien (a) de toevoeging van de tijdslimiet het Nederlands concentratietoezicht minder zou doen aansluiten bij het EU-concentratietoezicht en (b) noodzaak lijkt te ontbreken geven wij in overweging Artikel II onderdeel F niet op te nemen in het definitieve wetsvoorstel.
- 2.1.10 Ten aanzien van het voorstel tot het schrappen van de zin "*ingeval van een mededeling als bedoeld in het vierde lid, blijft het in artikel 34 vervatte verbod gelden totdat aan de gestelde voorwaarden is voldaan*" geldt dat in de toelichting op het ontwerp een vergelijking met EU-regelgeving, zoals de procedure onder de EG-Concentratieverordening en toelichting daarop in de Mededeling remedies,⁵ ontbreekt. Hierdoor is onduidelijk hoe de Minister de wijzigingen in de nationale procedure ziet in verhouding met de EU-procedure.
- 2.1.11 In aanvulling op bovenstaande observatie, geven wij in overweging de Nederlandse procedure inzake remedies in de meldingsfase in lijn te brengen met de EU procedure.
- 2.1.12 Overigens dient daarbij in aanmerking te worden genomen dat het huidige voorstel tot de onwenselijke situatie zou kunnen leiden dat de relevante onderneming gedurende ruime tijd niet aan de voorwaarden als gesteld onder artikel 34 lid 4 Mw voldoet, terwijl de concentratie wél tot stand komt. Als vervolgens niet, of niet tijdig, aan de voorwaarde wordt voldaan, is weliswaar een vergunning vereist, maar zal het lastig worden de oorspronkelijke situatie te herstellen. Een vergelijking wordt vaak gemaakt met roerei: nadat de eieren eenmaal zijn geroerd kunnen deze niet meer 'ontroerd' worden.
- Artikel II onderdeel I – wijziging van artikel 41 Mw (tijdslimiet)***
- 2.1.13 Artikel II onderdeel I stelt een wijziging van artikel 41 Mw voor. Het beoogt, net als bij de meldingsfase, een tijdslimiet van een jaar toe te voegen aan

⁴ Nationale regelgeving of beschikkingenpraktijk in andere EU-lidstaten laten wij hier buiten beschouwing.

⁵ Mededeling van de Commissie betreffende op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen.

goedkeuringsbesluiten in de vergunningsfase aangezien marktomstandigheden kunnen wijzigen.

- 2.1.14 Wij verwijzen naar bovenstaande opmerkingen aangaande Artikel II onderdeel F en geven in overweging Artikel II onderdeel I niet op te nemen in het definitieve wetsvoorstel.

3. ARTIKEL I – WIJZIGING ARTIKEL 6:193K, ONDERDEEL A BW

- 3.1 Artikel I stelt een wijziging van artikel 6:193k onderdeel a Burgerlijk Wetboek ("BW") voor. Met de voorgestelde wijziging wordt de definitie van *"inbreuk op mededingingsrecht"* uitgebreid tot artikel 6 en 24 Mw. Hiermee zal Boek 6, Titel 3, Afdeling 3b (schending van mededingingsrecht) ook van toepassing zijn op gevallen waar louter Nederlands mededingingsrecht wordt overtreden.
- 3.2 De motivatie voor uitbreiding van hiervoor genoemde definitie naar Nederlands mededingingsrecht is volgens ons terecht.
- 3.3 De inbreuk op het mededingingsrecht wordt naar nationaal recht echter slechts gemaakt op de twee verboden als vastgelegd in de respectievelijke eerste leden van beide artikelen. Het kartelverbod is vastgelegd in artikel 6 lid 1 Mw.⁶ Het verbod op misbruik machtspositie is vastgelegd in artikel 24 lid 1 Mw.⁷ De andere leden van artikel 6 en 24 Mw bevatten nadere bepalingen en uitzonderingen op deze verboden.⁸ Niet zonder reden luidt huidig artikel 56 Mw:
"Ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of van artikel 24, eerste lid, kan de Autoriteit Consument en Markt de overtreder
a. een bestuurlijke boete opleggen;
b. een last onder dwangsom opleggen." (CMS: nadruk toegevoegd)
- 3.4 Wij geven derhalve in overweging voorgestelde wijziging van artikel 6:193k onderdeel a Burgerlijk Wetboek te beperken tot lid 1 van beide artikelen 6 en 24 Mw. Hiermee zou artikel 6:193k onderdeel a Burgerlijk Wetboek komen te luiden:
"a. inbreuk op het mededingingsrecht: een inbreuk op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, het mededingingsrecht van een lidstaat van de Europese Unie dat parallel wordt toegepast aan artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie overeenkomstig artikel 3, eerste lid, van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003, L 1), of artikel 6 lid 1 of 24 lid 1 van de Mededingingswet;" (CMS: nadruk toegevoegd)

⁶ Artikel 6 lid 1 Mw: Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

⁷ Artikel 24 lid 1 Mw: Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.

⁸ In tegenstelling tot Artikel 102 VWEU (het Europese verbod op misbruik machtspositie) kent artikel 24 Mw wél meerdere leden.

4. ARTIKEL III – NIEUW ARTIKEL 189B OVERGANGSWET NIEUW BURGERLIJK WETBOEK

- 4.1 Wij geven in overweging eenzelfde beperking als aangereikt in rnr. 3.4 toe te passen op het beoogde artikel 189b Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek. Hiermee zou dit artikel 189b Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek komen te luiden:

"Voor zover het betreft een inbreuk als bedoeld in artikel 193k van Boek 6 op artikel 6 lid 1 of 24 lid 1 van de Mededingingswet zijn artikel 193r van Boek 6 en de artikelen 44a, derde lid, 161a en 844 tot en met 850 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering slechts van toepassing op die zaken die bij de rechter aanhangig zijn gemaakt na het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I van de Wet van ... houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met wijziging van de bepalingen over markt en overheid en wijzigingen in het concentratietoezicht en wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de nationale toepassing van de mogelijkheid tot privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (Stb. ..., ...)." (CMS: nadruk toegevoegd)

Met vriendelijke groet,

Iris Kieft

Linde Bremmer

Roderick Nieuwmeyer