Ontvangen op 27-10-2017
Verwerkt op 27-10-2017

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
t.a.v. de heer drs. W. Koolmees
Postbus 20101
2500 EC DEN HAAG

Den Haag, 27 oktober 2017
dossiernummer: 104283
uw kenmerk:
telefoonnummer: +31 (0)70 [redacted]
e-mail: [redacted]@advocatenorde.nl

Betreft: consultatie Wet 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

Geachte minister,

Op 2 september 2017 is de internetconsultatie Wet 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 gepubliceerd. De NOvA heeft zijn adviescommissie mededinging gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,

[redacted]

algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie mededinging

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35
Fax 070 - 335 35 31

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

ADVIES

Van	:	adviescommissie mededinging
Datum	:	27 oktober 2017
Betreft	:	**consultatiewetsvoorstel strekkende tot aanpassing van de Mededingingswet en het Burgerlijk Wetboek (markt en overheid, concentratietoezicht, privaatrechtelijke handhaving)**

1. Inleiding

De adviescommissie mededinging van de Nederlandse Orde van Advocaten[1] heeft kennisgenomen van het op 1 september 2017 ter consultatie gepubliceerde conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet en het Burgerlijk Wetboek op het vlak van markt en overheid, het concentratietoezicht en privaatrechtelijke handhaving.

Ofschoon de voorgestelde wijzigingen worden gepresenteerd als meer technisch van aard en de commissie overwegend positief is in zijn oordeel over het voorstel, plaatsen wij toch een aantal kanttekeningen en suggesties.

2. Voorgestelde aanpassing Burgerlijk Wetboek

De voorgestelde aanpassing van art. 6:193k lid 1 onder a komt de adviescommissie logisch voor. Het algemene wetgevingsbeleid om "nationale koppen" zoveel mogelijk te vermijden bij implementatiewetgeving, heeft in dit specifieke geval een minder voor de hand liggende uitwerking, nu inhoudelijk gelijkluidende nationale bepalingen (art. 6 en 24 Mw) niet aan hetzelfde aansprakelijkheidsregime zijn onderworpen. Ofschoon de nationale rechter waarschijnlijk via analoge toepassing of reflexwerking divergenties wel zou kunnen vermijden, verdient het uiteraard de voorkeur de wet zelf aan te passen, zoals thans ook wordt voorgesteld. Zoals de concept-toelichting stelt, betekent dat wel dat ook in situaties die niet door de richtlijn worden bestreken, de uitleg van het Hof van Justitie in voorkomend geval bepalend wordt. Tegenstanders van Europese harmonisatie van het algemene aansprakelijkheidsrecht zouden dit als bezwaarlijk kunnen zien, maar gezien de reeds vergaande harmonisatie van de materiële normen (het nationaal mededingingsrecht) zou dat bezwaar volgens de adviescommissie minder zwaar wegen. Bovendien is de mate waarin Afdeling 3B van boek 6 BW afwijkingen of bijzonderheden ten opzichte van het algemeen aansprakelijkheidsrecht introduceert, beperkt.

3. Concentratietoezicht

De adviescommissie is voorstander van wetgevende initiatieven om divergentie tussen het Europees en nationaal concentratietoezicht te voorkomen of op te heffen. Niet in de laatste plaats nu een belangrijk deel van de op nationaal niveau aangemelde concentraties transacties betreft die weliswaar beneden de relatief hoge Europese omzetdrempels blijven, maar grensoverschrijdend zijn en dus in meerdere lidstaten gemeld dienen te worden. Het komt de praktijk ten goede wanneer de uitgangspunten van het Europees concentratietoezicht zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing zijn op nationaal niveau. Bovendien is er op Europees niveau nu

[1] De leden van de adviescommissie zijn: mr. W. VerLoren van Themaat (Houthoff Buruma), mr. J.C.M. van der Beek (Kennedy van der Laan), mr. P. Kuipers (Bird & Bird), mr. A.R. Bosman (CMS), mr. J.K. de Pree (De Brauw Blackstone Westbroek), mr. C.T. Dekker (Nysingh), mr. C. Schillemans (Allen & Overy) en mr. P.J. Kreijger (Visser Schaap & Kreijger).

eenmaal meer rechtspraak, beschikkingenpraktijk en literatuur over het concentratietoezicht, zodat de praktijk er baat bij heeft dat deze bronnen ook (mede) relevant zijn op nationaal niveau. Reeds thans hanteert de Autoriteit Consument & Markt de "Consolidated Jurisdictional Notice", de voor het Europees concentratietoezicht geschreven interpretatieve richtsnoeren, ook in de nationale praktijk.

De adviescommissie oordeelt dan ook positief over de voorgestelde aanpassingen van art. 27 lid 1 b Mw, art. 30 lid 2 Mw, art. 37 lid 4 Mw en art. 39 lid 1 en 2 Mw. Wel valt op dat de voorgestelde bewoordingen van art. 27 Mw nog steeds afwijken van art. 3 lid 1 onder b van Vo. 139/2004. Evenals thans lijken die afwijkingen meer redactioneel dan materieel van aard, maar het oogt niet consequent. Bij het opstellen van het definitieve voorstel zou dit aspect nog eens bezien kunnen worden.

De adviescommissie heeft wel aarzeling ten aanzien van de voorgestelde wijzigingen van art. 37 lid 6 en 41 (toevoeging vijfde lid) Mw, waarin een termijn wordt geïntroduceerd waarbinnen een (in eerste of tweede fase) goedgekeurde concentratie geïmplementeerd zou moeten worden. Op dit punt introduceert de Mw nu juist een afwijking van het Europees concentratietoezicht, dat een dergelijke harde tijdshorizon niet kent. In art. 6 lid 3 en art. 8 lid 6 van de Covo is slechts de mogelijkheid van intrekking van beschikkingen voorzien ingeval deze zijn gebaseerd op verkeerde informatie waarvoor een van de betrokken ondernemingen verantwoordelijk is, of wanneer niet aan de bij beschikking opgelegde verplichtingen wordt voldaan. Daarnaast is er de mogelijkheid dat partijen na goedkeuring zodanige wijzigingen in de structuur van de transactie aanbrengen dat in feite een andere concentratie dan de gemelde en goedgekeurde concentratie aan de orde is, maar dat geldt thans onder de Mededingingswet evenzeer. Het is de adviescommissie niet duidelijk welk probleem nu noopt tot deze divergentie van het Europees mededingingsrecht. De in de toelichting aangevoerde constatering dat het overgrote deel van de concentraties binnen een jaar na goedkeuring tot stand wordt gebracht (waaruit zou volgen dat de impact van het voorstel beperkt is) bevestigt veeleer dat er niet een acuut probleem is dat afwijking van het Europees systeem rechtvaardigt. Daar komt bij dat de leden van de adviescommissie er mee bekend zijn dat het wel degelijk voorkomt dat de implementatie van een transactie vertraging kan oplopen (bijvoorbeeld vanwege bestuurlijke vereisten of andere goedkeuringstrajecten), in welk geval partijen door een dergelijke maatregel zonder noodzaak gedwongen worden opnieuw een meldingstraject door te lopen, terwijl de kans dat de marktomstandigheden dusdanig gewijzigd zijn dat een dergelijke administratieve belasting gerechtvaardigd is, niet groot zijn.

Voor zover al een beperking aan de geldigheidsduur van goedkeuringsbesluiten verbonden zou moeten worden, zou voor een meer gericht en flexibel systeem geopteerd moeten worden, waarbij geen volledige melding overgelegd zou moeten worden, maar partijen kunnen volstaan met een korte toelichting op de marktsituatie zoals die op dat moment geldt en waarom daarin geen rechtvaardiging is gelegen voor een hele nieuwe beoordeling (voor zover dat inderdaad het geval is).

4. Markt en overheid

De adviescommissie kan zich vinden in de voorgestelde wijziging van art. 25h Mw en de introductie van een nieuw art. 25ha Mw. In de huidige situatie hebben overheden een vrijwel onbegrensde mogelijkheid om de reikwijdte van hoofdstuk 4B van de Mededingingswet in te perken met een zowel qua inhoud als qua periode onbegrensd beroep op het algemeen belang. De wetgever is terecht voornemens hier paal en perk aan te stellen. De adviescommissie zou wel in overweging

willen geven de relevante criteria in ieder geval in de kern in de wet zelf op te nemen, zodat steeds duidelijk is waaraan de door het bestuursorgaan te geven motivering in ieder geval dient te voldoen.