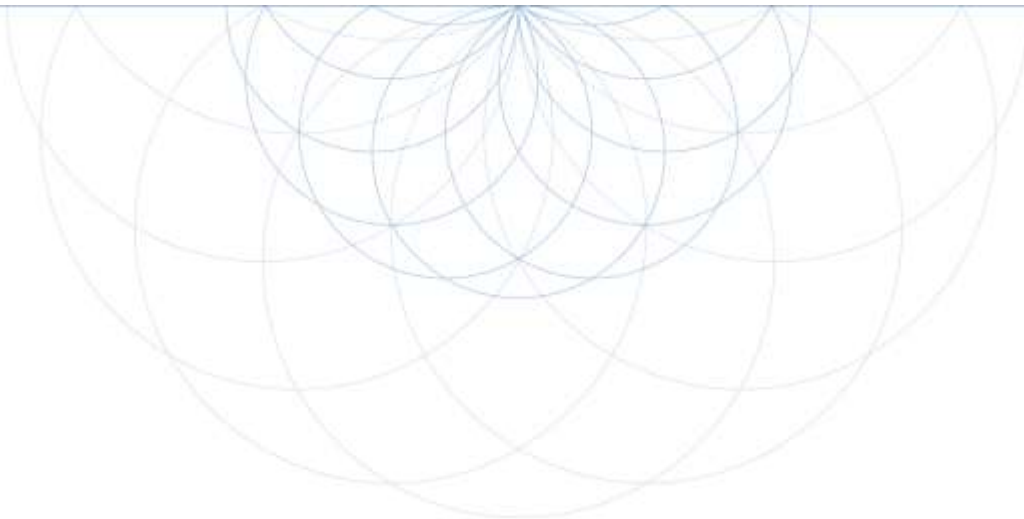

Reactie NautaDutilh

consultatie wijziging van de Mededingingswet
in verband met wijziging van de Wet Markt en Overheid
en het concentratietoezicht



NautaDutilh N.V.

27 oktober 2017

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	1
2.	Reactie wijzigingen wet markt en overheid.....	2
2.1	Uniforme openbare voorbereidingsprocedure.....	2
2.2	Evaluatie van algemeen belang besluiten	3
2.3	Verhouding tot rapport Evaluatie Wet Markt en Overheid van 6 augustus 2015	4
2.4	Verhouding tot regeerakkoord 10 oktober 2017	5
2.5	Verwijderen horizonbepaling.....	6
3.	Reactie wijzigingen concentratietoezicht	7
3.1	Algemeen.....	7
3.2	Artikel 30, tweede lid Mw - opeenvolgende concentraties	7
3.3	Artikel 37, zesde lid Mw en artikel 41, vijfde lid Mw - termijn waarbinnen de concentratie moet worden gebracht	7
3.4	Artikel 39 Mw - openbaar bod	9
4.	Contactgegevens	11

1. Inleiding

NautaDutilh N.V. heeft met belangstelling kennis genomen van het wetsvoorstel dat strekt tot 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 (hierna: "**het Wetsvoorstel**"), en de bijbehorende toelichting.

Wij maken graag gebruik van de geboden mogelijkheid om op het wetsvoorstel en de toelichting te reageren. Deze reactie bevat de opmerkingen en suggesties van NautaDutilh N.V., vanuit het perspectief van en gebaseerd op onze ervaring met de toepassing van het concentratietoezicht en de Wet Markt en Overheid, en vertegenwoordigt niet de visie van de individuele advocaten van NautaDutilh of van onze cliënten.

Uiteraard zijn wij graag bereid om deze reactie nader toe te lichten. Onze contactgegevens zijn opgenomen in hoofdstuk 4.

Amsterdam, 27 oktober 2017.

NautaDutilh N.V.

■■■■■■■■■■
■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■
■■■■■■■■■■

2. Reactie wijzigingen wet markt en overheid

2.1 Uniforme openbare voorbereidingsprocedure

In het Wetsvoorstel blijft de mogelijkheid gehandhaafd voor overheidsorganisaties om activiteiten die – naar hun oordeel – plaatsvinden in het algemeen belang uit te zonderen van de werkingssfeer van de Wet Markt en Overheid. In het Wetsvoorstel wordt voorgesteld deze uitzondering in twee opzichten aan te scherpen. Eén van die aanscherpingen betreft de verplichting voor overheden om bij de vaststelling van algemeen belang besluiten de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit artikel 3:4 Awb toe te passen.

Ten opzichte van de huidige algemeen belang uitzondering zien wij de voorgestelde aanscherping in procedureel opzicht als een verbetering. Verplichte toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure zal kunnen leiden voor inspraak in een eerder stadium dan nu het geval is. Het voordeel voor concurrerende ondernemingen is dat zij hun bezwaren naar voren kunnen brengen nog voordat het besluit is vastgesteld, in plaats van pas (formeel) in de bezwaarfase waarin veel minder flexibiliteit bestaat voor het doorvoeren van aanpassingen of het voeren van overleg. Overheidsorganisaties hebben in een vroeger stadium inzicht in de mogelijke bezwaren die concurrerende ondernemingen tegen algemeen belang besluiten hebben en kunnen daarmee de kwaliteit van hun besluitvorming vergroten.

Een zorgvuldige voorbereiding van algemeen belang besluiten is uiteraard ook nu in het huidige regime al verplicht. De toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure zou echter voor meer rechtszekerheid voor zowel overheden als concurrerende ondernemingen kunnen zorgen. De huidige Wet Markt en Overheid geeft weinig *guidance* aan overheden ten aanzien van de vereisten waaraan een algemeen belang besluit moet voldoen om als zorgvuldig voorbereid te kunnen gelden. Dat is terug te zien in het feit dat sinds de Evaluatie in 2015, waarin de algemeen belang problematiek werd gesignaleerd, inmiddels meerdere algemeen belang besluiten die aan de bestuursrechter zijn voorgelegd zijn vernietigd wegens onzorgvuldige voorbereiding in strijd met artikel 3:2 Awb.

Uit de aldus ontstane rechtspraak kunnen alvast enkele richtsnoeren worden afgeleid voor het zorgvuldig voorbereiden van algemeen belang besluiten. Het CbB heeft niet alleen bevestigd dat een vaststellingsbesluit dat een economische activiteit in het algemeen belang plaatsvindt voldoende bepaalbaar is naar object en plaats om een appellabel besluit in de zin van artikel 1:3 Awb te vormen, maar ook dat bij die vaststelling een belangenafweging moet plaatsvinden tussen het belang dat met de vaststelling wordt nagestreefd en de belangen van derden, en dat de uitkomst daarvan ook kan zijn dat een vaststellingsbesluit pas kan worden genomen indien compensatie wordt aangeboden aan belanghebbenden.¹ In navolging daarvan zijn verscheidene algemeen belang besluiten vernietigd in beroep, omdat deze besluiten niet zorgvuldig waren voorbereid.² De gronden voor vernietiging waren gelegen in de volgende punten:

- Het overheidsorgaan had geen onderzoek verricht naar of de toepassing van de algemeen belang uitzondering kon bijdragen aan verwezenlijking van dat algemene belang;
- Het overheidsorgaan had geen feitelijke onderbouwing gegeven van zijn stellingen, maar alleen de hoop en verwachting uitgesproken dat de uitzondering effect zou hebben, en daarbij geen acht geslagen op marktonderzoeken die beschikbaar waren;
- Het overheidsorgaan had geen onderzoek verricht naar de positieve of negatieve effecten van de toepassing van de algemeen belang uitzondering voor concurrerende ondernemingen;
- Het overheidsorgaan had überhaupt geen kennis vergaard over de af te wegen belangen.

Naar onze mening biedt het voorstel om de uniforme openbare voorbereidingsprocedure verplicht te stellen bij vaststelling van een algemeen belang besluit ruimte om dergelijke procedurele gebreken (geheel of gedeeltelijk) te ondervangen

¹ Uitspraak CbB van 21 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:414, ov. 5.3.

² Zie uitspraak Rechtbank Rotterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:631, ov. 7, Rechtbank Rotterdam 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6538, ov. 5.5 en Rechtbank Rotterdam 21 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7170, ov. 4.3.

in de vaststellingsfase. Onderzoek waaruit blijkt dat de uitzondering kan bijdragen aan verwezenlijking van de doelstelling of het betrekken van belangen van concurrerende ondernemers heeft dan al verplicht in de voorfase plaatsgevonden. Wij stellen in dat kader voor om de elementen die overheden in hun afweging moeten betrekken in de amvb te verwoorden als duidelijk toetsbare criteria, zodat de rechtszekerheid binnen het kader zoveel mogelijk wordt geoptimaliseerd. Dit verschaft ten eerste aan overheden zekerheid en duidelijkheid over de criteria waaraan hun besluiten moeten voldoen. De vergroting van deze rechtszekerheid in dit opzicht is van belang, omdat het wegvallen van een algemeen belang besluit tot gevolg heeft dat een overheid achteraf blijkt de Wet Markt en Overheid te hebben overtreden sinds vaststelling van dat besluit (of daarvoor), dus mogelijk meerdere jaren. Ook voor concurrenten is een vergroting van de rechtszekerheid van belang, omdat zij anders geconfronteerd kunnen worden met concurrentievervalsing gedurende meerdere jaren en het niet gezegd is dat schadevergoeding volstaat (of op tijd komt) om de verliezen op te vangen. Concurrenten kunnen daarnaast bij duidelijk toetsbare criteria hun proceskansen beter inschatten, omdat beter toetsbaar is of overheden zich aan de randvoorwaarden voor zorgvuldige voorbereiding hebben gehouden.

Ten slotte is het zo concreet en duidelijk mogelijk formuleren van de criteria ook noodzakelijk vanwege de omstandigheid dat in de Wet Markt en Overheid bewust is gekozen de reikwijdte van de algemeen belang uitzondering niet inhoudelijk te beperken (er worden bijvoorbeeld geen categorieën van activiteiten aangewezen). Ook in het door het Wetsvoorstel voorziene systeem blijven de knelpunten met betrekking tot de handhaafbaarheid van de Wet Markt en Overheid (op zijn minst gedeeltelijk) in stand. Zodra een overheidsorganisatie een algemeen belang besluit vaststelt, is ACM niet langer bevoegd toepassing te geven aan de Wet Markt en Overheid. In dat systeem brengt het Wetsvoorstel op zichzelf geen verandering. Slechts in gevallen waarin een overheid na zorgvuldige voorbereiding meent geen algemeen belang besluit te kunnen vaststellen en zichzelf uit de markt prijst als zij de activiteit toch blijft aanbieden, zal de voorgestelde aanscherping dus bijdragen aan de handhaafbaarheid (want slechts dan komt de activiteit weer binnen de sfeer van de wet). Aangezien de rechter daarnaast marginaal toetst, kan het formuleren van duidelijke en toetsbare criteria de rechtsbescherming ten goede komen. Om daarbij te voorkomen dat een besluit na doorlopen van de voorbereidingsprocedure alsnog vatbaar is voor vernietiging in beroep, wegens de voornoemde in de rechtspraak geïdentificeerde randvoorwaarden, is het raadzaam om in de amvb in ieder geval (zonder dat dit limitatief is) die randvoorwaarden op te nemen als criteria voor zorgvuldige voorbereiding.

Wij plaatsen bij het voorstel voor toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure nog de volgende kanttekening. Concurrerende ondernemingen moeten door die toepassing al in een vroeg stadium zicht hebben op de bezwaren die zij naar voren willen brengen tegen een voorgenomen algemeen belang besluit. Dit heeft tot gevolg dat zij dus ook al in een vroeg stadium met een volledige uiteenzetting van de gronden en de onderbouwing daarvan (inclusief bijvoorbeeld marktonderzoeken) moeten komen. Brengen zij deze gronden en onderbouwing niet bij de zienswijze naar voren, dan kunnen zij in beroep in de 'fuik' terecht komen. Dit kan voor concurrerende ondernemingen een nadeel vormen wanneer zij zich nog een beeld moeten vormen van de problematiek en bijvoorbeeld de onderbouwing van de overheidsorganisatie niet erg uitgebreid is.

2.2 Evaluatie van algemeen belang besluiten

De tweede aanscherping betreft de introductie van een verplichte evaluatie van algemeen belang besluiten. Artikel 25ha, vierde lid, Mw voorziet in een verplichte evaluatie van ieder vastgesteld algemeen belang besluit, door het bestuursorgaan dat dit besluit heeft vastgesteld, binnen een periode van vijf jaar. Anders dan de aanscherping van de voorbereidingsvereisten bij de eerste vaststelling van een algemeen belangbesluit, die feitelijk slechts meer expliciet maakt wat nu ook al verplicht is, lijkt de evaluatiebepaling te leiden tot een verruiming van de werking van de wet. Overheidsorganisaties kunnen daardoor niet volstaan met een eenmalige (zorgvuldige) belangenafweging ten tijde van de eerste uitzondering van economische activiteiten in het algemeen belang, maar worden ertoe aangezet om bij hun staande beleid ook gewijzigde marktomstandigheden in aanmerking te nemen. Dit introduceert extra bescherming voor concurrerende ondernemingen ten opzichte van de huidige wet, waarin geen expliciete verplichting of prikkel is ingebouwd om vastgestelde algemeen belang besluiten te herzien, anders dan bijvoorbeeld bij algehele herziening van het beleid waarin dergelijke besluiten idealiter zouden moeten zijn ingebed.

Wij stellen vast dat de evaluatiebepaling, door gebruik van het woord 'binnen', ruimte laat voor overheden om ook eerder te evalueren en aan te passen, maar geen prikkel inbouwt voor overheden om ook eerder dan na 5 jaar tot herziening over te gaan als er concrete aanwijzingen zijn dat de marktomstandigheden zijn gewijzigd, bijvoorbeeld door toetreding van nieuwe spelers. Wij zijn benieuwd of de amvb aan dit punt aandacht zal besteden en zo ja, in welke vorm.

De Ontwerp Toelichting bepaalt dat de evaluatie openbaar moet worden gemaakt, maar geeft geen uitsluitel over welke betekenis hieraan in het kader van de rechtsbescherming moet worden gegeven. Indien de evaluatie op zichzelf niet als besluit is te kenmerken geeft de in de Ontwerp Toelichting genoemde "*mogelijkheid te beoordelen of de evaluatie aan de verschillende (nog te stellen) eisen voldoet en of de afweging op een zorgvuldige manier heeft plaatsgevonden*" de concurrerende onderneming weinig munitie in handen.

Met betrekking tot de termijn van vijf jaren merken wij op dat deze ons op het eerste gezicht niet onevenredig lang voorkomt. In het mededingingsrecht, bijvoorbeeld bij de toepassing van het concentratietoezicht, wordt door de Europese Commissie vaak de stelregel toegepast dat een *start up* periode van maximaal drie jaar door de bank genomen zou moeten volstaan voor een onderneming om zich voldoende onafhankelijk op de markt te kunnen vestigen. Wordt daarbij aangesloten, dan zou met een kortere periode geriskeerd worden dat overheidsorganen wel de extra lasten moeten dragen van evaluatie en mogelijk aanpassing van hun besluiten, terwijl wijzigingen in de markt mogelijk niet bestendig zijn. Daar staat overigens tegenover dat het per markt sterk zal verschillen of een periode van vijf jaar als lang heeft te gelden: in dynamische of innovatieve markten kan het spectrum van aanbieders en afnemers op de markt in veel kortere tijd aanzienlijk veranderen, terwijl andere markten gedurende veel langere periode stabiel blijven. Het is dus niet uitgesloten dat concurrerende ondernemingen ook binnen kortere tijd met aanzienlijke veranderingen worden geconfronteerd en dat een periode van vijf jaar waarbinnen concurrenten niets aan de staande positie kunnen veranderen leidt. Indien dit daadwerkelijk leidt tot concurrentievervalsing, is het daarnaast niet aannemelijk dat benadeelde concurrerende ondernemingen het verschil gedurende meerdere jaren kunnen opvangen, met het risico dat deze ten onrechte van de markt verdwijnen.

In het Wetsvoorstel wordt voorgesteld om de evaluatieverplichting ook te laten ingaan voor bestaande algemeen belang besluiten, waarmee deze moeten worden geëvalueerd uiterlijk vijf jaar na inwerkingtreding van de wetswijzigingen. Hiermee wordt feitelijk niet in soepeler overgangsrecht voorzien voor bestaande besluiten ten opzichte van nieuwe besluiten (die ook vijf jaar na hun vaststelling moeten worden geëvalueerd). Aangezien het echter een relatief ruime periode betreft, omdat overheden pas over vijf jaar aan deze evaluatieverplichting hoeven te voldoen voor reeds vastgestelde algemeen belang besluiten, zien wij geen specifieke aanleiding om in soepeler overgangsrecht te voorzien.

2.3 Verhouding tot rapport Evaluatie Wet Markt en Overheid van 6 augustus 2015

Het rapport Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015³ ("**de Evaluatie**") signaleert, naast de problematiek met betrekking tot het veelvuldig toepassing van de algemeen belang uitzondering, nog enkele andere knelpunten met betrekking tot de Wet Markt en Overheid, met name:

- Regelgeving in de onderwijssector grijpt onvoldoende aan bij doel 'tegengaan concurrentievervalsing';
- Ondernemingen hebben moeite aan hun bewijslast te voldoen wanneer ACM geen onderzoek start;
- De Wet Markt en Overheid wordt door ondernemingen als complex ervaren;
- Veel bezwaren van ondernemingen of brancheverenigingen vallen buiten de reikwijdte van de wet.

Wij stellen vast dat in het Wetsvoorstel niet is (overwogen te) voorzien in een regeling die aan deze knelpunten tegemoet komt.

³ Eindrapport Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015, Ecorys en Bird&Bird, 6 augustus 2015.

2.4 Verhouding tot regeerakkoord 10 oktober 2017

Het regeerakkoord 2017 - 2021 "Vertrouwen in de toekomst" van VVD, CDA, D66 en ChristenUnie van 10 oktober 2017 (hierna: "**het Regeerakkoord**") bevat, ter realisatie van een goed en gelijk speelveld voor ondernemers, onder andere ook afspraken met betrekking tot de Wet Markt en Overheid:

"Om oneigenlijke en ongewenste concurrentie tussen overheden en private partijen te voorkomen, zal de algemeen belang bepaling in de Wet Markt en Overheid worden aangescherpt. Voor activiteiten die door overheden ontplooid worden en die anders niet of onvoldoende door marktpartijen worden aangeboden, zoals sport, cultuur, welzijn en reïntegratiediensten, blijft er een mogelijkheid om deze door overheden te verzorgen."

De vraag rijst of bedoeld wordt hiermee aan te sluiten bij het Wetsvoorstel in haar huidige vorm, of dat sprake is van afspraken tot verdergaande wijziging van de Wet Markt en Overheid dan nu in het Wetsvoorstel zijn opgenomen. Kan, met andere woorden, het Wetsvoorstel in haar huidige vorm worden gehandhaafd gelet op de afspraken in het Regeerakkoord, of kunnen wij binnenkort een aangepaste versie van het Wetsvoorstel verwachten?

Het eerste onderdeel van de afspraken uit het Regeerakkoord, de aanscherping van de algemeen belang uitzondering in de Wet Markt en Overheid, lijkt op zichzelf gelezen niet verder te gaan dan de wijzigingen zoals deze nu al zijn voorgesteld in het Wetsvoorstel. Dat voorstel voorziet immers in die aanscherping van de uitzondering. Het Regeerakkoord laat in het midden of gedacht wordt aan een procedurele aanscherping zoals in het Wetsvoorstel voorzien of een verdergaande inhoudelijke inkadering van de algemeen belang uitzondering. Het Regeerakkoord lijkt op het eerste gezicht dus nog geen aanpassing van het Wetsvoorstel noodzakelijk te maken.

Het tweede onderdeel van de afspraken in het Regeerakkoord suggereert echter dat het nieuwe kabinet mogelijk verdergaande beperkingen beoogt te stellen aan de ontplooiing van economische activiteiten door overheden dan nu met de Wet Markt en Overheid, ook na de in het Wetsvoorstel voorgestelde aanpassingen, wordt bewerkstelligd.

Uit de memorie van toelichting bij de Wet Markt en Overheid blijkt dat de wet in haar huidige vorm bewust niet beoogt in te grijpen in de keuze van overheden om economische activiteiten te verrichten of niet.⁴ Deze bestuurlijke autonomie is één van vier uitgangspunten die aan de gedragsregels uit de wet ten grondslag liggen. Het staat overheidsorganisaties in het huidige regime dan ook vrij om binnen de grenzen van de bestaande wetgeving economische activiteiten te verrichten en ondernemingen te belasten met de uitvoering van taken van algemeen economisch belang en stelt de Wet Markt en Overheid daaraan geen criteria of eisen.⁵ Wij constateren dat de in het Wetsvoorstel voorziene wijzigingen, ook na afweging van alternatieve stelsels, geen verandering brengen in deze opzet.

De vraag rijst of uit het regeerakkoord moet worden afgeleid dat de coalitie hierin nu wel verandering wil brengen en wil afstemmen op een stelsel waarbinnen overheidsorganisaties uitsluitend mogen interveniëren in de markt door economische activiteiten te verrichten wanneer marktpartijen dit niet of onvoldoende doen. Die opvatting lijkt meer in de richting van een "nee, tenzij" stelsel te gaan, wat voor het Wetsvoorstel wel werd overwogen maar terzijde is gelegd.

Zonder een uitspraak te doen over de wenselijkheid van een dergelijk stelsel, constateren wij dat in zoverre dit inderdaad de bedoeling van de afspraken in het Regeerakkoord is, het huidige Wetsvoorstel daaraan niet tegemoet komt. Voor een dergelijke stelselwijziging lijkt uitsluitend een aanscherping van de algemeen belang uitzondering niet geschikt. Daarin kan hooguit aan banden worden gelegd in welke gevallen een bestuursorgaan economische activiteiten in het algemeen belang mag verrichten of een onderneming daarmee mag belasten, zonder dat daarbij gelijktijdig nog aan de Wet Markt en Overheid hoeft te worden voldaan. Weliswaar zou dit in de praktijk in bepaalde gevallen tot gevolg kunnen hebben dat overheden bepaalde economische activiteiten niet meer mogen uitzonderen, zich daardoor vervolgens uit de markt prijzen als zij de integrale kosten doorberekenen en dus van de markt zullen verdwijnen. Dat zal echter niet in alle gevallen de uitkomst zijn, omdat de overheden de autonomie hebben behouden om te bepalen of zij economische activiteiten willen verrichten tegen kostprijs. Voor het invoeren van een "nee, tenzij" stelsel zou het opnemen van nadere criteria in

⁴ Kamerstukken II 2007-2008, 31354, 3, p. 11.

⁵ Idem.

de Wet Markt en Overheid die bepalen wanneer een overheid economische activiteiten mag verrichten, waarop vervolgens de gedragsregels van toepassing zijn, noodzakelijk zijn.

Het is overigens niet geheel duidelijk of de coalitie wel verdergaande wijzigingen wil doorvoeren dan nu al zijn voorgesteld en zo ja welke. Ook de Ontwerp Toelichting bij het Wetsvoorstel verwijst al naar de opvatting dat de voorgestelde aangescherpte algemeen belang uitzondering ruimte zou laten voor overheden om economische activiteiten te verrichten wanneer het algemeen belang dit vraagt. Ook voor de voorgestelde wijziging geldt de kanttekening dat, voor zover het beoogde effect is om de overheid haar economische activiteiten te laten beperken tot activiteiten in het algemeen belang, dit effect niet met het huidige kader wordt bereikt. Dit werpt echter wel de vraag op of wel daadwerkelijk op een nog nadere verharding van de regelgeving wordt aangestuurd in het Regeerakkoord.

De tekst van het Regeerakkoord lijkt overigens, vanwege de verwijzing naar de aangescherpte algemeen belang uitzondering, niet in de weg te staan aan het alvast doorvoeren van de in het Wetsvoorstel voorziene wijzigingen. NautaDutilh zal de ontwikkelingen op het gebied van de hervormingen van de Wet Markt en Overheid door de nieuwe coalitie met interesse volgen.

2.5 Verwijderen horizonbepaling

Wij hebben kennis genomen van het voorstel om de Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of hiermee zijn verbonden te laten vervallen. Het gevolg hiervan is dat de horizonbepaling die aanvankelijk was opgenomen in de Wet Markt en Overheid, als gevolg waarvan de wet tijdelijk was, vervalt. De Wet Markt en Overheid verkrijgt daarmee een permanent karakter.

Een gevolg hiervan is dat de noodzaak om op een vooraf vastgesteld moment te bezien of de Wet Markt en Overheid wel bijdraagt aan het doel en effect sorteert voor het gelijke speelveld en voor de rechtszekerheid, eveneens vervalt. Dit wordt niet ondervangen door een verplichting om een vervolg te geven aan de evaluatie van de wet, zoals bij invoering van de wet was voorzien. Uit de Evaluatie bleek dat de effectiviteit van de wet in belangrijke mate werd ondergraven door met name de veelvuldige toepassing van de algemeen belang uitzondering. In het licht van deze conclusies en het belang om geen wetgeving in stand te laten in het kader waarvan de veroorzaakte lasten niet opwegen tegen de effectiviteit, zijn wij benieuwd hoe de wetgever de effectiviteit van de aanpassingen zal monitoren en zal borgen dat ook in de toekomst wordt bezien of de wet bijdraagt aan het doel waarvoor zij in het leven is geroepen.

3. Reactie wijzigingen concentratietoezicht

3.1 Algemeen

In het algemeen staan wij positief tegenover de voorgestelde wijzigingen in het Wetsvoorstel die betrekking hebben op het concentratietoezicht. Het Wetsvoorstel bevat een aantal wijzigingen waarmee beoogd wordt met de Mededingingswet nog nauwer aan te sluiten bij Verordening 139/2004 (hierna: "CoVo") om interpretatievragen te voorkomen. Dit is toe te juichen, omdat het Nederlandse concentratietoezicht geïnspireerd is op het model van de Europese Commissie. Door het in lijn brengen van het Nederlandse concentratietoezicht met de geldende praktijk en - voor zover nodig - verduidelijken van enkele bepalingen uit de Mededingingswet wordt meer zekerheid gecreëerd voor marktpartijen.

Hieronder wordt artikelsgewijs een reactie gegeven op de belangrijkste, inhoudelijke voorgestelde aanpassingen. De wijzigingen die technisch van aard zijn, worden niet van inhoudelijk commentaar voorzien.

3.2 Artikel 30, tweede lid Mw - opeenvolgende concentraties

De eerste wijziging van artikel 30 Mw ziet op de introductie van een periode van twee jaar waarbinnen transacties moeten plaatsvinden om als één concentratie beschouwd te worden voor wat betreft de omzetberekening. Wij juichen deze wijziging toe, omdat de termijn aansluit bij artikel 5, tweede lid CoVo en de rechtszekerheid voor marktpartijen door deze termijn wordt gegarandeerd. Het hanteren van een termijn waarbij niet meer per individueel geval aan ACM de keuze wordt gelaten welke periode zij in aanmerking neemt, komt tevens de gelijkheid tussen marktpartijen ten goede. Het Wetsvoorstel heeft het gewenste gevolg dat transacties die in tijd verder uit elkaar liggen niet meer als één concentratie worden aangemerkt door ACM voor wat betreft de omzetberekening. Het is echter nog onduidelijk vanaf wanneer de tweejaarstermijn start: vanaf het tekenen van de transactiedocumentatie of vanaf het daadwerkelijk tot stand brengen (*clozen*) van de eerste transactie? Het verdient aanbeveling dit te verduidelijken in de tekst van artikel 30 Mw (bijvoorbeeld door "plaatsvinden" te vervangen door "tot stand zijn gebracht") of in de toelichting op dit artikel.

De tweede wijziging van artikel 30 Mw heeft betrekking op de aard van de transacties die als één concentratie beschouwd kunnen worden, waarbij het volgens het Wetsvoorstel moet gaan om verwervingen die plaatsvinden tussen dezelfde personen of ondernemingen. Het is van toegevoegde waarde dat op dit punt wordt aangesloten bij artikel 5, tweede lid CoVo. Het huidige artikel 30, tweede lid Mw heeft immers door het gebruik van de "leer van de afhankelijke transacties" geen praktische meerwaarde ten opzichte van het concentratiebegrip, zoals ook juist is gesignaleerd in de Ontwerp Toelichting. Artikel 30, tweede lid Mw heeft immers betrekking op een andere situatie (de omzetberekening) dan die welke in artikel 27 Mw (het begrip concentratie) aan bod komt. Voordat de vraag van artikel 30 Mw, tweede lid, aan de orde is, moet logischerwijs eerst worden nagegaan of verschillende verwervingen uit hoofde van artikel 27 Mw één enkele concentratie tot stand doen komen dan wel of die transacties verschillende concentraties tot stand doen komen.⁶ Het Wetsvoorstel geeft blijk van het onderscheid en de verhouding tussen deze twee artikelen en zorgt derhalve voor een welkome verduidelijking.

3.3 Artikel 37, zesde lid Mw en artikel 41, vijfde lid Mw - termijn waarbinnen de concentratie moet worden gebracht

Uit de wijziging van artikel 37, zesde lid Mw en artikel 41, vijfde lid Mw volgt dat een termijn van één jaar in de Mededingingswet wordt opgenomen waarbinnen een concentratie tot stand moet worden gebracht na goedkeuring van ACM.

⁶ GvEA 26 februari 2006, zaak T-282/02 (*Cementbouw*), par. 113-119.

Met deze wijziging wordt blijkens de Ontwerp Toelichting beoogt te voorkomen dat marktpartijen dusdanig lang wachten met het tot stand brengen van een concentratie dat de marktomstandigheden zodanig gewijzigd zijn waardoor (onvoorwaardelijke) goedkeuring niet langer mogelijk zou zijn.

Het is opmerkelijk dat met deze wijziging afgeweken wordt van de tekst van de CoVo, terwijl het Wetsvoorstel juist beoogt zo nauw mogelijk aan te sluiten bij de CoVo. Daarnaast is in de Ontwerp Toelichting niet voldoende toegelicht en onderbouwd waarom in de praktijk daadwerkelijk een behoefte bestaat aan het invoeren van een dergelijke termijn en waarom gekozen is voor een termijn van één jaar.

Het Wetsvoorstel gaat uit van de onterechte premisse dat het moment van *closing* volledig in handen is van de betrokken partijen. In bepaalde situaties zijn partijen tevens afhankelijk van derden. Wij noemen in dit verband vier voorbeelden.

Ten eerste is voor bepaalde transacties met ondernemingen die vallen onder de Wet op het financieel toezicht medewerking van de AFM of DNB vereist. Banken met een zetel in Nederland hebben bijvoorbeeld voor bepaalde handelingen (zoals het verwerven van een gekwalificeerde deelneming, fuseren of overname van activa en/of passiva) voorafgaande goedkeuring nodig van DNB of de Europese Centrale Bank in de vorm van een verklaring van geen bezwaar. Ook voor partijen die een gekwalificeerde deelneming met een omvang van 10% of meer in een financiële onderneming wil verwerven of vergroten is een verklaring van geen bezwaar vereist.

Ten tweede kunnen partijen afhankelijk zijn van meerdere nationale mededingingsautoriteiten belast met het concentratietoezicht als in meerdere jurisdicties gemeld moet worden. Dit kan met name zorgen voor problemen indien de transactie gemeld moet worden in een groot aantal landen en/of in landen waarbij het meldingstraject aanzienlijk langer duurt dan bij de ACM. Dit kan het geval zijn wanneer een transactie eenvoudig in eerste fase goedgekeurd wordt door ACM maar in een andere jurisdictie een gecompliceerde, langdurende twee fase procedure moet worden doorlopen. Daarnaast zijn er in algemene zin jurisdicties waar de procedures (in de praktijk) vele malen langer duren dan die van de ACM⁷ hetgeen in de weg kan staan aan *closing* binnen 12 maanden na goedkeuring door ACM.

Ten derde zijn partijen in sommige gevallen afhankelijk van de goedkeuring van contractspartijen van de betreffende partijen, zoals in het geval van belangrijke contacten die een *Change of Control* bepaling of overdrachtsbeperking bevatten. Voordat de concentratie tot stand kan worden gebracht, dient eerst bewerkstelligd te worden dat van deze bepalingen wordt afgezien. Dit kan zorgen voor omvangrijke en langdurige onderhandelingstrajecten.

Tot slot kunnen partijen nog in afwachting zijn van een beroepsprocedure tegen een ACM-besluit. Om te voorkomen dat achteraf blijkt dat de concentratie niet tot stand gebracht had mogen worden, is niet uitgesloten dat partijen in bepaalde zaken ervoor zouden willen kiezen de concentratie nog niet tot stand te brengen voordat de rechtbank zich hierover heeft uitgesproken.

Door het opnemen van een termijn van één jaar kan derhalve (ongewenst) druk komen te staan op de partijen om een transactie te *closen* om een nieuw meldingstraject te voorkomen.

Er bestaat ook geen noodzaak om dezelfde transactie tussen dezelfde partijen opnieuw aan het concentratietoezicht te onderwerpen wanneer zij - om wat van reden dan ook - niet in staat zijn geweest binnen één jaar de transactie tot stand te brengen. Gewijzigde marktomstandigheden maken dit niet anders. Immers aangenomen kan worden dat deze wijzigingen zich ook hadden voorgedaan wanneer partijen wel binnen één jaar de transactie tot stand hadden gebracht.

Een periode van één jaar is niet alleen relatief kort, maar ook arbitrair. Het concentratietoezicht is gebaseerd op prospectieve analyses met een horizon van gewoonlijk drie tot vijf jaar.⁸ Wanneer het noodzakelijk wordt geacht om ondanks de hierboven uiteengezette bezwaren voor een periode te kiezen waarbinnen een transactie tot stand moet worden gebracht, verdient het de voorkeur om aan te sluiten bij de horizon van de prospectieve analyse; een periode van één jaar

⁷ In China geldt bijvoorbeeld een wettelijke periode van 180 kalenderdagen en kan een procedure in de praktijk langer dan 12 maanden duren. Een ander voorbeeld is India waar een *stand still* periode is opgenomen van 210 werkdagen (wat in de praktijk neerkomt op meer dan 300 kalenderdagen).

⁸ Zie bijvoorbeeld uitspraak CBb van 27 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE8688.

is in ieder geval te kort. Daarnaast zou voorzien moeten worden in de mogelijkheid voor ACM om de periode te verlengen, bijvoorbeeld wanneer partijen in afwachting zijn van goedkeuring door andere toezichthouders.

3.4 Artikel 39 Mw - openbaar bod

Artikel 39 Mw heeft betrekking op de uitzondering op het verbod een concentratie tot stand te brengen in geval van een openbaar bod. Uit de voorgestelde wijziging van artikel 39, eerste lid Mw volgt dat deze uitzondering ziet op de situatie van:

"een openbaar overnamebod of een reeks van transacties met effecten die ter verhandeling worden toegelaten tot een markt, gericht op het van meerdere verkopers verkrijgen van een deelname in het kapitaal van een onderneming."

Wij ondersteunen dat met deze wijziging beoogd wordt zo dicht mogelijk aan te sluiten bij de formulering van artikel 7, tweede lid CoVo. Het heeft evenwel de voorkeur voor de precieze formulering van artikel 39, eerste lid Mw zoals nu opgenomen in het Wetsvoorstel niet aan te sluiten bij de Nederlandse tekst van de CoVo, omdat deze onjuist en onduidelijk is vertaald. Dit wordt hieronder toegelicht.

Het eerste gedeelte van de formulering in het Wetsvoorstel ("*een openbaar overnamebod of een reeks van transacties met effecten die ter verhandeling worden toegelaten tot een markt*") scheidt onduidelijkheid omdat de Nederlandse versie van artikel 7, tweede lid CoVo onjuist is vertaald en voor meerdere interpretaties vatbaar is.

De Engelse versie van de CoVo bepaalt namelijk dat de uitzondering ziet op "*a public bid or of a series of transactions in securities*", waaronder mede begrepen ("*including*") "*those convertible into other securities admitted to trading on a market such as a stock exchange*". Het begrip effectenbeurs is daarbij slechts een voorbeeld van de daarvoor genoemde markt en heeft daarom alleen betrekking op de effecten die ter verhandeling worden toegelaten tot een markt. Dit laatste is op haar beurt weer een voorbeeld en onderdeel van de "*series of transactions in securities*".

Ook uit de Duitse en Franse vertaling van de CoVo volgt dat de zinsnede met betrekking tot effecten die tot een beurt of andere markt zijn toegelaten als voorbeeld geldt voor de daarvoor genoemde reeks van transacties met effecten. Dit komt door het gebruik van woorden die de strekking hebben van "waaronder mede begrepen" ("*einschließlich solchen*" respectievelijk "*y compris*").

De Duitse vertaling luidt namelijk als volgt:

"Absatz 1 steht der Verwirklichung von Vorgängen nicht entgegen, bei denen die Kontrolle im Sinne von Artikel 3 von mehreren Veräußerern entweder im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots oder im Wege einer Reihe von Rechtsgeschäften mit Wertpapieren, einschließlich solchen, die in andere zum Handel an einer Börse oder an einem ähnlichen Markt zugelassene Wertpapiere konvertierbar sind, erworben wird, sofern (...)".

De Franse vertaling luidt als volgt:

"Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à la réalisation d'une offre publique d'achat ou d'échange ou d'opérations par lesquelles le contrôle au sens de l'article 3 est acquis par l'intermédiaire de plusieurs vendeurs au moyen d'une série de transactions sur titres, y compris sur ceux qui sont convertibles en d'autres titres admis à être négociés sur un marché tel qu'une bourse de valeurs pour autant (...)".

De Nederlandse versie van de CoVo volgt dit daarentegen niet en luidt als volgt:

"Lid 1 belet niet de tenuitvoerlegging van een openbaar overnamebod of van een reeks transacties met effecten, inclusief effecten converteerbaar in andere effecten, die ter verhandeling worden toegelaten tot een markt, zoals een effectenbeurs en waardoor zeggenschap in de zin van artikel 3 wordt verkregen van meerdere verkopers, mits (...)".

Door het gebruik van de komma's in de Nederlandse versie lijkt het alsof dit lid van toepassing is op een openbaar overnamebod of van een reeks transacties met effecten (met als voorbeeld: effecten converteerbaar in andere effecten) die

ter verhandeling worden toegelaten tot een markt (met als voorbeeld: een effectenbeurs). Dat is iets anders dan hierboven staat, namelijk een openbaar overnamebod of een reeks transacties met effecten, waarbij wordt vermeld wat daar in ieder geval onder wordt verstaan. Het toegelaten zijn tot een markt vormt immers volgens de andere taalversies geen onderdeel van de hoofdzin, maar is slechts een voorbeeld.

Uit de Ontwerp Toelichting volgt dat om wetstechnische redenen ervoor is gekozen de voorbeelden die in artikel 7 tweede lid CoVo zijn opgenomen, niet worden opgenomen in de Mededingingswet. Dit heeft tot gevolg dat het Wetsvoorstel een onjuiste en te beperkte formulering hanteert door op te nemen dat het slechts gaat om effecten die ter verhandeling worden toegelaten tot een markt, terwijl uit de bewoording van de overige taalversies van de CoVo volgt dat deze formulering ruimer is.

Een andere kanttekening betreft de formulering "worden toegelaten tot een markt". Deze formulering veronderstelt dat de uitzondering slechts ziet op effecten die nog via een introductie voor het eerst op de beurs worden aangeboden. Het artikel lijkt echter de bedoeling te hebben dat het betrekking heeft op effecten die reeds tot de beurs zijn toegelaten. Dit volgt ook uit de andere taalversies van de CoVo. De Engelse versie van artikel 7 gaat namelijk uit van effecten "*admitted to trading*". Ook de Duitse versie ("*sind*") en de Franse versie ("*sont convertibles en d'autres titres admis à être*") bepalen dit in gelijke zin. De Nederlandse versie van de CoVo lijkt op dit punt onjuist te zijn vertaald. Om onduidelijkheid op dit punt weg te nemen, zou het woord "worden" in artikel 39, eerste lid Mw van het Wetsvoorstel moeten worden vervangen door "zijn".

Daarnaast komt de zinssnede "*gericht op (...) het verkrijgen van een deelname in het kapitaal van een onderneming*" niet letterlijk overeen met wat in de CoVo staat, waar immers staat dat het gaat om een openbaar overnamebod of een reeks van transacties met effecten voor zover er sprake is van een concentratie ("*waardoor zeggenschap in de zin van artikel 3 wordt verkregen*"). Alhoewel dit uiteraard volgt uit de verwijzing naar de *stand still* verplichting uit artikel 34 Mw, geven wij voor de volledigheid in overweging ook op dit punt de tekst van de CoVo te volgen, zodat artikel 39, eerste lid Mw in het geheel nauw aansluit bij de tekst van de CoVo.

4. Contactgegevens

██████████
T +31 20 ██████████
M +31 6 ██████████
E ██████████@nautadutilh.com

██████████
T +31 20 ██████████
M +31 6 ██████████
E ██████████@nautadutilh.com

██████████
T +31 20 ██████████
M +31 6 ██████████
E ██████████@nautadutilh.com

NautaDutilh N.V.
Beethovenstraat 400 | 1082 PR Amsterdam
Postbus 7113 | 1007 JC Amsterdam

E info@nautadutilh.com
I www.nautadutilh.com