



Opinie

Hoe vaste termijnen kunnen worden verbogen

Mr E.H. Pijnacker Hordijk

Een van de grote verworvenheden van het Europese fusie-controlerecht is dat de Commissie gebonden is aan strikte beslistermijnen. Neemt de Commissie de gestelde termijnen niet in acht, dan wordt de aangemelde concentratie geacht te zijn goedgekeurd. Een afschrikwekkender – vanuit het perspectief van de Commissie – en dus effectiever sanctie op termijnoverschrijding is niet denkbaar. In de Mededingingswet is als bekend dit mechanisme gekopieerd: indien de D-G van de NMa niet binnen vier weken na ontvangst van een melding meedeelt dat voor de gemelde concentratie een vergunning is vereist, is voor de gemelde concentratie geen vergunning vereist (art. 37 lid 3 Mw). Wordt een vergunningsaanvraag ingediend, en beschikt de D-G daar niet binnen dertien weken op, dan wordt de gevraagde vergunning geacht te zijn verleend (art. 44 lid 1 Mw). Er zit echter een addertje onder het gras, althans in de meldingsfase. Ingevolge artikel 35 lid 2 Mw kan de D-G na ontvangst van een melding aan de meldende partijen om ‘aanvulling van de melding’ vragen, indien niet de krachtens de toepasselijke AMvB verlangde gegevens zijn verstrekt – of anders gezegd: indien de melding incompleet is – maar ook ‘indien de verstrekte gegevens onvoldoende zijn voor de beoordeling van de melding’. Krachtens artikel 38 Mw wordt de termijn van vier weken van rechtswege opgeschort met ingang van de dag waarop de D-G aanvulling van de melding verlangt tot de dag waarop de aanvulling is gegeven. Deze opschorting van de termijn valt te billijken wanneer de melder niet de wettelijk vereiste gegevens heeft verstrekt. Het ligt echter anders indien de melding op zich compleet is doch de D-G meent dat aanvullende gegevens nodig zijn om te kunnen beoordelen of voor de concentratie een vergunning vereist is. In dergelijke gevallen kan niet aan de meldende partijen worden verweten dat de D-G aanvullende informatie nodig acht. In de parlementaire geschiedenis van de Mw is aan een en ander weinig aan-

dacht besteed. Slechts het PvdA-kamerlid Van der Ploeg heeft erop gewezen dat de termijn ‘volgens artikel 38 eendeloos (kan) worden opgeschort door het aanvragen van aanvullende gegevens’. Op deze opmerking is door minister Wijers niet gereageerd. In de doctrine is aan dit ‘vuiltje’ bij mijn weten geen aandacht gegeven. De bepaling is dan ook schier onopgemerkt in de wet beland.

Intussen wijzen de eerste ervaringen met de behandeling van concentraties door de NMa dat de NMa veelvuldig van artikel 35 lid 2 j° artikel 38 Mw gebruikmaakt. In een aantal gevallen is met een beroep op art. 35, lid 2 Mw informatie gevraagd, die zelfs bij de indiening van een vergunningsaanvraag (in de tweede fase dus) op grond van de toepasselijke AMvB niet hoeft te worden verstrekt. Ook zijn er reeds zaken gesignaleerd waarin de NMa meer dan eens de termijn heeft opgeschort. Dit is een bedenkelijke ontwikkeling, die in brede kring bezwaren oproept. Een bijkomend probleem is dat meldende partijen (en hun advocaten) het uiteraard niet aandurven rechtsmaatregelen te nemen, al was het maar omdat het risico van verdere vertraging daardoor alleen maar toeneemt. De NMa heeft dus in wezen vrij spel.

De bepalingen staan in de wet, en men kan de NMa dan ook moeilijk verwijten dat zij er zich op beroept. Niettemin kan er niet aan worden voorbijgegaan dat de dreiging van oneigenlijk gebruik levensgroot is. Wellicht ware een tussenweg denkbaar, en wel in die zin dat de (D-G van de) NMa enkel de formele weg van artikel 34 lid 2 j° artikel 38 Mw bewandelt wanneer hij meent dat hij in de meldingsfase informatie nodig heeft welke door de meldende ondernemingen verschaft móet worden in het kader van een vergunningsaanvraag indien het daartoe komt, en zulks niet meer dan één keer per geval. Een dergelijke benadering spoort met het gegeven dat in de vergunningsfase door de D-G geen opschorting van de termijnen kan

worden gelast indien hij bijkomende gegevens nodig acht in aanvulling op hetgeen in de vergunningsaanvraag is vermeld. Vanuit dit perspectief gezien zou kunnen worden betoogd dat de D-G van de NMa zijn bevoegdheden misbruikt indien hij in de meldingsfase de beslistermijn opschort door het opvragen van informatie die niet ingevolge de toepasselijke AMvB bij een vergunningsaanvraag door de meldende ondernemingen behoeft te worden verstrekt. Een en ander laat onverlet dat de NMa dergelijke verdergaande aanvullende informatie kan opvragen, ook in de meldingsfase. Maar dan niet met gebruikmaking van de opschortingsbevoegdheid van artikel 35, lid 2 j° artikel 38 Mw.

Uiteraard kan men tegenwerpen, dat de NMa een en ander niet in de hand heeft doordat de opschorting uit de wet voortvloeit. Dat is echter slechts een halve waarheid. Van opschorting van de termijn is slechts sprake wanneer de D-G een schriftelijk verzoek om informatie doet uitgaan, en daarin vermeldt dat de bij de melding verstrekte gegevens onvoldoende zijn voor de beoordeling daarvan. De praktijk wijst uit dat de NMa ook op andere wijze om aanvullende informatie kan verzoeken. De NMa hoeft er niet voor bevreesd te zijn dat de meldende ondernemingen de gevraagde informatie niet zullen verschaffen, omdat deze altijd rekening moeten houden met de dreiging van een beschikking waarbij hun concentratie vergunningplichtig wordt verklaard. Eventueel is denkbaar dat de NMa in eerste instantie een korte termijn stelt voor de beant-

woording van de vragen en, indien deze termijn niet wordt nageleefd, een formeel verzoek ex artikel 35, lid 2 Mw laat volgen.

Betekent dit alles nu dat ondernemingen slechter af zijn bij de NMa dan bij de Europese Commissie? Ja en nee. Ja, want onder het Europese fusiecontrolerecht bestaat de mogelijkheid van opschorting van termijnen niet. Nee, omdat de Europese Commissie een alternatieve weg heeft gevonden om de termijn te verlengen. Artikel 10 lid 1 van Verordening 4064/89 bepaalt dat de beslistermijn van een maand niet begint te lopen zolang de bij de aanmelding te verschaffen informatie niet volledig is, een en ander ter beoordeling van de Commissie. De praktijk wijst uit dat de Commissie niet zelden oneigenlijk gebruik maakt van deze bepaling door reeds tijdens pre-notificatiebesprekingen aan te geven dat zij de in te dienen aanmelding onvolledig zal verklaren indien deze niet bepaalde door de Commissie wenselijk geachte informatie bevat, ongeacht of het informatie betreft waarvan verschaffing bij Formulier CO is voorgeschreven of niet. Ook aan de Commissie kan worden toegegeven dat de beslistermijn van één maand voor de eerste fase bij twijfelgevallen bijzonder kort kan zijn – zeker wanneer men bedenkt dat van die maand een week verloren gaat met interne consultaties en vertaalvertragingen – maar dat rechtvaardigt nog geen ‘armtwisting’ van partijen.

Het begrip ‘termijnbewaking’ krijgt er tegen deze achtergrond een dimensie bij.