

## **Convergentie in het mededingingsrecht**

Verzorging binnenwerk: G.J. Wiarda Instituut, Utrechts Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek, Boothstraat 6, 3512 BW Utrecht

© 2009 A. Gerbrandy / Boom Juridische uitgevers

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978-90-8974-178-3

NUR 820

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

## **Convergentie in het mededingingsrecht**

De invloed van het EG-recht op materiële toepassing,  
toegang, bewijs en toetsing bij de Nederlandse  
mededingingsbestuursrechter, gezien in het  
licht van effectieve rechtsbescherming

## **Convergence in Competition Law**

The influence of EC law on substantive application, access,  
evidence and review by the Dutch administrative competition court,  
viewed in the light of effective judicial protection

(with a summary in English)

## **Konverginsje yn it meitingrjocht**

De ynfloed fan it Europeesk rjocht op materiële tapassing,  
tagong, bewiis en hifking by de Nederlânske  
meitingbestjoersrjochter, sjoen yn it ljocht fan effektive  
rjochtsbeskerming

(mei in gearfetting yn it Frysk)

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor  
aan de Universiteit Utrecht op gezag van  
de rector magnificus, prof. dr. J.C. Stoof,  
ingevolge het besluit van het college voor promoties  
in het openbaar te verdedigen  
op dinsdag 22 september 2009 des middags te 2.30 uur

door

Anna Gerbrandy  
geboren op 10 juli 1971  
te Amsterdam

*Promotoren:*

Prof. mr. K.J.M. Mortelmans

Prof. mr. B.M.J. van der Meulen

Prof. mr. J.W. van de Gronden

## Voorwoord

Op verschillende momenten tijdens het schrijven van dit proefschrift heb ik doorleefd wat door Prediker wordt gezegd: alles is ijdelheid, en najagen van wind. Op die momenten was er gelukkig altijd wel iemand, betrokken bij het proefschrift of betrokken bij mij (dat was de afgelopen jaren moeilijk te onderscheiden), die ofwel de relativiteit van *alles* beaamde – altijd een plezierige exercitie als het leven goed is – ofwel het belangwekkende van een proefschrift en liefst dat van mij in het bijzonder, wist te benadrukken. Mede door die steun is dit proefschrift af. Dit voorwoord dient om enkelen van hen nogmaals te bedanken.

Op de eerste plaats gaan er vele woorden van dank naar mijn promotoren, Kamiel Mortelmans, Bernd van der Meulen en Johan van de Gronden. Zij traden elkaar en mij altijd met vertrouwen tegemoet, wezen mij kritisch maar vaak speels een richting, vulden elkaar aan, spraken elkaar welluidend tegen en bogen tijdens bijeenkomsten af naar discussies die ver buiten het onderwerp van mijn onderzoek lagen. Zij troffen steeds de goede toon en hebben op die manier een niet te onderschatten bijdrage geleverd aan de totstandkoming, inhoud en afronding van dit boek.

Daarnaast geldt een woord van dank aan de leden van de beoordelingscommissie, Bart Hessel, Annetje Ottow, Jacques Steenberg en Rob Widdershoven, die de tijd namen het manuscript te lezen en te beoordelen. Met name de kritische kanttekeningen van Rob behoedden mij voor gemakzucht in de afrondende fase, waarin proefschriftmoeheid op de loer lag. Kees Hellingman geldt dank voor zijn zo vriendelijk gegeven commentaar op een aantal hoofdstukken-in-wording. Ook Rolf Ortlep en Maartje Verhoeven dank ik voor de behulpzame uitwisseling van gedachten. Zeer veel dank is ook Wies Smit verschuldigd voor de onderkoelde humor waarmee zij (ook) het corrigeren van dit lijvige manuscript op zich nam. Een aantal student-assistenten hielp mij gedurende het onderzoek: Ekram Belhadj, Nehemia Aipassa, Dorienke Kraak en Rieneke Knol ben ik dankbaar voor het werk dat zij mij uit handen namen. Henk Zonneveld hielp met het vervolmaken van de bibliografie. De medewerkers van het Wiarda Instituut, in het bijzonder Corrie van Rooijen, Titia Kloos, en Willemien Vreekamp, geldt dank voor hun vriendelijkheid en behulpzaamheid. Wirt Soetenhorst dank ik voor zijn generositeit en Esther Noot en Mariska Duindam voor de praktische implementatie daarvan. De Friese samenvatting is verzorgd door mijn moeder, Gerbrich, gesteund door mijn vader, Sjoerd, en met belangrijke inbreng van drs. P. Duijff van de Fryske Academy.

Ik prijs mij gelukkig met fijne collega's en oud-collega's bij het Europa Instituut. Vanaf het begin van mijn terugkomst op de universiteit voelde ik mij welkom. Het is een groot plezier met dergelijke collega's samen te werken: Annetje, Oda, Rosalie, Saskia, Simone, en mijn kamergenote Loes (voor de meisjeskamer); en verder

Hanneke, Joachim, Maartje, Magda, Martine, Sacha, Tammy, Ton, Tony; en de oud-collega's Ekram, Hanneke, Johan, Merijn en Somaya. Mijn bijzondere dank gaat uit naar Bart, die samen met zijn vrouw Lia laat zien wat het is om levenskunstenaar te zijn, en naar Sybe bij wie ik meer dan eens mijn hart uitstortte en steeds een luisterend oor vond.

Ik voel mij gezegend met bijzondere vrienden en familieleden. Het is onmogelijk hen te laten weten wat zij betekenen. Willemijn en Judith (niet voor niets paranifmen), Jolein, Liesbeth, en Marianne (die mij rijke, immer veranderende en nimmer saai, maar buitengewoon trouwe vriendschap geven), Barbara en Boukje (al een kwart eeuw in mijn leven): ik hoop maar dat ik jullie niet al te schromelijk heb verwaarloosd. André, Elena, Ewoud, Frank, Frederik, Freek, Geeta, Gemma, Ingeborg, Jonathan, Kirsten, Maarten, Marc, Oda, Rosalie en Simone dank ik voor vriendschap in alle schakeringen van dat woord.

Zowaar nog onmogelijker is het om de betekenis van een broer en een zusje in woorden te vangen: daarom noem ik Jelle en Jeltsje maar gewoon. Zonder hen en zonder mijn altijd, onder welke omstandigheden dan ook, levensgenietende *heit* en *mammi*, Sjoerd en Gerbrich, was ik er niet alleen niet geweest, maar ook niet geweest wie ik nu ben.

Ik verwonder mij nog elke dag over het samenzijn met Hilbert. Dat Sjoerd, *ús jonkje*, *myn pykje*, daar bij kwam is des te meer reden voor dankbaarheid en geluk.

# Inhoudsopgave

Voorwoord	v
Afkortingenlijst	xv
<b>1 Inleiding</b>	<b>1</b>
1 Inleiding	1
2 Onderzoeksvraag in twee delen	1
3 Toelichting en verantwoording	2
4 Opzet van het onderzoek	5
5 Introductie van actoren en regelgeving	7
5.1 Actoren	7
5.2 Mededingingsregels	8
5.3 Prodedurele regels	10
5.4 Verhouding tussen niveaus	12
6 Overzicht van de inhoud van de hoofdstukken	14
<b>2 Toetsingskader voor convergentie: effectieve rechtsbescherming</b>	<b>17</b>
1 Inleiding	17
2 EG-recht en effectieve rechtsbescherming	18
2.1 Een jurisprudentieel beginsel	19
2.1.1 Beginselkarakter	19
2.1.2 Een jurisprudentieel beginsel	21
2.1.3 Rechtsstatelijke basis	22
2.2 Procedurele autonomie	24
2.3 Inhoud van het beginsel van effectieve rechtsbescherming	25
2.3.1 Ontwikkeling in de jurisprudentie van het Hof	25
2.3.2 Invulling door het Hof	27
2.4 Werking van het beginsel van effectieve rechtsbescherming	31
2.4.1 Aan het EG-recht ontleende rechten	31
2.4.2 Spill-over-effecten	34
2.4.3 Onduidelijkheden in de werking	35
2.5 Definitie en eisen	38
3 Nationaal recht en effectieve rechtsbescherming	40
3.1 Effectieve rechtsbescherming en rechtsstatelijke beginselen	41
3.1.1 Rechtsstatelijke waarden en eisen	41
3.1.2 Kern van de rechtsstaat en discussiepunten	42
3.1.3 Effectieve rechtsbescherming als rechtsstatelijk beginsel	44

3.2	Effectieve rechtsbescherming als beginsel in de nationale context	45
3.2.1	Beginselen van rechtspraak en het beginsel van effectieve rechtsbescherming	45
3.2.2	Bestuursrechtelijke context	48
3.3	Inhoud en eisen	50
3.4	Kanttekeningen bij het nationale beginsel	51
4	Recapitulatie, samenvoeging en inherente spanning	53
4.1	Recapitulatie	53
4.2	Samenvoeging van eisen	55
4.3	Inherente spanning	56
5	Samenhang en vervolg	58
<b>3</b>	<b>Convergentie</b>	<b>61</b>
1	Inleiding	61
2	Convergentie: definitie, soorten, vormen, processen	62
2.1	Definitie	62
2.2	Soorten convergentie	63
2.3	Vormen van convergentie	64
2.4	Processen van convergentie	64
3	Gradaties in wettelijke convergentie in de Mededingingswet	66
4	Typologie van convergentie bij de bestuursrechter	67
4.1	Identiteiten van de mededingingsbestuursrechter	67
4.2	Typologie van materieelrechtelijke convergentie	68
4.3	Typologie van procedurele convergentie	71
4.4	Typologie, praktijk en alternatieve verklaringen voor gelijkheid	75
5	Convergentie en een Europees bestuursprocesrechtelijk ius commune	75
5.1	Object van convergentie	76
5.2	Het feitelijk ontstaan van een bestuursrechtelijk ius commune	77
5.3	De wenselijkheid van geharmoniseerd bestuursrechtelijk ius commune	80
6	Conclusie	83
<b>4</b>	<b>Algemene uitgangspunten voor bewijs en toetsing</b>	<b>85</b>
1	Inleiding	85
2	Bewijsrecht	86
2.1	Bestuursrechtelijke context	87
2.2	Bewijsmaatstaf	89
2.3	Bewijsomvang	91
2.4	Bewijsmiddelen, bewijskracht, onrechtmatig bewijs, economisch bewijs	92
2.5	Bewijslastverdeling	97
2.6	Kritiek	101
2.7	Samenhang tussen toetsing en bewijs	101



3	Toetsing door de bestuursrechter	102
3.1	Inhoud van toetsing	103
3.2	Object van toetsing	104
3.3	Toetsingswijze	108
3.3.1	Volledige heroverweging of rechtmatigheidstoets	108
3.3.2	Volle of beperkte rechtmatigheidstoets	109
3.3.3	Volle toets	110
3.3.4	Beperkte toets	111
3.3.5	Toetsing in hoger beroep	116
3.4	Complexe economische beoordelingen	116
3.4.1	Feiten, kwalificatie of interpretatie	117
3.4.2	Redenen voor beperkte toets van complexe economische analyses	120
3.4.3	Toetsing en de techniek van de communicerende vaten	122
3.4.4	Inpassing in de nationale context	125
4	Ruimte voor de rechter en de rol van precedënten	127
5	Het vervolg	130
<b>5</b>	<b>Toegang tot de rechter</b>	<b>133</b>
1	Inleiding	133
2	Beroepsgerechtigden	134
2.1	Het belanghebbendebegrip van de Awb	134
2.1.1	Belanghebbende en procesbelang	134
2.1.2	Ontwikkelingen	136
2.2	Beroepsgerechtigden en het Europese recht	137
2.2.1	Effectieve rechtsbescherming en belanghebbende	137
2.2.2	Rechtstreeks beroep bij de Europese rechter	138
2.2.3	Ontwikkelingen	140
2.2.4	Rechtstreeks en individueel geraakt zijn in het Europese mededingingsrecht	141
3	Belanghebbenden in uitspraken van de mededingingsbestuursrechter	142
3.1	Het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming en het belanghebbendebegrip	143
3.2	Belanghebbende in het mededingingsrecht	144
3.2.1	Concurrenten	144
3.2.2	Consumenten	148
3.2.3	Contractpartijen, werknemers en andere afgeleidbelanghebbenden	152
3.2.4	Klagers	155
3.2.5	Collectieve en algemene belangenbehartiging	161
3.3	Procesbelang	165
3.4	Deelconclusie, knelpunten en oplossingen	166
4	Beroepsmogelijkheden	170
4.1	Het besluitbegrip van de Awb	171
4.1.1	Besluit, uitbreidingen en beperkingen	171
4.1.2	Ontwikkelingen	172

4.2	Het besluit en het Europese recht	173
4.2.1	Effectieve rechtsbescherming en het Awb-besluit	173
4.2.2	Rechtstreeks beroep bij de Europese rechter	174
5	Besluiten in uitspraken van de mededingingsbestuursrechter	175
5.1	Klachtprocedure	176
5.2	Beslissingen in het concentratietoezicht	180
5.3	Rechtsoordelen	183
5.4	Beslissingen tijdens toezicht en onderzoek	184
5.5	Beslissingen over vertrouwelijkheid van stukken	191
5.6	Wob-verzoeken en vertrouwelijkheid	194
5.7	Informeel beleid	195
5.8	Deelconclusie, knelpunten en oplossingsrichtingen	201
6	Conclusie	206
6.1	Conclusie ten aanzien van de convergentie	207
6.2	Knelpunten, oplossingen en evaluatie	208
6.3	Conclusie	211
<b>6</b>	<b>Mededingingsbeperkende gedragingen</b>	<b>213</b>
1	Inleiding	213
2	Wettelijke convergentie in verbod en uitzonderingen	213
2.1	Het verbod van artikel 6 Mw	214
2.1.1	Begrippen	214
2.1.2	Verbodsnorm	214
2.2	Uitzonderingen in de regelgeving	220
2.3	Slotopmerking	221
3	Invulling door de rechter	222
3.1	Begrippen	223
3.2	Mededingingsbeperking in uitspraken	228
3.2.1	Het onderscheid tussen doelbeperking en effectbeperking	229
3.2.2	Doelbeperkingen	235
3.2.3	Effectbeperkingen	239
3.2.4	Nevenrestricties en <i>rule of reason</i>	241
3.2.5	Merkbaarheid	242
3.2.6	Verweer	244
3.3	Toepassing van artikel 81 EG	244
3.4	Uitzonderingen	245
3.4.1	Doorwerking van Europese uitzonderingen	245
3.4.2	Ontheffingen (oud)	247
3.4.3	Uitzondering van artikel 6, lid 3 Mw (en artikel 81, lid 3 EG)	248
3.5	Slotopmerkingen over materiële rechterlijke convergentie	249
4	Bewijs	250
4.1	Bewijsmaatstaf in inbreukzaken	250
4.2	Bewijzen van een inbreuk	255
4.2.1	Bewijs van onderneming, ondernemersvereniging, besluit of overeenkomst	256

4.2.2	Bewijs van doelbeperking	259
4.2.3	Bewijzen van een mededingingsbeperkend effect	264
4.2.4	Bewijzen van o.a.f.g.'s	267
4.2.5	Bewijzen van merkbaarheid	275
4.2.6	Bewijsrechtelijke aspecten van de uitzonderingen	280
4.2.7	Onrechtmatig bewijs	281
4.2.8	Bewijswaarde van enkele bewijsmiddelen	282
4.2.9	Bewijsgebrek	284
4.3	Slotopmerking over convergentie in bewijsrecht	285
5	Toetsing	285
5.1	Toetsing van begrippen	286
5.2	Toetsing van toepassing van de materiële verbodsnorm	288
5.2.1	Toetsingsmaatstaf	288
5.2.2	Toetsing van de vaststelling van de mededingingsbeperking	291
5.2.3	Toetsing en convergentie	294
5.3	Toetsing van uitzonderingen	294
5.4	Toetsing van procedure en rechten van verdediging	297
5.4.1	Waar vindt de rechter rechten van verdediging	298
5.4.2	Inhoud	300
5.5	Slotopmerking ten aanzien van convergentie in de toetsing	309
6	Conclusie	310
<b>7</b>	<b>Concentratietoezicht</b>	<b>323</b>
1	Inleiding	323
2	Materiële aansluiting in de wettelijke bepalingen	323
2.1	Bestuursrechtelijke context	323
2.2	Uitgangspunten	324
2.3	Wettelijke convergentie voor begrippen en beoordelingsnorm	325
2.4	Remedies	326
2.5	Betekenis, ruimte voor eigen invulling	328
3	Toepassing door de rechter: convergentie in uitspraken	330
3.1	Uitgangspunten	330
3.2	Begrippen	331
3.3	Materiële beoordelingsnorm	333
3.3.1	Elementen en verandering van de beoordelingsnorm	333
3.3.2	Remedies	334
3.4	Slotopmerking	335
4	Bewijs	335
4.1	Bewijsmaatstaf	336
4.2	Bewijslastverdeling	342
4.2.1	Bewijslastverdeling in de eerste fase	342
4.2.2	Bewijslastverdeling in de tweede fase	343
4.2.3	Bewijsvermoedens	344
4.2.4	Tegenbewijs en verweren	346
4.2.5	Remedies	350

4.3	Enkele bewijsmiddelen nader beschouwd	352
4.4	Onderzoeksverplichting voor de NMa	359
4.5	Slotopmerking	361
5	Toetsing	362
5.1	Rechten van verweer	362
5.2	Interpretatie van begrippen	365
5.3	Toetsing van kwalificatievragen	365
5.3.1	Toetsing van relatief gemakkelijke kwalificatievragen	365
5.3.2	Eerstefasetoetsing	366
5.3.3	Tweedefasetoetsing	369
5.3.4	Nieuwe materiële beoordelingsnorm	378
5.4	Toetsing van remedies	378
5.5	Slotopmerking	380
6	Conclusie over convergentie in het concentratietoezicht	381
<b>8</b>	<b>De afwijzing van klachten en prioritering</b>	<b>387</b>
1	Inleiding	387
2	Wettelijk kader	388
2.1	Bevoegdheid van de NMa	388
2.2	Afbakening	393
2.3	Normering voor belangenafweging	395
2.4	Wettelijke onderzoeksplicht en hoorrechten van de klager	398
2.5	Slotopmerking	401
3	Afwijzing van klachten in uitspraken	401
3.1	Bevoegdheid tot prioritering	402
3.2	Beoordeling van prioriteringsbeleid en belangenafweging	403
3.3	Rechten van klager bij prioritering	405
3.4	Onderzoek bij prioritering	406
3.5	Rechten van de klager bij inhoudelijke afwijzing	407
3.6	Onderzoek bij inhoudelijke afwijzing	409
3.7	Terugval naar prioriteringsbevoegdheid	413
3.8	Slotopmerking over rechterlijke convergentie	414
4	Bewijs	415
4.1	Bewijspositie bij prioritering	415
4.2	Bewijspositie bij inhoudelijke afwijzing	418
4.3	Bewijsnood bij de klager	421
4.4	Slotopmerking over bewijsrechtelijke aspecten	423
5	Toetsing	424
5.1	Toetsing van prioriteringsbesluiten	424
5.2	Toetsing van inhoudelijke afwijzingsbesluiten	427
5.3	Slotopmerking ten aanzien van toetsing	430
6	Conclusie	431

<b>9</b>	<b>Verbinding, conclusies en aanbevelingen</b>	435
1	Inleiding	435
2	Onderzoeksvraag en opzet	435
3	Het korte antwoord op de onderzoeksvraag	437
4	Effectieve rechtsbescherming en convergentie	438
5	Materiële convergentie	440
5.1	Globale lijn van de materiële convergentie	440
5.2	Expliciete en impliciete convergentie en alternatieve verklaringen	442
5.3	Materiële convergentie, rechterlijke discretionaire ruimte, coherentieprincipes	445
5.4	Het gebruik van precedents	449
5.4.1	Jurisprudentie van het Hof als precedent	449
5.4.2	Commissiebeschikkingen als precedent	451
5.4.3	De binding aan Commissiebeleid	453
6	Procedurele convergentie bij de rechter	455
6.1	Globaal overzicht van procedurele rechterlijke convergentie	455
6.2	Toegang	458
6.2.1	Toegangsregelingen	458
6.2.2	Belanghebbende	459
6.2.3	Besluit	462
6.2.4	Afwijking van de Awb	467
6.3	Bewijsrecht	468
6.3.1	Bewijsmaatstaf	470
6.3.2	Bewijslastverdeling	471
6.3.3	Economisch bewijs	473
6.3.4	Onrechtmatig bewijs	474
6.4	Toetsing	474
6.4.1	Beleidsvrijheid	475
6.4.2	Beoordelingsruimte en economische analyses	476
6.4.3	De rechten van verdediging	483
6.4.4	Toetsingsintensiteit en bewijsmaatstaf	486
6.5	Klachten en prioritering	487
7	Specialisatie en kennis	490
8	Het geheel aan aanbevelingen beschouwd	492
9	Convergentie, effectieve rechtsbescherming en het ontstaan van een <i>ius commune</i>	494
	Summary	497
	Gearfetting	503
	Literatuurlijst	507
	Verkort aangehaalde documenten	541
	Jurisprudentieregister	545
	Trefwoordenregister	567
	Curriculum vitae	575



## Afkortingenlijst

ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
A-G	Advocaat Generaal
art.	artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
B en W	Burgemeester en Wethouders
bijv.	bijvoorbeeld
C-	Cour
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CRvB	Centrale Raad van Beroep
Commissie	Commissie van de Europese Gemeenschappen
c.q.	casu quo
EHRM	Europese Hof voor de Rechten van de Mens
EG	Europese Gemeenschap
EU	Europese Unie
e.v.	en verder
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
gev.	gevoegde
Hof	Hof van Justitie
HR	Hoge Raad
m.nt.	met noot
MvT	Memorie van Toelichting
Mw	Mededingingswet
n.n.a.v.v.	nota naar aanleiding van het verslag
n.n.g.	nog niet gepubliceerd
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
o.a.f.g.	onderling afgestemde feitelijke gedraging
OECD	Organisation for Economic Development
P	Pourvoi
p.	pagina
par.	paragraaf
Pb.	Publicatieblad
PG	Parlementaire Geschiedenis
rechtbank	rechtbank Rotterdam
R	Renvoi
T-	Tribunal
TK	Tweede Kamer
vgl.	vergelijk
Vo.	Verordening
Vz	Voorzieningenrechter
Wem	Wet economische mededinging
Wob	Wet openbaarheid van bestuur





# 1 Inleiding

## 1 INLEIDING

De Mededingingswet bevat normen die marktgedrag van ondernemingen beogen te reguleren. De materiële normen zijn vrijwel gelijk aan de Europeesrechtelijke mededingingsregels. Aan deze wettelijke materiële convergentie (in de wet neergelegde, aan het EG-recht ontleende materieelrechtelijke normen) ligt een bewuste keuze van de wetgever ten grondslag. Deze materiële normen, waaraan hier subjectieve rechten worden ontleend, dienen te worden verwerkelijkt via het procesrecht. Het procesrecht, in brede zin, is van toepassing op de procedures bij de toezichthouder en bij de rechter en is grotendeels nationaal van aard. De centrale hypothese van dit dissertatieonderzoek is dat als gevolg van materiële convergentie sprake zal zijn van procedurele convergentie. Deze hypothese wordt in dit proefschrift onderzocht voor (een gedeelte van) het mededingingsbestuursrecht. Voor het mededingingsrecht geldt dat de materiële normen zowel worden ontleend aan de nationale Mededingingswet als rechtstreeks aan het EG-Verdrag; zij worden in hetzelfde nationale procedurele kader toegepast. Aan de algemene relatie tussen het materiële recht en het procesrecht wordt derhalve een dynamische dimensie toegevoegd: niet alleen beïnvloeding tussen materieel recht en procesrecht, maar ook tussen het materiële en procedurele recht van verschillende niveaus.

In dit proefschrift zal ik onderzoeken op welke wijze de wettelijke materiële convergentie door de nationale mededingingsbestuursrechter wordt ingevuld en of op deze wettelijke materiële convergentie procedurele rechterlijke convergentie volgt, zoals zou zijn te verwachten op grond van de hypothese dat het procesrecht wordt gevormd door het materiële recht. Om het convergentieproces te kunnen beoordelen, zal vervolgens de uitkomst van deze analyse aan Europeesrechtelijke en nationale vereisten van effectieve rechtsbescherming worden getoetst.

Dit inleidende hoofdstuk geeft allereerst nader inzicht in de onderzoeksvraag, de onderzoeksmethode en de afbakening van het onderzoeksterrein. Het belang van het onderzoek komt eveneens aan de orde. Daarnaast bevat het een korte introductie van de belangrijkste actoren en regels die het subject van onderzoek vormen. Het onderzoek zelf is neergelegd in de hoofdstukken 2 tot en met 9.

## 2 ONDERZOEKSVRAAG IN TWEE DELEN

De onderzoeksvraag bestaat uit twee delen. Het *eerste deel* van de onderzoeksvraag luidt: hoe krijgt de materiële convergentie vorm bij de nationale (dat wil in het kader van dit proefschrift vooral zeggen: Nederlandse) mededingingsbestuursrechter, en

leidt de wettelijke en rechterlijke materiële convergentie tot convergentie op de procedurele terreinen van toegang, bewijs en toetsing? Het deel van het onderzoek dat deze vraag beantwoordt, is theoretiserend, analyserend en beschrijvend, maar niet expliciet normatief van aard. Het *tweede deel* van de onderzoeksvraag betreft de beoordeling van de aldus gevonden ontwikkeling in het licht van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dit deel van het onderzoek bevat een normatieve beoordeling.

### 3 TOELICHTING EN VERANTWOORDING

Uitgangspunt voor het onderzoek is de keuze van de Nederlandse wetgever om voor het materiële mededingingsrecht aan te sluiten bij de Europese mededingingsregels: de materiële wettelijke convergentie. Het begrip ‘convergentie’ zal later in dit proefschrift nader worden onderzocht, maar hieronder wordt in algemene zin het naar elkaar toe bewegen van rechtsstelsels of rechtsregels verstaan. De publiekrechtelijke handhaving van de nationale en Europese mededingingsrechtelijke normen is in handen van de NMa (voorheen de d-g NMa, inmiddels de Raad van bestuur van de NMa en hierna korthedshalve steeds aangeduid als de NMa). De toetsing van besluiten van de NMa is opgedragen aan de rechtbank Rotterdam (in eerste instantie) en aan het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) in hoger beroep, samen de Nederlandse mededingingsbestuursrechter(s), en hierna ook wel simpelweg ‘de rechter’ genoemd.

Het onderzoek betreft ten eerste de vraag of de wettelijke materiële convergentie leidt tot convergentie van enkele nauw en minder nauw met het materiële recht samenhangende procedurele onderwerpen. De veronderstelling is dat dit het geval zal zijn. De grondslag voor de veronderstelling dat materiële convergentie gevolgd zal worden door procedurele convergentie, ligt in de functie van het procesrecht: het procesrecht dient ter realisering van de materiële norm.<sup>1</sup> Het procesrecht wordt daardoor gevormd door het materiële recht.<sup>2</sup> Het procesrecht heeft een dienende functie: het staat ten dienste van de aan een rechtssubject toekomende materiële rechten.<sup>3</sup> Tegelijkertijd vormt het procesrecht ook het materiële recht, wat in het bijzonder duidelijk wordt in regels van bewijs. Rechters vormen dan ook beide soorten normen.<sup>4</sup> Belangrijk is dat het procesrecht ook een eigen legitimiteit heeft, die van het materiële recht kan worden onderscheiden. Procesrecht is niet alleen maar ondergeschikt aan het materiële recht, maar is van wezenlijk belang voor de legitimiteit van het recht, en in ieder geval voor het juridische proces, waaronder het proces bij de rechter (contentieus procesrecht).<sup>5</sup> Sommige rechtsstelsels leggen meer

---

1 Zie bijv. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 2; vanuit het Europees perspectief o.a. Van Gerven 2000 b; Accetto & Zleptnig 2005; Delicostopoulos 2003; Kakouris 1997. Zie voor een fundamentele uiteenzetting over de verhouding tussen procesrecht en materieel recht ook Bone 2008, p. 329-334.

2 Vgl. Eilmansberger 2004.

3 Zie o.a. Bestuursrecht II, p. 28.

4 Vgl. Accetto en Zleptnig 2005, p. 384; Vranken 1995, p. 9.

5 Zie bijv. Hampshire 1999; Jetzlsperger 2003, p. 30-32.

de nadruk op deze legitimerende functie dan andere.<sup>6</sup> Dit zelfstandige aspect van procesrecht verklaart wellicht waarom procedurele regels ondanks hun aan het materiële recht verbonden karakter toch ‘notoriously hard to change’ zijn.<sup>7</sup>

Ervan uitgaande dat materieel recht het procedurele recht vormt, zou verwacht kunnen worden dat het mededingingsbestuursprocesrecht – het bestuursrechtelijk procesrecht dat van toepassing is op mededingingsrechtelijke procedures – zich door de wettelijke materiële convergentie zal bewegen naar het Europese (mededingings)bestuursprocesrecht. De veronderstelling dat procesrecht ook een eigen legitimiteit heeft en dat die legitimiteit sterk verbonden is met de nationale rechtscultuur,<sup>8</sup> zou dat proces echter kunnen vertragen of niet laten plaatsvinden. Een beweging naar Europeanisering van het nationale bestuursprocesrecht (de beïnvloeding van nationaal recht door Europees recht) is vanuit een functionalistische benadering van het Europese integratieproces eveneens een logische ontwikkeling, maar deze ontwikkeling is minder vanzelfsprekend vanuit de visie dat het integratieproces niet alleen door het Hof van Justitie tot stand wordt gebracht, maar juist ook door de receptie van Europees recht door de nationale rechterlijke instanties – om van een politieke component maar niet te spreken.<sup>9</sup> Die ontvangst door de nationale rechter staat in dit proefschrift centraal.

Dit dissertatieonderzoek richt zich vooral op enkele specifieke procedurele onderwerpen, namelijk *toegang tot de rechter*, *bewijsrecht*, en *toetsing* door de rechter. Daaraan vooraf gaat echter steeds de vraag hoe de rechter omgaat met de verschillende gradaties en verschijningsvormen van materiële convergentie, en of hij daarbij de autonome ruimte inneemt die de Mededingingswet hem eventueel gunt; de rechterlijke materiële convergentie gaat aan de mogelijke procedurele convergentie vooraf. Van de drie gekozen procedurele thema's hoort *toetsing* duidelijk thuis in het contentieuze procesrecht. Voor *bewijs* en *toegang tot de rechter* (ook wel: toegang) is dat minder duidelijk. Het zijn echter de keuzes die de rechter maakt, die op het terrein van toegang en bewijsrecht doorwerken op het procedurerecht (het procesrecht van de non-contentieuze procedure). De wijze waarop de rechter de toegangsvraag beantwoordt, is bepalend voor de toegang tot de toezichthouder, en de rechter bepaalt uiteindelijk de bewijsrechtelijke verhouding tussen het bestuursorgaan en rechtssubjecten (burgers, ondernemingen). Deze drie onderwerpen zijn mede gekozen omdat zij nauw samenhangen met het toetsingskader dat wordt gevormd door het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Daarnaast werd verondersteld dat de bestuursrechter zich juist bij deze onderwerpen mede zou kunnen baseren op de EG-rechtelijke invulling daarvan, vanwege de verbinding met het materiële recht, die bij deze onderwerpen eerder aanwezig zal zijn dan bijvoorbeeld bij meer technische onderwerpen als termijnen voor het instellen van beroep of de hoogte van griffierechten. Daarbij is de afstand tussen de toegangsvragen en het materiële recht echter duidelijk groter dan tussen bewijsrecht en materieel recht. De analyse van

---

6 Meer in het common-law systeem dan in het continentale systeem van recht, vgl. Bestuursrecht II, p. 28.

7 Kahn-Freund 1974, p. 20.

8 Zie bijv. Kahn-Freund 1974, p. 20; Harlow 2000, p. 80-81.

9 Vgl. Curtin 2006, p. 7.

deze drie procesrechtelijke onderwerpen kan ook daarom inzicht geven in het antwoord op de vraag of, voor het mededingingsbestuursrecht, de veronderstelling klopt dat materiële convergentie wordt gevolgd door procedurele convergentie.

Met de bovenstaande toelichting zijn de redenen voor dit onderzoek grotendeels gegeven, hoewel de voor een wetenschapper wellicht meest belangrijke reden, het intrinsieke plezier van het doen van onderzoek op haar vakgebied, niet ongenoemd mag blijven. Dit dissertatieonderzoek heeft echter ook een duidelijk praktische component en is niet alleen theoretisch van aard. Het betreft daarbij het grensvlak van verschillende rechtsgebieden, procedureel en materieel, op verschillende niveaus: nationaal bestuursrecht en nationaal mededingingsrecht, Europees bestuursrecht en Europees mededingingsrecht. Het is daarmee (intern en extern) rechtsvergelijkend en interdisciplinair in de zin dat het deze verschillende rechtsgebieden verbindt; het onderzoek blijft wel 'binnen-juridisch'. Het doel van het onderzoek is, door het ontwarren van het kluwen van beïnvloedingsdraden, bij te dragen tot een beter begrip van de interactie tussen deze terreinen. Dat is ook relevant voor een beter begrip van convergentieprocessen buiten het mededingingsrecht. De Mededingingswet is daarbij een relatief nieuwe wet, in werking getreden in 1998, zodat een dergelijk uitgebreid onderzoek wegen kan inslaan die voor dit terrein nog niet zijn bewandeld. Dat neemt niet weg dat het voortbouwt op bestaande leerstukken en thema's; het onderzoek zet de theorie uiteen en inventariseert, systematiseert en analyseert uitspraken op een bepaald terrein, maar doet dit op een nieuwe manier. Er wordt bovendien een normatieve laag toegevoegd door de uitkomsten van de analyse van convergentie te toetsen aan eisen van effectieve rechtsbescherming. Uit de analyse en beschrijving van processen dringt zich bij wijze van spreken reeds een evaluatie op; het normatieve toetsingskader dwingt tot het expliciteren daarvan. Daarbij wordt niet alleen ingegaan op het EG-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming, maar wordt een congruent nationaal beginsel van effectieve rechtsbescherming opgespoord en geponerd. Het onderzoek leidt uiteindelijk ook tot enkele praktische beschouwingen en aanbevelingen.

Het onderzoek richt zich op de beïnvloeding van het mededingingsbestuursprocesrecht in de laatste fase van het bestuursrechtelijke toezicht, de rechtsbeschermingsfase bij de rechter. Daarbij is gekozen voor het *bestuursrecht* en niet (ook) voor het civiele recht, omdat ook de Europeesrechtelijke mededingingsregels op EG-niveau bestuursrechtelijk worden gehandhaafd. Voor het bestuursprocesrecht bestaat een Europeesrechtelijke equivalent, en equivalentie en voorbeeldwerking (parallisme) is een van de vormen waardoor convergentie kan ontstaan. Daarnaast is gekozen voor analyse van *rechterlijke uitspraken* en niet (ook) voor het procedurerecht bij de NMa. Naast de praktische reden dat een promotieonderzoek daadwerkelijk binnen strikte termijnen afgerond moet kunnen worden, is de reden voor deze keuze dat door de uitspraken de procedureregels bij de NMa worden gevormd en getoetst. Bij de rechter culmineert het toezicht op de mededinging. Dat niet het non-contentieuze procedurerecht de primaire focus is van dit onderzoek hangt ook samen met het normatieve toetsingskader van effectieve rechtsbescherming, dat vooral tot uiting komt in de fase bij de rechter.

Om de vraag naar procedurele convergentie ten aanzien van de drie genoemde onderwerpen (toegang, bewijs, toetsing) te kunnen beantwoorden, dient inzicht te worden verkregen in wat in algemene zin onder convergentie wordt verstaan en welke verschijningsvormen convergentie kent. Het betreft zowel materiële als procedurele convergentievormen en zowel wettelijke als jurisprudentiële. Alleen zo kan worden bezien of deze vormen zich bij de mededingingsbestuursrechter voordoen of dat sprake is van nieuwe vormen van convergentie. Ook dient inzicht te worden verkregen in de algemene ontwikkeling van Europeanisering van het bestuursprocesrecht, omdat slechts dan de te onderzoeken ontwikkeling in het mededingingsbestuursrecht kan worden geplaatst en beoordeeld. In hoofdstuk 3 zal ik derhalve een fenomenologie van convergentievormen geven en proberen te verhelderen hoe de Europeanisering van het bestuursprocesrecht wordt gezien.

Voorafgaand aan de analyse van de vraag of sprake is van procedurele convergentie (op het gebied van toegang, bewijs en toetsing) dient voor deze onderwerpen de ‘stand van zaken’ te worden onderzocht. Alleen als de algemene stand van zaken bekend is, kan immers worden beoordeeld of op het onderzoeksterrein sprake is van een overeenkomstige, afwijkende of voortschrijdende ontwikkeling en of dus sprake is van convergentie. Derhalve bevat hoofdstuk 4 een beschrijving van bewijsrecht en toetsing door de rechter in het Europese en nationale bestuursrecht in het algemeen en in het Europese mededingingsrecht in het bijzonder. Daarbij besteed ik ook aandacht aan economisch bewijs en de toetsing van complexe economische analyses. De stand van zaken rond toegang tot de rechter (waartegen en door wie bij de rechter beroep kan worden ingesteld) gaat vooraf aan de analyse van uitspraken in het betreffende hoofdstuk (hoofdstuk 5).

Om de vraag te kunnen beantwoorden of materiële convergentie leidt tot procedurele beïnvloeding, dient eerst inzicht te worden verkregen in hoe de wettelijke materiële convergentie door de rechter wordt gehanteerd. Voor de analyse van de wijze waarop de rechter met de materiële convergentie omgaat en hoe deze doorwerkt in het bewijsrecht en de wijze van toetsing is gekozen voor een analyse van de uitspraken die betrekking hebben op het kartelverbod, het concentratietoezicht en de afwijzing van klachten (inclusief het prioriteringsbeleid). Deze drie materieelrechtelijke onderwerpen zijn gekozen vanwege de verschillende mate van materiële wettelijke convergentie: van zeer sterk gebaseerd op het EG-recht voor het kartelverbod, via een iets minder sterke binding bij het concentratietoezicht, naar afwezigheid van wettelijke convergentie als het gaat om de afwijzing van klachten. De gebruikte convergentietechnieken worden in elk van de hoofdstukken in kaart gebracht. De afwijzing van klachten heeft daarbij voor een deel een procedureel karakter en bevindt zich in zekere zin tussen de toegangsvraag en de daadwerkelijke toepassing van materiële mededingingsregels in. Daarbij is er niet voor gekozen om ook de uitspraken over het misbruikverbod te analyseren, omdat de wettelijke convergentietechnieken daarbij grotendeels gelijk zijn aan die bij het kartelverbod, en er relatief maar weinig inhoudelijke uitspraken zijn over misbruik. Ook mededingingsrechtelijke sancties zijn buiten dit onderzoek gelaten, vooral omdat het sanctierecht een vrij fundamenteel ander, namelijk strafrechtelijk, karakter heeft. Sanctierecht bij de

mededingingsbestuursrechter zou zich bij uitstek lenen voor een onderzoek dat in het verlengde ligt van deze dissertatie. Het materiële deel van de onderzoeksvraag wordt beantwoord door een analyse van de uitspraken van de nationale mededingingsbestuursrechter op de genoemde drie terreinen. De analyse van de materiële aansluiting in rechterlijke uitspraken vindt plaats in de materieelrechtelijke delen van de hoofdstukken over het kartelverbod (hoofdstuk 6), het concentratietoezicht (hoofdstuk 7), en de afwijzing van klachten (hoofdstuk 8).

Vervolgens zal worden onderzocht of de wettelijke en rechterlijke materiële convergentie invloed heeft op de procedurele onderwerpen. Toegangsvragen – wie kan waartegen in beroep bij de rechter – worden behandeld in hoofdstuk 5. De invloed van de materiële wettelijke convergentie ten aanzien van het kartelverbod, concentratietoezicht en afhandeling van klachten op bewijsrecht en toetsing is te vinden in de desbetreffende hoofdstukken (hoofdstuk 6, hoofdstuk 7 en hoofdstuk 8). Door deze analyse kan een antwoord worden geformuleerd op de vraag of materiële convergentie leidt tot procedurele convergentie.

Het tweede deel van de onderzoeksvraag betreft de beoordeling van de gevonden ontwikkeling: al dan niet convergentie met het EG-recht. Is de mogelijke Europeanisering van het mededingingsrechtelijke bestuursprocesrecht een ontwikkeling die als gunstig moet worden gezien? Dient, als dat kan, te worden vastgehouden aan het ‘eigen’ nationale recht? Voor de beantwoording van een normatieve vraag is een normatief kader nodig. Dat wordt gegeven door het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Voor effectieve rechtsbescherming als normatief beoordelingskader is gekozen omdat het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming de (rand)voorwaarden stelt aan de nationale toepassing van bepalingen omtrent toegang, bewijsrechtelijke vuistregels en rechterlijke toetsing, althans als EG-rechten in geding zijn. Deze randvoorwaarden kunnen worden afgeleid uit EG-rechtelijke jurisprudentie. Ook op nationaal niveau is discussie gaande over effectieve rechtsbescherming en definitieve geschilbeslechting in het algemene bestuursrecht. Een nationaal beginsel van effectieve rechtsbescherming kan nadere positieve eisen stellen aan de inrichting van de rechtelijke procedure. Een dergelijk ‘beginsel’ is echter minder voor de hand liggend dan een EG-rechtelijk beginsel van effectieve rechtsbescherming, maar zal in hoofdstuk 2 worden afgeleid uit rechtsstatelijke eisen en eisen aan de inrichting van bestuursrechtspraak.<sup>10</sup> Zowel de eisen van het Europeesrechtelijke beginsel als de eisen van het nationale beginsel moeten worden gedefinieerd voordat deze eisen kunnen worden losgelaten op de uitkomsten van de analyse. De analyse van deze eisen vindt plaats in hoofdstuk 2, dat daarmee het normatieve kader bevat voor het tweede deel van de onderzoeksvraag.

In hoofdstuk 9, het laatste hoofdstuk van dit proefschrift, worden de verschillende lijnen van materiële convergentie (kartelverbod, concentratietoezicht, afwijzing van

---

10 Vgl. Asser & Scholten 1954, aant. 15: ‘Het is een der voornaamste functies der rechtswetenschap het rechtsbeginsel in het positieve recht op te sporen.’

klachten), procedurele convergentie (toegang, bewijs en toetsing), en effectieve rechtsbescherming als normatief kader met elkaar verbonden.

## 5 INTRODUCTIE VAN ACTOREN EN REGELGEVING

Volledigheidshalve volgt in deze paragraaf een korte introductie van de voor dit proefschrift belangrijkste actoren en regelgeving.

### 5.1 Actoren

De belangrijkste actoren zijn de toezichthouders, de NMa en de Commissie, en de rechtsprekende instanties, rechtbank Rotterdam en CBB, Hof van Justitie en Gerecht, en EHRM.

#### – *Toezichthouders*

Op nationaal niveau is de NMa belast met het toezicht op de naleving van de Mededingingswet, meer precies de Raad van Bestuur van de NMa. De Raad staat aan het hoofd van een organisatie van ambtenaren. Toezichthoudende ambtenaren hebben verdergaande bevoegdheden dan andere ambtenaren. Die bevoegdheden bestaan uit zowel de bevoegdheden die in de Awb zijn neergelegd als extra bevoegdheden, opgenomen in de Mededingingswet. De NMa is een zelfstandig bestuursorgaan. Dit brengt mee dat zij niet hiërarchisch onder de minister van economische zaken functioneert. Formeel gezien is het de minister die verantwoordelijk is voor het mededingingsbeleid en nieuwe wetgevingsinitiatieven, en is de NMa belast met de uitvoering van het toezicht in individuele zaken. Op Europees niveau is het de Commissie die het mededingingsrecht handhaaft. De Commissie heeft meerdere functies en is zowel toezichthouder als beleidsmaker. De nationale toezichthouders en de Europese toezichthouder zijn verenigd in het netwerk van mededingingsautoriteiten, waarin overleg wordt gepleegd, zowel op zaakniveau als op beleidsniveau. Voor dit proefschrift is het netwerk echter slechts zijdelings van belang.

#### – *Rechterlijke macht*

Op nationaal niveau is de rechtbank Rotterdam aangewezen als exclusief bevoegde rechter om te oordelen over beroepen gericht tegen besluiten van de NMa, genomen op grond van de Mededingingswet. Deze beroepen worden behandeld bij de bestuurskamer (sector bestuursrecht) van de rechtbank, die daarnaast ook als exclusief bevoegde rechter in eerste instantie is aangewezen in enkele andere sociaal-economische wetten. Het CBB is aangewezen als exclusieve rechter in hoger beroep tegen uitspraken van de rechtbank Rotterdam in mededingingsrechtelijke zaken. Het CBB is ook hogerberoepsrechter in de andere zaken waarvoor de rechtbank Rotterdam als exclusief bevoegde rechter is aangewezen. Daarnaast is het CBB in enkele verwante sociaal-economische wetten als eerste, en enige, rechter bevoegd. Van belang is dat het CBB ook in hoger beroep volledig bevoegd is ten aanzien van de feiten; er is sprake van feitelijke toetsing in twee instanties. Van uitspraken van het CBB is geen cassatie mogelijk. De civiele rechter is in dit proefschrift – hoewel de focus het bestuursprocesrecht is – van belang, omdat deze optreedt als ‘restrechter’. Sommige beslissingen van de NMa, waartegen geen beroep openstaat bij de rechtbank Rotter-

dam, bijvoorbeeld omdat zij geen besluiten zijn, kunnen wel worden aangevochten bij de civiele rechtbank. De gewone competentieregels gelden.

Op EG-niveau is de instelling het Hof van Justitie de rechtsprekende instantie. Deze bestaat uit het Hof van Justitie (hierna ook: het Hof) en het Gerecht van Eerste Aanleg (hierna: het Gerecht). Het Hof van Justitie (als instelling) vindt zijn grondslag in de verschillende verdragen, waarvan voor het mededingingsrecht slechts het EG-Verdrag relevant is. Een uitwerking van de basisbepalingen is te vinden in het (eveneens verdragsrechtelijke) statuut (zie artikel 245 EG). Het Gerecht is in eerste aanleg bevoegd in beroepen tegen besluiten van de Commissie in mededingingszaken. Mededingingszaken maken een belangrijk deel uit van de werkzaamheden van het Gerecht. De plaats van het Gerecht in het systeem van rechtsbescherming is te vergelijken met de plaats van de rechtbank Rotterdam in het nationale stelsel. In mededingingsrechtelijke zaken is het Hof in de eerste plaats hogerberoepsrechter. De omvang van zijn bevoegdheid is beperkt tot het toetsen van rechtsvragen; er is in beginsel geen sprake van rechtspraak in twee feitelijke instanties, behalve bij boetebesluiten. In die zin is het Hof in het algemeen meer cassatierechter dan hogerberoepsrechter in de zin van het CBb in het Nederlandse systeem. Daarnaast is het Hof ook de instantie waaraan nationale rechters prejudiciële vragen kunnen (en soms moeten) stellen. Ook de rechtbank Rotterdam of het CBb zijn daartoe bevoegd, en soms verplicht.

Vooraf wat de bescherming van de rechten van verdediging betreft, speelt ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) een rol. In verschillende mededingingsrechtelijke besluitvormingsprocedures is sprake van (de dreiging van) het opleggen van een punitieve sanctie, zodat ook de extra waarborgen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) gelden. De verhouding tussen EG-recht, EVRM-recht en nationaal recht komt hierna aan de orde.

## 5.2 Mededingingsregels

Mededingingsbeleid heeft in het algemeen de bevordering van de mededinging ten doel, meer specifiek de bevordering van effectieve of werkbare mededinging. In het EG-mededingingsbeleid komt daar ook het doel van het creëren van de interne markt bij: marktintegratie. Deze marktintegratiedoelstelling was zeker in de beginfase van de EG en het mededingingsrecht soms belangrijker dan de vraag of sprake was van een beperking van effectieve mededinging. De beide doelstellingen werden niet van elkaar onderscheiden. Sterker, de grote vlucht die het mededingingsrecht binnen het EG-recht heeft genomen, is met name te danken aan de rol die deze mededingingsregels voor marktintegratie bleken te kunnen spelen. Marktintegratie en effectieve mededinging zijn vanuit economisch oogpunt echter niet altijd gelijke doelen. Bij het voortschrijden van de marktintegratie was het dan ook de vraag of het mededingingsconcept niet een nieuwe invulling zou moeten krijgen. Via de economisering en modernisering van het mededingingsrecht heeft deze nieuwe invulling gestalte gekregen.<sup>11</sup>

---

11 Zie o.a. Gerber 1998; Jones & Sufrin 2008, p. 35-52.



– *Vrijemarkteconomie*

Het mededingingsbeleid fungeert op basis van het principe van de vrijemarkteconomie, een ideologie die door de westerse wereld met enthousiasme is omarmd en in navolging daarvan (al dan niet met enthousiasme) tevens door grote delen van de rest van de wereld. Daarbij is de economische premisse dat concurrentie tot welvaartsverhoging leidt: concurrentie is wenselijk, want zij leidt tot kostenefficiëntie, lage prijzen en innovatie. Bij afwezigheid van een concurrerend economisch (basis)model lijkt het een gegeven dat het omarmen van de ideologie van de vrije markt de enige mogelijkheid is om deel te nemen aan de voortschrijdende, steeds meer interdependente wereldeconomie.<sup>12</sup> Daarbij gaan globalisering, markteconomie en democratie, althans in westerse ogen, hand in hand, in die zin dat welvaartsverhoging zonder deze drie niet mogelijk zou zijn.<sup>13</sup> Toch kan de normatieve vraag worden opgeworpen of de mens als *homo economicus* uiteindelijk wel kan voldoen als meetpunt voor welvaart. Niemand zal de scherpe randjes van de vrijemarktideologie ontgaan zijn,<sup>14</sup> zeker ook gezien de in de afrondingsfase van dit onderzoek woedende financiële en economische crisis. Dat neemt niet weg dat het vrijemarktprincipe als leidend beginsel voor het mededingingsrecht voor dit proefschrift grotendeels een gegeven is.

– *Kernnormen*

De Mededingingswet is op 1 januari 1998 in werking getreden en introduceerde in Nederland een op het Europese mededingingsrecht gebaseerd verbodstelsel. De inspiratie door het EG-recht is zeer duidelijk: deze komt zowel naar voren in de wetsgeschiedenis als in de bepalingen van de Mededingingswet zelf. Leidraad bij toepassing van de Mededingingswet is dat deze ‘niet strenger en niet soepeler’ is dan de equivalente Europese regels. Die Europese regels zijn te vinden in het EG-verdrag en in secundaire regelgeving. Is het nationale recht logischerwijs beperkt tot toepassing op het Nederlandse grondgebied (maar niet tot Nederlandse ondernemingen), het EG-recht is juist niet van toepassing als sprake is van een interne situatie. Het vereiste van de beïnvloeding van de intracommunautaire handel vindt zijn grondslag in het oorspronkelijke (en huidige) doel van de EG, integratie van de markt tot een interne markt, en is een competentiegrens. Het vereiste is daarmee een ondergrens voor de toepassing van de Europese regels. De drie kernverboden van mededingingsrecht zijn het verbod op het maken van mededingingsbeperkende afspraken (het kartelverbod), het verbod op het maken van misbruik van een economische machtspositie, en het verbod op het zonder voorafgaande goedkeuring totstandbrengen van een concentratie.

Artikel 6, lid 1 Mw bevat het *kartelverbod*. Het equivalente EG-rechtelijke verbod is neergelegd in artikel 81, lid 1 EG. Het verbod, en de samenhangende uitzonderingen, is de focus van de analyse in hoofdstuk 6 van dit proefschrift. Het tweede kernverbod is het verbod op het maken van *misbruik* van een economische machtspositie (het misbruikverbod). Dit verbod is neergelegd in artikel 24 Mw, en artikel 82 EG. Ook op dit verbod geldt een wettelijke uitzondering, neergelegd in

---

12 Zie ook Friedman 2000; Sterling 2003; Fukuyama 1992.

13 Zie kritisch Gray 2004.

14 Zie ook Friedman 2000; Stiglitz 2002; E. de Jong 2002.

artikel 25 Mw cq. artikel 86, lid 2 EG, voor ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Zowel het nationale verbod als de uitzondering zijn gemodelleerd naar het Europeesrechtelijke equivalent, maar de vorm van de uitzondering is afwijkend, wat in dit proefschrift van belang kan zijn voor het hoofdstuk over klachten (hoofdstuk 8). Het misbruikverbod is wat convergentietechniek betreft grotendeels gelijk vormgegeven als het kartelverbod en komt alleen zijdelings in dit proefschrift aan de orde, met name in het hoofdstuk over klachtafwijzingen, nu klachten mede gericht kunnen zijn op misbruik van machtspositie. Het derde kernelement van mededingingsrecht is het *concentratietoezicht*, in de Mededingingswet te vinden in de artikelen 26 tot 49 Mw en op EG-niveau in de concentratiecontroleverordening (hierna ook: de concentratieverordening). Het concentratietoezicht is – anders dan het toezicht op de naleving van beide verboden hiervoor – ex ante-toezicht, en is de focus van hoofdstuk 7.

Niet specifiek geregeld in de Mededingingswet is de *mededingingsrechtelijke klacht*. Klachten kunnen betrekking hebben op elk van de drie kernnormen van het mededingingsrecht, al zal een klacht betreffende een concentratie minder vaak voorkomen dan klachten betreffende gedragingen die gesteld worden een inbreuk te vormen op het kartelverbod of het misbruikverbod. Een *gegronde* klacht leidt vrijwel steeds tot een tot de overtredende onderneming gericht besluit. Rechterlijke uitspraken betreffende gegronde klachten ten aanzien van het kartelverbod maken deel uit van de analyse van hoofdstuk 6. Daarentegen is de *afwijzing* van mededingingsrechtelijke klachten, inclusief het door de NMa gehanteerde prioriteringsbeleid, focus van hoofdstuk 8.

In het EG-verdrag is nog een aantal mededingingsrechtelijke normen te vinden die gericht zijn tot de lidstaten. Hoewel deze normen niet in de Mededingingswet zijn opgenomen, is het de vraag of deze normen niet ook door de NMa zouden moeten of kunnen worden toegepast.<sup>15</sup> Zij zijn geen onderwerp van dit proefschrift; de NMa neemt over deze normen geen besluiten.

### 5.3 Procedurele regels

Aangezien in dit proefschrift de bestuursrechtelijke handhaving centraal staat, is de belangrijkste bron voor het nationale procedurele recht de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). De Awb is werk in uitvoering en harmoniseert en codificeert het bestuurs(proces)recht. Het gaat hier om interne harmonisatie, die niet zoveel van doen heeft met Europeesrechtelijke harmonisatie. De Awb geeft regels voor zowel procedures bij de NMa als voor de procedures in beroep en in hoger beroep bij rechtbank en CBB. Zo zijn de kernbegrippen die (ook) de toegang tot de mededingingsbestuursrechter reguleren, het belanghebbendebegrip en het besluitbegrip, in de Awb neergelegd. Deze twee begrippen zijn de focus van hoofdstuk 5. Voorzover er bewijsrechtelijke regels zijn, zijn deze eveneens gebaseerd op in de Awb voorgescreven normering van bestuursrechtelijk optreden. Wettelijke regels omtrent de toetsing door de rechter ontbreken vrijwel geheel. De Awb geldt in bestuursrechtelij-

---

<sup>15</sup> Zie zaak C-198/01, CIF.

ke verhoudingen, tenzij er in een specifieke wet daarvan wordt afgeweken. Voor het mededingingsrecht geldt dat voor enkele bepalingen in de Mededingingswet. Deze bepalingen gelden aanvullend op de Awb, en omvatten bijvoorbeeld bepalingen omtrent besluitprocedures, bevoegdheden van de ambtenaren belast met het toezicht en onderzoek, en bepalingen omtrent terinzagelegging en behandeling van vertrouwelijke gegevens. In een enkel geval is in de Mededingingswet een afwijking van de bepalingen van de Awb opgenomen.

Verder is van belang de *Wet openbaarheid van bestuur* (hierna: Wob). Daarin is de toegang van burgers tot overheidsdocumenten geregeld. De Wob geldt niet wanneer er sprake is van een uitputtende en daaraan derogerende regeling. De NMa is lang van mening geweest dat de Mededingingswet in een dergelijke uitputtende regeling voorziet, maar dat is een door de rechter afgewezen standpunt, zoals in hoofdstuk 5 nader aan de orde komt.

De NMa heeft geen regelgevende bevoegdheden, maar zoals ieder bestuursorgaan wel de bevoegdheid *beleidsregels* vast te stellen. Van die bevoegdheid wordt door de NMa veelvuldig gebruikgemaakt. In haar beleidsdocumenten zet de NMa uiteen hoe zij van bepaalde bevoegdheden gebruik zal maken. In bestuursrechtelijke terminologie gaat het daarbij in ieder geval om beleidsregels omtrent belangenafweging (beleidsmatige beleidsregels), en wetsinterpreterende beleidsregels.

Het EG-verdrag geeft de randvoorwaarden waaronder de instellingen functioneren. De belangrijkste procedurele bepalingen voor het non-contentieuze procesrecht bij de Commissie zijn echter niet in het Verdrag zelf opgenomen, maar in secundaire regelgeving. Hier geldt met name Verordening 1/2003, de opvolger van Verordening 17, de concentratieverordening, en aanverwante regelgeving. Daarnaast zijn beleidsregels van de Commissie van belang. Deze beleidsdocumenten bevatten zowel procedurele randvoorwaarden als materiële invulling van begrippen in het mededingingsrecht.

Ten slotte is voor zowel het nationale als het Europese niveau het EVRM van belang. Het EVRM werkt in Nederland automatisch door en geldt voor 'vrijwel alle geschillen'.<sup>16</sup> Dit geldt ook voor de uitspraken van het EHRM, die als 'gezaghebbende interpretatie' van de betreffende verdragsbepalingen deel uitmaken.<sup>17</sup> Artikel 6 EVRM omvat het recht op een eerlijke en openbare behandeling van een zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld. Wanneer sprake is van een *criminal charge*, waaronder ook bestuurlijke boetes worden verstaan, gelden aanvullende eisen, waaronder de onschuldpresumptie, het *nemo tenetur*-beginsel, en een volle toetsing, inclusief toetsing van de feiten, door de rechter. Artikel 8 EVRM omvat het recht op eerbiediging van privéleven, familie- en gezinsleven, woning en correspondentie, en is in dit proefschrift van belang vanwege de waarborgen voor toezicht en onderzoek door de NMa. Het beschermt tegen het zonder waarborgen betreden van een woning, waaronder ook

---

16 Zie Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009, p. 25.

17 Zie Barkhuysen 2004, p. 47.

bedrijfsruimten worden verstaan. Ook het beschermen van *legal privilege* wordt door artikel 8 EVRM omvat.<sup>18</sup>

#### 5.4 Verhouding tussen niveaus

In algemene zin zijn de lidstaten gebonden aan het EG-recht, dat voorrang heeft en in bepaalde gevallen ook rechtstreekse werking. De EG-verdragen creëren – in de woorden van het Hof – een nieuwe, eigen rechtsorde.<sup>19</sup> Anders dan het EVRM, dat via de Grondwet in Nederland rechtstreekse werking heeft en niet hoeft te worden omgezet in nationaal recht, hebben de bepalingen van het EG-Verdrag, mits zij zich daartoe lenen, op basis van dit eigen karakter van de rechtsorde rechtstreekse werking. Rechtstreekse werking wil zeggen dat ‘deze bepalingen door de nationale rechter kunnen worden toegepast, zonder tussenkomst van een wettelijke maatregel die strekt tot transformatie of omzetting’.<sup>20</sup> Het gevolg van het eigen karakter is eveneens dat de EG-bepalingen voorrang hebben boven bepalingen van nationaal recht, ook als deze laatste van later datum zijn. Beide beginselen (rechtstreekse werking en voorrang), aangevuld met het beginsel van staatsaansprakelijkheid van de lidstaten bij gekwalificeerde schending van het EG-recht, waarborgen de nuttige of volle werking van het communautaire recht. Het gevolg van deze destijds revolutionaire beginselen is dat particulieren (waaronder ook ondernemingen) zich voor de rechter in ieder geval tegenover de overheid en meestal ook tegenover andere particulieren op deze bepalingen kunnen beroepen (verticale en horizontale rechtstreekse werking). Voor het mededingingsrecht is dit alles van belang, aangezien artikel 81, 82 en 86, eerste en tweede lid EG alle rechtstreekse werking (en voorrang) hebben. Het kunnen toepassen door een nationale rechter – meestal de civiele rechter – is een van de vormen van decentrale toepassing van het mededingingsrecht. Deze decentrale toepassing door de nationale rechter dient te worden onderscheiden van de decentrale toepassing door een nationale mededingingsautoriteit. Met de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 kan en moet ook de NMa de tot ondernemingen gerichte EG-mededingingsregels toepassen; een bevoegdheid die overigens al bestond op basis van de Mededingingswet.

Een eigen rechtsorde met rechtstreekse werking en voorrang is leuk en aardig, maar geeft een burger weinig moed als er geen manieren zijn om zich op het EG-recht te beroepen. Derhalve heeft het Hof van Justitie eisen gesteld aan de nationale omgeving waarin de EG-rechten moeten worden gewaarborgd. Hierdoor is er een rechtstreekse (en verplichte) beïnvloeding door het EG-recht op het nationale procesrecht. Het EG-recht dient door de nationale rechter te worden gewaarborgd; daartoe dienen faciliteiten te bestaan. Hoewel er sprake is van procedurele autonomie, stelt het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming randvoorwaarden. De jurisprudentie waarin dit beginsel is neergelegd en wordt ontwikkeld, brengt soms mee dat nationale procedurele voorschriften opzij moeten worden gezet.

---

18 Zie o.a. Jones & Sufrin 2008, p. 1152-1181.

19 Zaak 26/62, Van Gend en Loos; zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 56.

20 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 59.

De EG-rechtelijke invloed op het nationale procedurele recht via het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming is weliswaar direct, maar geldt alleen voor rechten op basis van het EG-recht. Derhalve gelden deze voorschriften niet voor (al dan niet inhoudelijk gelijke) nationale rechten. Het lijkt echter voor de hand te liggen dat de randvoorwaarden die het EG-recht stelt aan de waarborging van EG-rechten, ook de randvoorwaarden voor de waarborging van equivalente nationale rechten beïnvloedt. Europeesrechtelijke procedurele regels kunnen daarnaast de nationale procedurele regels direct of indirect beïnvloeden via een voorbeeldfunctie. Directe beïnvloeding vindt bijvoorbeeld plaats via de opname in de Mededingingswet van procedurele regels die afkomstig zijn uit het EG-recht, zonder dat daartoe een verplichting bestaat, en indirecte beïnvloeding vindt plaats via de praktijk bij de NMa en de rechter, die zich spiegelen aan de praktijk bij Commissie, Gerecht en Hof. De verhouding tussen de niveaus is daardoor veel meer omvattend dan de klassieke hiërarchische verhouding van voorrang en rechtstreekse werking. Zij is daardoor complexer.

Een element dat de complexiteit voor het nationale procesrecht verder vergroot is het EVRM. Zoals gezegd gelden de eisen die het EVRM aan het nationale procesrecht stelt rechtstreeks. Dit geldt *in casu* in ieder geval wanneer de mededingingsbestuursrechter optreedt in 'nationale' geschillen, zaken waarbij alleen de Mededingingswet en niet (ook) de decentrale toepassing van EG-recht aan de orde is. Bij de decentrale toepassing van EG-mededingingsrecht speelt het EVRM een meer indirecte rol. De EG is weliswaar geen partij bij het EVRM, maar acht zich aan normen van dit Verdrag wel indirect gebonden: jurisprudentie van het Hof laat een vérgaande tendens zien waarbij het Hof zich rechtstreeks baseert op EVRM-rechten en de uitleg daarvan door het EHRM.<sup>21</sup> Daarnaast geldt dat het EHRM op haar beurt in de Bosphorus-uitspraak heeft bepaald dat als de lidstaten EG-recht toepassen, het EHRM zich niet uitspreekt over de concrete overeenstemming van dat handelen met het EVRM, zolang de EG in algemene zin een equivalente bescherming biedt van fundamentele rechten.<sup>22</sup> Deze Bosphorus-deferentie geldt echter alleen als de lidstaat bij toepassing van het EG-recht geen discretionaire ruimte toekomt.<sup>23</sup> Nu de inhoud van de communautaire mededingingsregels op EG-niveau wordt vastgesteld, zou men kunnen betogen dat sprake is van een dergelijke Bosphorus-situatie. Tegelijkertijd geldt echter – zoals in hoofdstuk 8 zal blijken – dat de NMa niet verplicht is gehoor te geven aan iedere op het EG-recht gebaseerde klacht. Het voorgaande betekent op theoretisch niveau het volgende: de waarborgen van het EVRM gelden rechtstreeks wanneer alleen de Mededingingswet wordt toegepast, en gelden ook voor dit 'nationale' deel wanneer daarnaast ook de EG-verboden worden toegepast. Voor het EG-rechtelijke gedeelte geldt het EVRM slechts indirect, namelijk via de interpretatie van EVRM-rechten door het Hof. Dat neemt niet weg dat waar het Hof van Justitie zich (nog) niet heeft uitgesproken, de EVRM-interpretatie ook voor het EG-deel van de toepassing op nationaal niveau geldt.

---

21 Zie over deze (wederzijdse) beïnvloeding o.a. Douglas Scott 2006 a; Douglas Scott 2006 b; Harpaz 2009; Costello 2006; De Moor-van Vugt 2003; Widdershoven 2006 c; Widdershoven 2008 b.

22 EHRM 30 juni 2005, Bosphorus. Zie voor een toepassing ook EHRM 9 februari 2009, Kokkelvisserij.

23 Zie o.a. Douglas Scott 2006 a; Costello 2006; Kuhnert 2006; Eckes 2007.

Uit het voorgaande vloeit de hoofdstukindeling van dit proefschrift reeds voort.

*Hoofdstuk 1* is een inleidend hoofdstuk, en bevat de onderzoeksvraag en een uiteenzetting en verantwoording van de onderzoeksmethoden en keuzes die daaraan ten grondslag liggen. Het hoofdstuk bevat daarnaast een korte beschrijving van relevante spelers en regelgeving.

*Hoofdstuk 2* bevat het normatieve kader, dat is gebaseerd op het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming, en daarnaast op een nationaal beginsel van effectieve rechtsbescherming. De bezinking van deze beide beginselen in het nationale recht is verschillend. Waar het EG-beginsel voortvloeit uit jurisprudentie van het Hof, maar in feite slechts randvoorwaarden stelt, wordt een nationaal beginsel – waaruit positieve eisen kunnen worden afgeleid – in hoofdstuk 2 onderzocht en geponereerd.

*Hoofdstuk 3* bevat een uiteenzetting over het begrip convergentie en de verschijningsvormen en processen van convergentie. Daarnaast bevat het een aanduiding van de convergentieprocessen in het huidige Europese bestuursprocesrecht.

*Hoofdstuk 4* geeft de stand van zaken weer ten aanzien van twee van de procedurele onderwerpen die zullen worden onderzocht, namelijk bewijs en toetsing. Algemene regels voor bewijsrecht en toetsingsrecht worden beschreven voor zowel het nationale bestuursrecht als het Europese bestuursrecht.

*Hoofdstuk 5* begint met een weergave van de stand van zaken ten aanzien van de toegang tot de bestuursrechter, zowel op nationaal niveau als op communautair niveau, alvorens over te gaan tot een analyse van de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter op dit terrein. In dit hoofdstuk wordt convergentie in toegangsvragen geanalyseerd.

In *hoofdstuk 6*, *hoofdstuk 7* en *hoofdstuk 8* wordt de focus verlegd naar drie mededingingsrechtelijke onderwerpen. In *hoofdstuk 6* staat het kartelverbod centraal, in *hoofdstuk 7* het concentratietoezicht, en in *hoofdstuk 8* de afwijzing van klachten, onder andere door middel van prioritering. Deze hoofdstukken volgen steeds eenzelfde opbouw: na een inleiding (steeds par. 1) volgt een weergave van de wettelijke convergentievormen, waarbij op de fenomenologie van hoofdstuk 3 wordt voortgebouwd (steeds par. 2). Vervolgens volgt een analyse van de vraag hoe de wettelijke convergentie bij de mededingingsbestuursrechter vorm krijgt (steeds par. 3). Daarna worden uitspraken geanalyseerd op bewijsrechtelijke convergentie (steeds par. 4), en convergentie in de toetsing door de rechter (steeds par. 5), waarbij vooral op de uiteenzetting van hoofdstuk 4 wordt gesteund. De hoofdstukken worden afgesloten met een conclusie (steeds par. 6).

In *hoofdstuk 9* komen de verschillende onderwerpen bij elkaar. De belangrijkste convergentiebevindingen, zowel materieelrechtelijk als ten aanzien van de onderwerpen toegang, bewijs en toetsing, worden in dit hoofdstuk geëvalueerd in het licht van

de eisen van effectieve rechtsbescherming die in hoofdstuk 2 werden geformuleerd. Dat leidt tot conclusies en aanbevelingen.

Het proefschrift sluit ten slotte af met een Engelstalige *summary* en een Friese *gearfetting*.

Het onderzoek van dit proefschrift werd op 1 januari 2009 afgesloten. Ontwikkelingen na 1 januari 2009 zijn derhalve slechts bij uitzondering meegenomen.





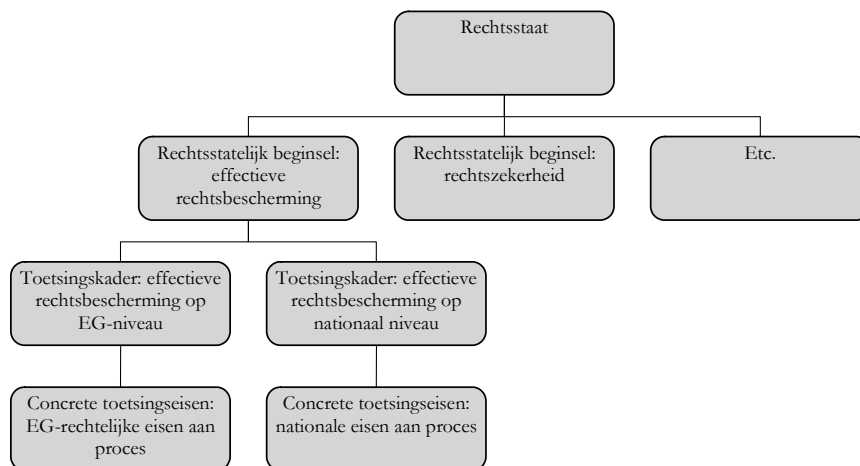
## 2 Toetsingskader voor convergentie: effectieve rechtsbescherming

### 1 INLEIDING

In dit hoofdstuk formuleer ik de eisen waaraan de uitkomsten van het onderzoek naar convergentie tussen het nationale en het Europese mededingingsrecht (bij de mededingingsrechtelijke bestuursrechter) zullen worden getoetst. Die eisen zijn gebaseerd op het toetsingskader dat wordt gegeven door effectieve rechtsbescherming in brede zin. Effectieve rechtsbescherming heeft betrekking op het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming, waaruit met name negatief geformuleerde randvoorwaarden volgen voor het nationale procesrecht, en het Nederlandse beginsel van effectieve rechtsbescherming, waaruit positieve vereisten voortvloeien.

Het hoogste niveau van de analyse in dit hoofdstuk betreft de *rechtsstaat* en de rechtsstatelijke beginselen waarop effectieve rechtsbescherming is gebaseerd. Dat hoogste niveau wordt hier als gegeven beschouwd en niet nader onderzocht, zij het dat op enkele voor dit proefschrift relevante vraagstukken wordt ingegaan. Voor dit proefschrift is het niveau van *toetsingskader* het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Op een meer concreet niveau volgen uit het toetsingskader de *eisen* waaraan mededingingsrechtelijke rechtsbescherming zou moeten voldoen. De eisen fungeren als toetsingsmaatstaf voor de uitkomsten van het onderzoek naar convergentie.

In schema, van een abstract niveau naar een meer concreet niveau:



Eerst ga ik hierna in op het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming (par. 2), en vervolgens op de betekenis van effectieve rechtsbescherming in een nationale context (par. 3). Paragraaf 4 bevat de samenvoeging van de eisen van beide beginselen, waarbij ook op de spanning tussen de verschillende eisen zal worden ingegaan. Het hoofdstuk sluit af met een vooruitblik (par. 5).

Dit tweede hoofdstuk van het proefschrift geeft het toetsingskader voor de uitkomsten van de analyse van convergentie bij de mededingingsbestuursrechter. De analyse volgt na de theoretische uiteenzetting over convergentie (in hoofdstuk 3), en de uiteenzetting van de algemene regels voor bewijs en toetsing (in hoofdstuk 4), en betreft toegang (hoofdstuk 5), en materiële convergentie en procedurele convergentie ten aanzien van bewijs en toetsing in uitspraken over het kartelverbod (hoofdstuk 6), het concentratietoezicht (hoofdstuk 7) en de afwijzing van klachten (hoofdstuk 8). In hoofdstuk 9 worden de uitkomsten van die analyse aan de hier uiteengezette eisen van effectieve rechtsbescherming getoetst.

## 2 EG-RECHT EN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is door het Hof benoemd en uitgewerkt (zie par. 2.1).<sup>1</sup> Het beginsel houdt – kort weergegeven en voorlopig gedefinieerd – in dat aan het EG-recht ontleende rechten daadwerkelijk moeten kunnen worden ingeroepen voor een nationale rechter en door hem kunnen worden beschermd. Daarbij wordt de inhoud van de aan het EG-recht ontleende rechten vastgesteld op EG-niveau, maar wordt de inroeping en bescherming daarvan door nationaal procedureel recht geregeerd.<sup>2</sup> Het is lastig om de inhoud van het beginsel van effectieve rechtsbescherming precies vast te stellen; deze wordt begrensd door nationale procedurele autonomie (zie par. 2.2). Tot op zekere hoogte stelt het beginsel slechts randvoorwaarden (zie par. 2.3). De verhouding tussen enerzijds de eisen die het EG-beginsel stelt aan het nationale procesrecht, en anderzijds de procedurele autonomie van de lidstaten, is bovendien nog in ontwikkeling. Ook zijn er enkele, voor deze dissertatie van belang zijnde, onduidelijkheden omtrent de werking van het beginsel (zie par. 2.4). Desalniettemin is het mogelijk om uit het beginsel eisen af te leiden, die gelden voor het nationale procesrecht (zie par. 2.5). Deze eisen zullen in de conclusie van dit hoofdstuk worden samengevoegd met de nationale eisen, en aldus als toetsingskader fungeren voor de uitkomsten van het onderzoek naar convergentie bij de mededingingsbestuursrechter.

---

1 Belangrijke arresten in dit verband zijn in ieder geval de volgende zaken: 33/76, Rewe; 45/76, Comet; C-92/89 & C-143/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen; C-106/89, Marleasing; C-6/90 & C-9/90, Francovich; C-213/89, Factortame I; C-48/93 & C-46/93, Brasserie du Pecheur (Factortame III); C-5/94, Hedley Lomas; C-178/94 e.a., Dillenkofer; C-453/99, Courage; C-253/00, Muñoz; C-13/01, Safalero; C-432/05, Unibet. Het beginsel wordt ook wel het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming genoemd (zie zaak C-432/05, Unibet, ov. 37).

2 Procedureel in de brede zin van het woord, dat zowel het procedurele recht *strictu sensu* als remedies (uitspraakbevoegdheden en ingangseisen, zie ook par. 2.4.3) omvat, vgl. Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 451.

## 2.1 Een jurisprudentieel beginsel

Het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming is in jurisprudentie van het Hof ontwikkeld. Hierna sta ik stil bij het beginselkarakter (par. 2.1.1), bij de jurisprudentiële ontwikkeling (par. 2.1.2) en bij de basis van het beginsel (par. 2.1.3).

### 2.1.1 *Beginselkarakter*

Op EG-niveau wordt gesproken over een *beginsel* van effectieve rechtsbescherming. Zoals hierna (par. 3) zal blijken, is dit een verschil met effectieve rechtsbescherming in de nationale context. Derhalve rijst de vraag wanneer sprake is van een beginsel van recht. In algemene zin worden in de Europeesrechtelijke literatuur veel, ook fundamenteel geachte, rechtsbeginselen gesignaleerd, maar wordt het karakter daarvan niet altijd duidelijk.<sup>3</sup> Beginselen worden wel gedefinieerd als ‘legal norms laying down essential elements of a legal order’,<sup>4</sup> maar een precieze definitie van het begrip ‘rechtsbeginsel’ ontbreekt. Het valt daarbij op dat de Europeesrechtelijke discussie zich met name toespitst op de inhoud van de meestal jurisprudentiële beginselen en niet een theoretische discussie over het wezen van beginselen betreft.<sup>5</sup>

#### – *Onderscheid beginsel, regel, norm, inrichtingseisen*

Het is nuttig om in het algemeen, en dus ook op EG-niveau, rechtsbeginselen te onderscheiden van rechtsregels, waarin rechtsnormen tot uitdrukking komen.<sup>6</sup> De norm, het doel van de regel, is de materiële bron van de regel: het zijn de ‘maatschappelijke gegevens of ideële, eventueel ideologische argumenten die zijn inhoud bepalen’.<sup>7</sup> De norm kan op verschillende manieren in regels worden vertaald. Rechtsregels zijn over het algemeen duidelijker dan beginselen; ze zijn al dan niet van toepassing op een situatie, terwijl aan beginselen een gewicht wordt toegekend die een richting van een oplossing geeft, maar niet de oplossing zelf.<sup>8</sup>

Het is vervolgens zinnig om onderscheid te maken tussen ‘rechtsbeginselen in enge zin’ en ‘inrichtingseisen’. Daarbij zijn *rechtsbeginselen* die beginselen waaraan niet getornd kan worden zonder dat het rechtssysteem of het onderdeel van het recht dat wordt beschreven in gevaar komt. *Inrichtingseisen* zijn uitgangspunten die kunnen veranderen zonder dat dit afbreuk doet aan de essentie van het rechtssysteem.<sup>9</sup> In

---

3 Schwarze 2006, p. 65 stelt: ‘the concept of general principles of law is unsettled’. Vgl. Jans e.a. 2002, p. 153-158; zie ook par. 3.1.1.

4 Von Bogdandy 2006, p. 8.

5 Von Bogdandy 2006, p. 8; zie ook Schwarze 2006, p. 66.

6 Zie Dworkin 1977; Soeteman 1992; Maris & Jacobs 2003. Zie verder Duk 1999, p. 5; en kritisch Schlössels 2004 b, p. 23. Het onderscheid is terug te vinden in de nationale en Europeesrechtelijke jurisprudentie; zie Schlössels 2004 b, p. 22; Vranken 1995, p. 92. Het blijkt hierna ook nuttig bij de vraag of effectieve rechtsbescherming ook geldt voor een verbodsbepaling (zie par. 2.4.1).

7 Van Orshoven 1995, p. 21.

8 ‘Als we nu vragen wat (...) precies met “beginselen” wordt bedoeld, krijgen we in de literatuur geen antwoord waar we iets mee opschieten. Zo is opgemerkt dat rechtsbeginselen “leidende gedachten” zijn. Of “Optimierungsgebote”; dat ze uitwerking behoeven (maar hoe dan wel?) voor toepassing in de rechtspraak. Ze zijn vergeleken met “richtingsborden”, die wijzen welke kant je op moet, maar niet hoe *vér*’, aldus Duk 1999, p. 7.

9 Zie bijv. Vranken 1995, p. 86-92; Von Bogdandy 2006.

Europeesrechtelijke jurisprudentie, en overigens ook in nationale jurisprudentie, is het onderscheid eveneens terug te vinden.<sup>10</sup> Daarmee staat weliswaar noch het karakter, noch de inhoud van beginselen vast, maar wordt wel iets gezegd over hun werking. Dat de inhoud op Europees niveau niet vast staat, komt ook, zo wordt wel gesteld, omdat inhoudelijke flexibiliteit nodig is, nu de EG zich nog ontwikkelt.<sup>11</sup> In het algemeen komt daar nog bij dat van mening wordt verschild over de vraag of pogingen het ‘goede’ materieel te definiëren, en daarmee inhoud te geven aan materiële rechtsbeginselen, wel zullen slagen. Als dat niet het geval is zou een moreel pluralisme kunnen ontstaan.<sup>12</sup> In dit verband kan een verschuiving worden gezien van een discussie over de inhoud van materiële rechtsbeginselen naar een discussie over procedurele beginselen: ‘bij gebrek aan een ruime consensus over inhoudelijke beginselen, kunnen procedurele beginselen een algemeen aanvaard kader creëren waarbinnen de mogelijkheden van willekeur, machtsmisbruik en dergelijke maximaal beperkt worden. Ze garanderen geen juiste, rechtvaardige, billijke uitkomst, maar maken ze wel waarschijnlijker’.<sup>13</sup> Ook het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming is met name een procedureel beginsel.<sup>14</sup>

– *Rechtsbeginselen als onderdeel van het recht*

Het is in dit verband relevant om kort de discussie aan te stippen over de vraag of rechtsbeginselen deel uitmaken van het recht. Deze vraag is met name discussiepunt tussen rechtspositivisten en aanhangers van het natuurrecht. Rechtspositivisten erkennen beginselen uitsluitend als onderdeel van het recht als ze zijn gepositiveerd door wetgever of rechter.<sup>15</sup> Het natuurrecht daarentegen bedient zich van een inhoudelijk-juridisch referentiekader dat gelding heeft buiten het gepositiverde recht, zodat er een verbinding is tussen recht en moraal.<sup>16</sup> Is in het rechtspositivistische systeem geen plaats voor niet-gepositiverde rechtsbeginselen, in het natuurrecht is dat er wel.<sup>17</sup>

De discussie is in algemene zin van belang voor vaststelling van wat rechters in met name moeilijke gevallen doen: *scheppen* zij nieuw recht, overeenkomstig een eigen invulling van recht die in meer of mindere mate willekeurig kan zijn, of *vinden* zij recht, door al bestaande rechtsbeginselen te preciseren in een voorliggende casus? Dat is hier om twee redenen relevant: ten eerste omdat de eisen die voortvloeien uit

---

10 Schwarze 2006, p. 69; Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 346. Vgl. Stroink 1993, p. 36.

11 Schwarze 2006, p. 65.

12 Tamanaha 2004, p. 40; Van Hoecke 1995, p. 186. Maar zie Jans e.a. 2002, p. 153: ‘het interessante aan beginselen is, dat ze door hun open karakter gemakkelijk een brug kunnen vormen tussen verschillende normensystemen’.

13 Van Hoecke 1995, p. 186; vergelijkbaar Tamanaha 2004, p. 41.

14 Hierbij kan worden gewezen op de verschillende functies van rechtsbeginselen: zie More 1999; Jans e.a. 2002, p. 158-159; Von Bogdandy 2006, p. 5-7; Schlössels 2004 b; De Witte 2000, p. 32-33.

15 Zie Hart 1994; idem bij de vooroorlogse Radbruch, waarover Maris & Jacobs 2003, p. 5; en Kelsen, zoals weergegeven bij Schlössels 2004 b.

16 In de oorspronkelijke Aristotelische vorm werd die ultieme grondslag gevonden in de menselijke *telos*, in de Thomasiaanse versie in God. In de latere varianten van het natuurrecht ook wel in de menselijke natuur, de ratio of in de rechtvaardigheid (zie Radbruch, zoals vertaald in Maris & Jacobs 2003); en in Nederland Asser & Scholten 1954, aantekening 15.

17 Zie voor een tussenpositie Dworkin 1977; Dworkin 1998; en in Nederland: Van Eikema Hommes 1972; Cliteur 2005.

het beginsel van effectieve rechtsbescherming, als toetsingsmaatstaf fungeren voor de analyse van de uitspraken van de nationale mededingingsbestuursrechter. Zoals hierna zal blijken, is effectieve rechtsbescherming, wat het EG-recht betreft, een in de jurisprudentie van het Hof gepositieerd beginsel, dat daarmee onderdeel uitmaakt van het recht. In een nationale context ligt dat genuanceerder (zie par. 3). Ten tweede is de discussie relevant, omdat de perceptie van de wijze van rechtsvinding de invulling en de nationale ontvangst van Europeesrechtelijke beginselen kan kleuren, en daarmee de daarop gebaseerde eisen kan beïnvloeden. Zo neigt het Hof naar het vinden van beginselen. Het Hof leunt daarbij sterk op beginselen van de nationale rechtssystemen en op internationale bronnen (met name het EVRM), wat de receptie van de gevonden beginselen in de lidstaten vergemakkelijkt.<sup>18</sup> Maar de gevonden Europese rechtsbeginselen krijgen door inbedding in het EG-rechtelijke systeem een eigen invulling:<sup>19</sup> een inkleuring door de *telos* van integratie en het *ethos* van de liberale idee.<sup>20</sup>

### 2.1.2 Een jurisprudentieel beginsel

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is een *jurisprudentieel* beginsel, geformuleerd en ontwikkeld door het Hof van Justitie. Een van de redenen voor de jurisprudentiële ontwikkeling van rechtsbeginselen in het algemeen is de afwezigheid van procedurele communautaire wetgeving.<sup>21</sup> Harmonisatie van procesrecht is (nog) geen algemene activiteit van de communautaire wetgever. Het Hof heeft die lacune opgevuld in een ‘dialogue’ via de prejudiciële procedure, met de nationale rechters.<sup>22</sup> Hoewel het EG-rechtelijk beginsel derhalve kan worden gezien als onderdeel uitmakend van het recht, is het niet een democratisch gelegitimeerd beginsel.<sup>23</sup>

Meer in het algemeen speelt het Hof in het integratieproces van de EG een grote rol, die ook wel ‘activistisch’ (meestal in pejoratieve zin) wordt genoemd.<sup>24</sup> De ontwik-

- 
- 18 Zie Koopmans 1991, p. 56-57; uitgebreid Groussot 2006, p. 9-98; en verder o.a. Koopmans 2000 a; Lenaerts 2003; Jans e.a. 2002, p. 154-156; Usher 1998, p. 1-7; Nolte 1994; en al heel vroeg Lorenz 1964.
  - 19 Zie Jans e.a. 2002, p. 155. Rechtsvergelijkend ook Nolte 1994; Schwarze 2006, p. 70-75; More 1999; Von Bogdandy 2006; en Joerges 2005.
  - 20 Zie Everling 2000, p. 38; Weiler 1998, p. 383; Chalmers 1997.
  - 21 Er is wel zeer beperkt sprake van harmonisatie van procesrecht op deelterreinen, zoals in het aanbestedingsrecht, milieurecht, staatssteunrecht en in het mededingingsrecht.
  - 22 Zie Kilpatrick 2000, p. 6; Jacobs 1997, p. 26 en 33. In het algemeen ook Slaughter e.a. 1998, met een zeer interessant exposé over de acceptatie door de nationale rechters van deze dialoog, en kritisch: Chalmers 1997. Overigens is een aantal in de jurisprudentie ontwikkelde beginselen ondertussen ook gecodificeerd in zowel primair EG-recht (zoals het subsidiariteitsbeginsel), als in secundair EG-recht.
  - 23 Dat een beginsel niet *democratisch* gelegitimeerd is, wil nog niet zeggen dat het geen legitimiteit zou bezitten, zie bijv. Brenninkmeijer 1992.
  - 24 Er bestaat wel onenigheid over het etiket ‘activisme’, omschreven als ‘that a judicial body (...) gives preference to values other than the legal ones, such as, in the case of the ECJ, the reinforcement of the integration process’, door Constantinesco 2000, p. 76. Everling 2000, p. 38 is echter van mening dat geen sprake is van activisme, maar van interpretatie aan de hand van de *telos* van de EG. Vergelijkbaar Temple Lang 2000, p. 271; Edward 1996, p. 30. Zie verder o.a. Arnulf 1996; Arnulf 1997; Azoulay 2002; Cappelletti 1987; Hartley 1996; Maduro 1998; Rasmussen 1988; Tridimas 1996.

keling van het beginsel van effectieve rechtsbescherming is hiervan een onderdeel.<sup>25</sup> Door de jurisprudentie van het Hof ontstaat een zekere mate van convergentie tussen de procedurele stelsels van de lidstaten. Hoewel er verschil van mening bestaat over hoe ver die convergentie reikt, zou daardoor een *Europees ius commune* ontstaan, dat ook procedureel recht omvat. Deze *integration through law*-gedachte komt er kort gezegd op neer dat binnen de EG ook op procedureel terrein niet alleen steeds meer uniformiteit zal ontstaan, maar dat die uniformiteit ook noodzakelijk is, als voorwaarde voor verdere integratie.<sup>26</sup> Zonder uniformiteit worden allerlei gevaren voorzien. Die verdere integratie wordt bovendien als gewenst voorondersteld, en dit leidt meestal tot een pleidooi voor communautaire harmonisatie van procesrecht (zie verder hoofdstuk 3, par. 5).

Vooruitlopend op wat hierna in deze dissertatie volgt, kan worden opgemerkt dat zowel deze algemene ontwikkeling als de rol van het Hof daarin van belang is. Dat geldt voor de rol van het Hof in de convergentieprocessen, maar ook voor de inkleuring van de rechtsbeginselen: de inkleuring door het liberale ethos en de integratienistische telos zijn van belang, omdat daardoor ook het Europese materiële en procedurele mededingingsrecht wordt beïnvloed.

### 2.1.3 *Rechtsstatelijke basis*

Er is onduidelijkheid over de basis van het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming.<sup>27</sup> Naar mijn mening hoort het beginsel conceptueel thuis bij de beginselen van de rechtsstaat.<sup>28</sup> Deze visie onderstreept het waarborgkarakter van het beginsel. De rechtsstaat is op EG-niveau met name door het Hof vormgegeven.<sup>29</sup> Er wordt wel twijfel uitgesproken ten aanzien van het democratische gehalte van de Europese rechtsstaat,<sup>30</sup> maar het is duidelijk dat de kerngedachte van de rechtsstaat, de binding van gezag aan het recht, ook in de EG-rechtssfeer geldt.<sup>31</sup> Verschillende rechtsstatelijke (constitutionele) beginselen zijn door het Hof van Justitie als bindende beginselen gevonden of geponoerd en vervolgens ontwikkeld.<sup>32</sup>

Eén van de voor dit proefschrift relevante EG-rechtsstatelijke beginselen is het beginsel van *rechtszekerheid*: ‘one of the most important general principles recognized by the European Court’.<sup>33</sup> Voorspelbaarheid is daarvan een belangrijke component. Rechtszekerheid en effectieve rechtsbescherming zijn fundamenteel verbonden.

---

25 Zie Koopmans 1987; Fernandez Esteban 1999, p. 183; Himsworth 2002, p. 99; kritisch(er) o.a. Legrand 1996, p. 52; DeHousse 2000; I. Ward 1996, p. 51-70; Azoulay 2002; Majone 2005.

26 Niet alleen door het Hof, overigens, vgl. Azoulay 2002, p. 111 voor de rol van de Commissie.

27 Ook in de jurisprudentie van het Hof, zie Craufurd Smith 1999, p. 296.

28 Ook Craufurd Smith 1999, p. 297; Widdershoven 2001, p. 206; Lenaerts 2007, p. 1625. Een in de literatuur genoemde alternatieve basis is artikel 10 EG, zoals soms ook blijkt uit jurisprudentie van het Hof (voor het eerst in zaak 33/76, Rewe en zaak 45/76, Comet, beide ov. 5), zie Temple Lang 2000; Caranta 1995, p. 704.

29 Zie Fernandez Esteban 1999.

30 Zie Fernandez Esteban 1999, p. 183-186; Weiler 1998; Von Bogdandy 2006, p. 20-31; Weiler 2000.

31 Zie over deze kerngedachte bijv. Tamanaha 2004; Fernandez Esteban 1999.

32 Zie hierover o.a. Von Bogdandy 2006.

33 Hartley 2007, p. 148.

Zij staan naast elkaar als beginselen van de rechtsstaat. Rechtszekerheid gaat aan rechtsbescherming echter ook in zekere zin vooraf omdat de inhoud van het recht duidelijk moet zijn om effectieve rechtsbescherming te kunnen bieden. Tegelijkertijd kan men zeggen dat rechtszekerheid het gevolg is van effectieve rechtsbescherming: als het goed is, garandeert de rechter rechtszekerheid (zoals het beginsel van niet terugwerkende kracht van wetten). Rechtszekerheid is derhalve ook een uitvloeisel van effectieve rechtsbescherming. Daarnaast maakt het beginsel van effectieve *toegang* tot de rechter onderdeel uit van de rechtsstatelijke beginselen van de EG,<sup>34</sup> en van de tradities van de lidstaten.<sup>35</sup> De beginselen van rechtszekerheid en (deze visie op) effectieve rechtsbescherming onderstrepen het *waarborgkarakter* van deze beginselen.

Hoewel de rechtsstaat conceptueel het beginpunt is voor het beginsel van effectieve rechtsbescherming, is ook een historisch of evolutionair aanknopingspunt mogelijk.<sup>36</sup> Bij de duiding van het beginsel spelen dan ook de beginselen die de relatie tussen de EG en de lidstaten betreffen, een rol. In zekere zin wordt hierbij het *instrumentele* karakter van het beginsel, waarbij de effectiviteit van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde op de voorgrond treedt, meer benadrukt.<sup>37</sup> Effectieve rechtsbescherming is dan een uitwerking van het Europeesrechtelijke beginsel van effectiviteit.<sup>38</sup> Effectiviteit als algemeen beginsel lijkt een puur communautair beginsel, juist omdat het de supranationale relatie tussen de EG en de lidstaten betreft (vergelijk par. 3.2). Het beginpunt van effectieve rechtsbescherming ligt bij de beginselen van voorrang van het EG-recht, directe werking en nuttig effect, zoals neergelegd in de vroege jurisprudentie van het Hof van Justitie (en later ook de beginselen van subsidiariteit en gemeenschapstrouw).<sup>39</sup> Deze beginselen vergen, zoals bekend, dat het EG-recht niet alleen voor het materiële nationale recht gaat, maar ook dat onderdanen deze rechten bij een nationale rechter kunnen inroepen. De nationale rechter treedt daarbij op als commune communautaire rechter en dient het nuttig effect van het EG-recht te waarborgen. Daartoe zijn vanuit het EG-recht instrumenten aangereikt en verplichtingen opgelegd.<sup>40</sup> Het beginsel van effectieve rechtsbe-

---

34 Zie Fernandez Esteban 1999, p. 154; vgl. Azoulay 2002, p. 113-115. Overigens is er in het EG-recht weinig discussie over het op nationaal niveau vaak gemaakte onderscheid tussen waarden en eisen van de rechtsstaat (zie par. 3.1.1), dat lijkt op het onderscheid tussen beginselen en inrichtingseisen (zie par. 2.1.1): beide worden als beginsel aangeduid. Wel zijn er, net als op nationaal niveau, verschillende meningen over wat als 'gewoon' beginsel, als fundamenteel beginsel, of als constitutioneel beginsel wordt aangemerkt. Zie bijv. Joerges 2005, p. 466; Von Bogdandy & Bast 2006; Groussot 2006; Von Bogdandy 2006; Usher 1998. Lasok & Millet 2004 onderscheiden in de jurisprudentie van het Hof van Justitie een hele serie 'general principles' (28 om precies te zijn; het 29<sup>e</sup>, dierenwelzijn, 'is not a general principle of EU law' (op p. 373)).

35 De la Sierra 2004, p. 48-49; vgl. zaak C-432/05, Unibet, ov. 37.

36 Zie Craufurd Smith 1999, p. 296; Steyger 2001, p. 159.

37 Als onderdeel van de algemene effectiviteit van het EG-recht ('law matters: it has effects on political, economic and social life outside the law – that is, apart from simply the elaboration of legal doctrine (...). By its emphasis on the social context in which law operates, as well as its interdisciplinary character [it] is broader than the legal doctrine of "effectiveness"; either "procedural" or "substantive"', aldus Snyder 1993, p. 19).

38 Zie Jans e.a. 2007, p. 51; vgl. A. Ward 2007, p. 9.

39 Zie over deze beginselen bijv. Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 114-143 en 419-448; en over voorrang en rechtstreekse werking meer recent ook Lenaerts & Corthaut 2006.

40 Zie uitgebreid Temple Lang 2000, p. 237-238.

scherming is een logische volgende stap in deze ontwikkeling en ligt ook *in tijd* in het verlengde van de beginselen van voorrang en directe werking. Deze evolutionaire benadering sluit een conceptuele inbedding in de rechtsstaat waarbij het waarborgkarakter voorop staat, echter niet uit.

## 2.2 Procedurele autonomie

Effectieve rechtsbescherming betekent dat een aan het EG-recht ontleend recht ook daadwerkelijk voor de nationale rechter moet kunnen worden ingeroepen en beschermd. Een van de fundamentele vragen bij de toepassing van dit beginsel dringt zich dan direct op, namelijk de begrenzing van effectieve rechtsbescherming door het onderling verschillende nationale procedurele recht. Hoewel het EG-recht idealiter immers door de nationale rechter, die daarbij als ‘gewone communautaire rechter’ optreedt,<sup>41</sup> als ‘gewoon’ recht wordt toegepast (en waarbij burgers als ‘private Attorney-Generals’ fungeren),<sup>42</sup> worden de aan het EG-recht ontleende rechten steeds in een nationale omgeving ingeroepen.<sup>43</sup> De inhoud van het te beschermen recht wordt op EG-niveau bepaald, maar de nationale procedurele voorschriften geven antwoord op de vraag wie zich, wanneer, en onder welke voorwaarden op die EG-rechten kan beroepen en over welke uitspraak- en onderzoeksbevoegdheden de nationale rechters beschikken. De nationale omgeving wordt gevormd door het procedurele recht in ruime zin, en is bij gebrek aan communautaire harmonisatiewetgeving vrijwel geheel bepaald door nationaal recht. Deze ‘ruimte’ wordt aangeduid met procedurele competentie of procedurele autonomie.<sup>44</sup>

De begrenzing tussen procedurele autonomie – competentie van de lidstaten – en effectieve rechtsbescherming – competentie van de EG – roept debat op. Zo verschillen de meningen over de vraag of er principieel gezien sprake is van autonomie voor de lidstaten of dat ál het nationale procesrecht ondergeschikt is aan het EG-recht. Het meningsverschil betreft de vraag of ruimte voor de lidstaten bestaat, zolang er geen harmonisatiemaatregelen zijn genomen, of dat die ruimte principieel bestaat als onderdeel van hun soevereiniteit.<sup>45</sup> Het lijkt mij dat op grond van de beginselen van subsidiariteit en het (ontluikende) beginsel van diversiteit procedurele competentie voor de lidstaten principieel niet kan worden ontkend;<sup>46</sup> bovendien is er op dit moment feitelijk ruimte voor het nationale procesrecht, ook bij de waarborging van

---

41 Lenaerts 2003, p. 15; vgl. Temple Lang 2000, p. 253; Lenaerts 2007, p. 1645.

42 Kilpatrick 2000; vgl. Craufurd Smith 1999, p. 288.

43 Vgl. Prechal 1998.

44 Ook wel als onderdeel van de ‘institutionele autonomie’ of als ‘procesrechtelijke autonomie’ aangeduid (Vermeulen 2001, p. 83) of met ‘procedurele competentie’ (Van Gerven 2000 b).

45 Zie met name Kakouris 1997, die stelt dat er geen procedurele autonomie bestaat, omdat het nationaal procesrecht functioneel *ancillary* is t.o.v. EG-recht. Er geldt geen soevereiniteit omdat het EG-recht de *Grundnorm* geeft. Daar kan op rechtstheoretisch niveau de visie tegenover worden gesteld dat het concept van de *Grundnorm* een onjuist concept is (vgl. Teubner 1988). Met Kakouris stelt ook Van den Bossche 2001, p. 22 dat procedurele autonomie ‘geen absoluut of definitief karakter’ heeft, net als Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 451. Anders: Kilpatrick 2000, p. 10. Vgl. verder Prechal 1998; Van Gerven 2000 b; Steyger 2001; Widdershoven 2001; De Witte 1998; Brinkhorst 2008.

46 Zie over een principe van diversiteit o.a. Dougan 2004, en hoofdstuk 3, par. 5.3.



aan het EG-recht ontleende rechten. De begrenzing tussen de communautaire competentie en de nationale procedurele autonomie wordt daarbij gevormd door het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Hoewel die begrenzing vaag blijft (zie par. 2.3), is er in de praktijk een groot terrein van procesrecht dat nog niet door het communautaire recht wordt geraakt.<sup>47</sup>

Een ander probleem bij iedere bespreking van het beginsel van procedurele autonomie betreft de afbakening van verschillende begrippen. Het is lastig vast te stellen wat procedureel recht is en wat nog materieel recht (de inhoud van het Europees bepaalde recht).<sup>48</sup> De relatie tussen het aan het individu toekomende materiële recht, ‘remedieel’ recht en procedureel recht is complex: de begrippen betekenen in verschillende rechtsstelsels iets anders en zij lopen bovendien in elkaar over.<sup>49</sup> Op dit probleem kom ik hierna uitgebreider terug (par. 2.4.3). Een samenhangend, meer rechtspolitiek probleem is dat zelfs ingrijpen in ‘echte’ procedurele bepalingen kan leiden tot een ‘diep ingrijpen in de constitutionele verhoudingen binnen iedere Lidstaat’.<sup>50</sup> Deze constitutionele verhoudingen zijn historisch en cultureel bepaald, in een samenhangend geheel gegroeid en kunnen vaak moeilijk los van een groter geheel worden gezien. De jurisprudentie van het Hof is daarentegen noodzakelijkerwijs casuïstisch en kan via een enkele casus leiden tot een reeks van veranderingen in nationale evenwichten op staatsrechtelijk of procedureelrechtelijk vlak.<sup>51</sup> Het is een rechtspolitieke keuze van het Hof hoe ver ingrijpen in de procedurele autonomie is gewenst, en in hoeverre daarbij rekening wordt gehouden met nationale gevoeligheden.<sup>52</sup> Een goed begrip van de jurisprudentie kan er niet aan voorbij gaan dat die keuze niet alleen bepaald wordt door het Hof zelf, maar tot stand komt in een wisselwerking met nationale rechters, de instituties van de EG en zelfs in respons op publieke sentimenten.<sup>53</sup>

## 2.3 Inhoud van het beginsel van effectieve rechtsbescherming

### 2.3.1 Ontwikkeling in de jurisprudentie van het Hof

De jurisprudentie van het Hof over effectieve rechtsbescherming wordt wel onderverdeeld in verschillende generaties.<sup>54</sup> Vaak wordt de jurisprudentie van het Hof van

---

47 Idem Widdershoven 2001, p. 209; Jans e.a. 2002, p. 85.

48 Zie over ‘subjectief recht’ ook par. 2.4.1.

49 Zie bijv. Harlow 2000, p. 73.

50 Brenninkmeijer 1993, p. 122.

51 Zie over de gevolgen van zaak C-213/89, *Factortame I*, o.a. Caranta 1995; Anderson 2000, p. 343.

52 Zie Himsworth 1997, p. 6-7.

53 Zie voor verschillende theorieën over de relatie tussen het Hof en andere ‘spelers’: Alter 1998; Stone Sweet 1998; Mattli & Slaughter 1998; en ook Chalmers 1997. Zie in dit verband over procedurele autonomie ook Himsworth 1997; Widdershoven 2001, p. 207.

54 Het generatiebegrip is in bredere kring geïntroduceerd door Curtin & Mortelmans 1994, p. 432-434. Zij verwijzen naar Mertens de Wilmars 1980. Zie over het elkaar opvolgen van juridische oplossingen voor problemen (en het opzij zetten van oude problemen door nieuwe problemen, zonder dat de oude zijn opgelost) in algemene zin Koopmans 1987, p. 925.

Justitie in (drie) non-lineaire generaties geduid.<sup>55</sup> Daarbij omvat de *eerste generatie* de arresten omtrent voorrang en directe werking: de grondslagen van de Europese rechtsorde.<sup>56</sup> De *tweede generatie* arresten betreft de relatie tussen procedurele autonomie en het zich ontwikkelende beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat beginsel wordt nog niet als zodanig geëxpliciteerd, maar wel doen de eisen van equivalentie en doeltreffendheid, waaraan nationale procedurele voorschriften moeten worden getoetst (zie hierna), hun intrede. Nieuwe rechtsingangen of rechtswegen (remedies, zie par. 2.4.3) worden echter niet gecreëerd.<sup>57</sup> Hoewel in de jurisprudentie al wel een spanning is te zien tussen de eisen van de volle werking van het gemeenschapsrecht en procedurele autonomie, valt de balans uit in het voordeel van procedurele autonomie.<sup>58</sup> Het beginsel werkt in deze fase wel als een schild, maar niet als een zwaard.<sup>59</sup> De *derde generatie* arresten laat een verdere beperking van procedurele autonomie zien, ten faveure van de nu ook als beginsel van EG-recht geponeerde effectieve rechtsbescherming.<sup>60</sup> Het algemene recht op toegang tot de rechter wordt geïntroduceerd, net als het vereiste van effectieve toetsing. Verschillende nationale remedies passeren de revue en kunnen al dan niet de toets met het EG-rechtelijk beginsel doorstaan. Ook wordt het als zeer revolutionair ontvangen Francovich-arrest gewezen.<sup>61</sup> Ondertussen lijkt een *vierde generatie* te zijn geboren.

---

55 Er is zeer veel over de ontwikkeling van effectieve rechtsbescherming geschreven: zie Accetto & Zleptnig 2005; Afilalo 1998-1999; Arnulf 1997; Biondi 1999; Caranta 1995; Chalmers 1997; De Búrca 1997; Delicostopoulos 2003; Dougan 2004; Drake 2006; Eilmansberger 2004; L. Flynn 2000; Van Gerven 1995 a; Van Gerven 2000 b; Harlow 2000; Himsworth 1997; Jacobs 1997; Jans e.a. 2002; Kakouris 1997; Kilpatrick 2000; McKendrick 2000; Neville Brown 1997; Ottow 2006; Prechal 1997 en 1998; Reich 2007; Szyszczak 1996; Temple Lang 2000; Tridimas 2000 a; Tridimas 2000 b; Tridimas 2001; Vermeulen 2001; A. Ward 2000 b; A. Ward 2007; Widdershoven 1996; Widdershoven 2005 en Widdershoven 2006 a. Craufurd Smith 1999, p. 292-293 beschrijft drie 'kampen' in de duiding van deze ontwikkeling: het eerste kamp omschrijft de jurisprudentie als een min of meer lineair proces van een bescheiden beginsel dat nationale regels de effectivering van EG-recht niet onmogelijk mogen maken, naar het alomvattende beginsel dat 'there should be no fetter on the provision of an effective judicial remedy' (met verwijzing naar De Smith e.a. 1995, p. 876-885; maar vgl. ook A. Ward 2007 en eerder al Temple Lang 2000). Het tweede 'kamp' beschrijft de jurisprudentie als 'consistently applying fundamental principles of Community law' (bijv. Kakouris 1997 en Arnulf 1997). Het derde kamp vormt de groep die de jurisprudentie van het Hof met wat afstand volgt en die de jurisprudentie omschrijft als: 'confused and contradictory, reflecting the competing forces and objectives which influence the development of Community law (...) periods of expansion and contraction', soms zelfs met de beschuldiging dat het Hof dit alles met opzet vaag en mistig laat, omdat dat de nodige flexibiliteit biedt. Zie voor een dergelijke verklaring ook Chalmers 1997.

56 In zaak 26/62, Van Gend en Loos en zaak 6/64, Costa Enel. Zie voor de constitutionalisering via deze beginselen (als eerste 'golf' constitutionaliseringsjurisprudentie): Stone Sweet 1998, p. 305-306. De 'tweede golf' is dan de serie arresten waarbij 'indirect effect' (conforme interpretatie) werd gevestigd (daarover o.a. Jans e.a. 2002). In literatuur die zich beperkt tot effectieve rechtsbescherming, wordt deze generatie vaak overgeslagen en begint de eerste fase bij de (tweede generatie) Rewe Comet-jurisprudentie (zaak 33/76, Rewe en zaak 45/76, Comet), die als eerste fase wordt betiteld bij bijv. Tridimas 2001, p. 303.

57 Zie zaak 33/76, Rewe, ov. 44.

58 Craufurd Smith 1999, p. 298.

59 Caranta 1995, p. 706.

60 Vgl. Harlow 2000, p. 74: het betreft een 'deepening and widening' van het beginsel. Zie ook Craufurd Smith 1999, p. 317; Bell 1998, p. 150.

61 Zaak C-479/93, Francovich leidde tot 'a massive literature, almost without precedent', Caranta 1995, p. 709. Zie over het vervolg van Francovich ook Tridimas 2001. Maar Temple Lang 2000, p. 251,

Deze generatie arresten laat een nieuwe balans zien tussen procedurele autonomie en het daarin binnendringende EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming.<sup>62</sup> Zo wordt de ‘procedurele rule of reason’ voor het doeltreffendheids criterium geïntroduceerd.<sup>63</sup> Meningen verschillen wel over de vraag of het de juiste balans betreft.<sup>64</sup> Het Hof lijkt de lidstaten weer meer ruimte te geven en beperkt de arresten die de nationale orde opzij zet.<sup>65</sup> Zo kan het arrest in de zaak *Courage* worden gezien als een vierde generatie arrest: niet zo ver gaand als *Francovich*, en niet zo eerbiedig als de tweede generatie arresten.<sup>66</sup>

### 2.3.2 Invulling door het Hof

De inhoud van het beginsel van effectieve rechtsbescherming is lastig vast te stellen. Daar zijn verschillende redenen voor, zoals het noodzakelijkerwijs casuïstische gehalte van de ontwikkeling in de jurisprudentie, het overlaten van een deel van de toets aan de nationale rechter, de begrenzing door procedurele autonomie, de nog niet uitgekristalliseerde jurisprudentie, de voortschrijdende invloed van het EVRM, en wellicht zelfs ook een min of meer bewuste strategie van het Hof die mede is gericht op het in de toekomst veilig stellen van de relatie met de nationale rechters.<sup>67</sup> Het is echter wel duidelijk dat de *inhoud* van de te beschermen EG-rechten (zie par. 2.4.1) door het Hof van Justitie zelf wordt vastgesteld. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming stelt vervolgens eisen omtrent:

- a) de toegang tot de rechter ter bescherming van de aan het EG-recht ontleende rechten;
- b) de in het nationale procesrecht aanwezige remedies (rechtswegen, rechtsmiddelen);
- c) het overige nationale procedurele recht waarbinnen de EG-rechten ten gelding worden gebracht.

Daarbij lijken de eisen die worden gesteld, te verschillen al naar gelang over welk niveau het gaat: zo zouden de eisen voor (c), het ‘overige procedurele recht’, minder zwaar zijn dan die gesteld aan (a), de toegang tot de rechter, maar de eisen zijn op

---

stelt ‘in retrospect, the surprise and controversy over the *Francovich* judgement seems unjustified from a legal viewpoint’.

62 Zie *Drake* 2006. Vgl. *Widdershoven* 2001, p. 208-209; *Tridimas* 2001; *Jans e.a.* 2002, p. 85.

63 Zie bijv. zaak C-432/05, *Unibet*, ov. 54.

64 Positief zijn bijv. *Jacobs* 1997; *Craufurd Smith* 1999; *Lenaerts* 2003; *Hoskins* 1996; *Arnulf* 2007, p. 1780. Minder positief bijv. *Biondi* 1999; *A. Ward* 2007, p. 193-203; *Barkhuysen* 2006, p. 35; *Biondi* 2009.

65 Maar ‘this should not be taken as evidence of retreat on the part of the Court’, stelt *Tridimas* 2000 b, p. 36, ‘rather, they illustrate the directed use of judicial power as the legal system matures’.

66 Zaak C-435/99, *Courage*. Zie *Drake* 2006, p. 845; vgl. *Nebbia* 2008. Zaak C-432/05, *Unibet* is een meer recent voorbeeld van de in *Courage* ingezette lijn: vgl. *Arnulf* 2007, p. 1780.

67 *Drake* 2006, p. 843 stelt: ‘an analysis of the Court’s jurisprudence reveals that no single definition of the principle of effective judicial protection has been laid down by the Court’. Het Hof heeft het niet altijd over hetzelfde, en vertalingen maken het niet duidelijker: in zaak C-453/99, *Courage* (ov. 26 en 29) wordt bijvoorbeeld ‘la pleine efficacité’, ‘l’effet utile’ en ‘le principe d’effectivité’ vertaald met ‘full effectiveness’, ‘practical effect’ en ‘principle of effectiveness’; c.q. ‘volle werking’, ‘nuttig effect’ en ‘doeltreffendheidsbeginsel’. Zie ook *Tridimas* 2001, p. 304; *Chalmers* 1997.

alle niveaus *in ieder geval* de hierna te bespreken eisen van equivalentie en doeltreffendheid. Dit zijn de minimumeisen waaraan moet worden voldaan.

In de huidige vierdegeneratiearresten worden twee lijnen in de jurisprudentie toegepast, zonder dat vooraf duidelijk is welke lijn het Hof zal kiezen. De eerste betreft de lijn van de eisen van equivalentie en doeltreffendheid; de tweede lijn betreft die waarin effectieve rechtsbescherming als zelfstandig beginsel wordt aangemerkt. Derhalve wordt in de literatuur in dit verband ook wel een onderscheid gemaakt tussen het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming met *daarnaast* de beginselen van doeltreffendheid (het effectiviteitsbeginsel) en equivalentie. In plaats van *onder* het algemene beginsel van effectieve rechtsbescherming de eisen van equivalentie en doeltreffendheid te plaatsen, worden zij in deze visie gezien als drie losstaande, zij het in elkaars verlengde liggende, beginselen.<sup>68</sup> Dit onderscheid wordt in verband gebracht met de twee lijnen van bescherming. Aan het ‘echte’ beginsel van effectieve rechterlijke bescherming, dat vooral ziet op toegangsvragen (de kwesties onder (a)), wordt een verdergaande toetsing door het Hof toegekend dan aan de beginselen van doeltreffendheid en equivalentie, die worden toegepast op de meer afgeleide elementen van nationaal procesrecht (zoals onder (b) en (c)).

De toepassing van verschillende lijnen door elkaar lijkt mede de oorzaak van deze rubriceringsverschillen. Soms worden de twee lijnen samen onder het algemene beginsel van effectieve rechtsbescherming geplaatst.<sup>69</sup> Daar staat tegenover dat anderen het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming (net als effectieve rechtsbescherming een vertaling van *effective judicial protection*) zien als uitwerking van de algemene eis van effectiviteit of doeltreffendheid, hetgeen historisch gezien wellicht beter aansluit bij de ontwikkeling in de jurisprudentie van het Hof.<sup>70</sup> De eerste benadering sluit echter beter aan bij het aanmerken van het beginsel als *rechtsstatelijk* beginsel, zoals ik hier heb gedaan.<sup>71</sup> het algemene beginsel heeft dan een minder vergaande (negatieve) uitwerking via de eisen van equivalentie en doeltreffendheid en een verdergaande (positieve) uitwerking (zie ook hierna). De eisen van equivalentie en doeltreffendheid gelden bovendien breder dan alleen op rechtsbeschermingsniveau, namelijk ook voor handhaving en sancties voor overtreding van het gemeenschapsrecht. Doeltreffendheid is dan weer opgesplitst in doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend.<sup>72</sup>

#### – *Eerste lijn: equivalentie en doeltreffendheid*

De eis van equivalentie houdt in dat de nationale regel van procesrecht voor aan nationaal recht ontleende rechten vergelijkbaar is met voor aan het EG-recht ontleende rechten.<sup>73</sup> Over equivalentie is minder van doen geweest dan over de tweede eis

---

68 Vgl. bijv. Jans e.a. 2007, p. 51-54; Widdershoven 2008 a.

69 Vgl. Dougan 2004; Van Gerven 2000 b.

70 Vgl. Jans e.a. 2002 p. 270 e.v.; Jans e.a. 2007, p. 51; Widdershoven 1996; Widdershoven 2008 a; Accetto & Zleptnig 2005.

71 Vgl. A. Ward 2007, p. 197-198.

72 Zie Jans e.a. 2002, p. 272.

73 Ook wel het equivalentiebeginsel, het non-discriminatiebeginsel, het gelijkwaardigheidsbeginsel of het assimilatiebeginsel genoemd.

(doeltreffendheid), zowel in jurisprudentie van het Hof als in de literatuur.<sup>74</sup> Het Hof leek daarbij de nationale rechter dan ook de nodige ruimte te geven,<sup>75</sup> maar daarin lijkt verandering te komen.<sup>76</sup> In de praktijk kan equivalentie echter problemen opleveren. Met name vanwege de vraag *waarmee* vergeleken moet worden en de vraag *wie* dit onderzoek moet doen: de nationale rechter of het Hof.<sup>77</sup> De eis is niet geheel duidelijk, zo blijkt. Dat kan als problematisch voor de rechtszekerheid worden gezien.<sup>78</sup> Vanuit de uniformiteitsgedachte van de *ius commune*-integrationisten is een principieel bezwaar tegen de eis van equivalentie dat de toepassing daarvan niet leidt tot een uniforme toepassing van procedurele regels binnen de gemeenschap, en bovendien slechts een minimumeis betreft.<sup>79</sup>

De nationale regel van procesrecht mag de uitoefening van de aan het EG-recht ontleende subjectieve rechten niet onmogelijk maken. Deze eis betreft de eis van doeltreffendheid of effectiviteit. Daarbij is in de vierdegeneratiearresten een ‘procedurele rule of reason’ geïntroduceerd, die inhoudt dat het doel van de nationale procedurele regel gewogen dient te worden ten opzichte van de volle werking van het materiële, subjectieve EG-recht.<sup>80</sup> Het is niet helemaal duidelijk wat dit oplevert; enerzijds wordt wel gesteld dat deze test een nieuwe weg naar het hart van de procedurele autonomie inhoudt,<sup>81</sup> anderzijds lijkt hiermee juist een weging mogelijk tussen het waarborgen van het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming en ‘unreasonable and far-reaching infringements of Member States’ procedural autonomy’.<sup>82</sup>

Voor de eisen van equivalentie en doeltreffendheid geldt dat als aan beide, cumulatieve, voorwaarden is voldaan, de nationale regel mag worden toegepast. De test is negatief, in die zin dat de nationale regel buiten toepassing wordt gelaten. Daarbij weegt het tweede vereiste over het algemeen zwaarder: een nationale regel die wel de equivalentietest doorkomt, kan toch de uitoefening van het EG-recht praktisch onmogelijk maken.<sup>83</sup>

---

74 Zie bijv. Kilpatrick 2000, p. 4; Prechal 1998, p. 687. Wel (kort) over equivalentie: Himsworth 1997, p. 12; Vermeulen 2001, p. 168-171; Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 451-452; A. Ward 2007, p. 186-193. Zie ook de zaken C-261/95, Palmisani; C-231/96, Edis; C-228/96, Aprile Srl; C-326/96, Levez.

75 Vermeulen 2001, p. 170-171.

76 Biondi 1999, p. 1274; Jans e.a. 2002, p. 77.

77 Zie Van den Bossche 2001, p. 24; A. Ward 2007, p. 187; Jans e.a. 2002, p. 78 e.v. Over de vraag of het Hof deze toets zelf zou moeten doen ook Biondi 1999, p. 1272; Himsworth 1997, p. 310; Prechal 1997, p. 9.

78 Van den Bossche 2001, p. 29; Mc Kendrick 2000.

79 Vgl. Van Gerven 2000 b.

80 Vgl. zaak C-432/05, Unibet, ov. 54. De term ‘procedurele rule of reason’ is van Prechal 1997 (zie ook Jans e.a. 2007, p. 56), en wordt bekritiseerd door Van den Bossche 2001, p. 28. Deze benadering wordt ook wel de ‘purposive approach’ genoemd (Hoskins 1996).

81 Craufurd Smith 1999, p. 316. McKendrick 2000, p. 582, stelt dat deze test ‘another inroad [is] into procedural autonomy’, en is kritisch over deze benadering, die (p. 585) ‘too vague, too erratic in performance’ is.

82 Jans e.a. 2007, p. 56.

83 Vermeulen 2001, p. 92; Tridimas 2000, p. 47; Jans e.a. 2002, p. 75.

– *Tweede lijn: positieve werking*

Naast de minimumeisen (negatieve werking) kan het beginsel van effectieve rechtsbescherming ook positieve of constitutieve werking hebben.<sup>84</sup> Positieve actie kan worden vereist om ‘adequate rechtsbescherming’ te bieden, met name op het terrein van remedies (over dat begrip hierna meer) en toegang tot de rechter,<sup>85</sup> zo blijkt vooral uit de derdegeneratiearresten.<sup>86</sup> De toegang tot de rechter in beroep tegen een overheidsbesluit betreft een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat door de nationale rechter moet worden gewaarborgd.<sup>87</sup> Zo kan effectieve rechtsbescherming tot de introductie van *nieuwe* rechtswegen of vorderingen leiden, die rechtstreeks gebaseerd zijn op het EG-recht: het buiten toepassing laten van een nationale materiële regel, restitutie, schadevergoeding en voorlopige maatregelen.<sup>88</sup> De door het Hof geïntroduceerde rechtsgangen kunnen worden verbreed; zo is de in het Francovich-arrest geïntroduceerde remedie van staatsaansprakelijkheid voor onjuiste implementatie van richtlijnen ondertussen verbreed naar andere inbreuken van de lidstaat. Vervolgens werd in het arrest Courage de remedie van schadevergoeding bij overtreding van de mededingingsregels in horizontale relaties geïntroduceerd.<sup>89</sup> Daarbij hoeft het niet te blijven; nieuwe EG-rechtelijke remedies zijn zeker denkbaar,<sup>90</sup> ook in de Nederlandse context.<sup>91</sup>

– *Wanneer welke lijn*

De jurisprudentie is veelomvattend en ingewikkeld, en duiding wordt niet vergemakkelijkt door de al genoemde begrips- en rubriceringsverwarring. De twee lijnen worden door het Hof in de huidige vierdegeneratiearresten door elkaar gebruikt. In de doctrine wordt gepoogd deze jurisprudentie te duiden. Zo wordt wat de remedies betreft een onderscheid gemaakt in de ‘toegangscondities’, die aan de minimumeisen van equivalentie en effectiviteit moeten voldoen, en de ‘inhoud’ van de remedie. Voor de inhoud zouden de eisen gelden, net als voor sancties overigens, dat de remedie (zie over dit begrip ook hierna) effectief, proportioneel en afschrikkend moet zijn. Ook zou kunnen worden gesteld dat de minimale test geldt voor puur procedurele bepalingen en de verdergaande test voor materieelrechtelijke bepalingen.<sup>92</sup> Een andere verklaring, die voor het mededingingsrecht interessant is omdat het materiële recht in verregaande mate Europeesrechtelijk is bepaald, zou kunnen worden gevonden in het desbetreffende materiële recht dat in het geding is, waarbij sommige

---

84 Vgl. Brenninkmeijer 1993, p. 115.

85 Vgl. Craufurd Smith 1999, p. 308.

86 Zie o.a. Temple Lang 2000, p. 250.

87 Vgl. de hiervoor genoemde verschillen in typering: deze lijn van effectieve rechtsbescherming kan ook als zelfstandig beginsel worden gezien.

88 Zie Van Gerven 1995 a; Van Gerven 2000 b. Voor een meer recent voorbeeld over het open laten van de mogelijkheid dat nieuwe remedies noodzakelijk zijn, zie zaak C-432/05, Unibet; daarover o.a. Nebbia 2008.

89 Zaak C-453/99, Courage. Zie over dit arrest o.a. Drake 2006; Nebbia 2008; Reich 2005.

90 Mogelijke (voor Nederland nieuwe) remedies zouden kunnen zijn: discovery, schadevergoeding in regulatory relaties, class-action, punitieve schadevergoeding. Vgl. Nebbia 2008, p. 735-737.

91 Zie recent bijvoorbeeld de prejudiciële vraag van de rechtbank Assen of hij in een aanbestedingsrechtelijk geschil puntieve schadevergoeding zou moeten kunnen bieden op grond van het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming, rechtbank Assen 17 december 2008, Van Spijker Infrabouw.

92 Zie Himsworth 1997; Craufurd Smith 1999, p. 310.

rechten een verdergaande bescherming vergen dan andere.<sup>93</sup> Daarmee verwant, en wellicht ook voor het mededingingsrecht van belang, is het mogelijke onderscheid tussen ‘gewone’ bescherming (de eerste lijn) en de ‘doeltreffende bescherming van de consument’, als zwakkere partij in commerciële relaties.<sup>94</sup> Hoewel de mededingingsrechtelijke doelstelling van het waarborgen van een hoge consumentenwelvaart nog wel een stap verwijderd is van de bescherming van de *individuele* consument als zwakkere partij in commerciële relaties, is deze ontwikkeling in het licht van het steeds centraler plaatsen van de consument in het mededingingsrecht (zie daarover ook hoofdstuk 6, par. 2.1.2) ook hier interessant. De arresten waarin consumentenbescherming een positieve rechtsbescherming vereist op nationaal niveau, zijn weliswaar steeds geweest in de context van ambtshalve toepassing van richtlijnen met deze specifieke doelstelling, maar een ‘consumentendoelstelling’ ligt ook ten grondslag aan het mededingingsrecht. Een andere manier waarop de huidige stand van de jurisprudentie wordt geduid, is het reeds genoemde maken van een onderscheid tussen drie beginselen: een ‘echt’ beginsel van effectieve rechterlijke bescherming en twee ‘gewonere’ beginselen van doeltreffendheid en equivalentie.<sup>95</sup> Ten slotte zijn er interessante thesen die stellen dat de jurisprudentie bewust vaag is, als onderdeel van een strategie van het Hof om de relaties met de nationale rechters te *managen*, of poneren dat aan de zwalkende jurisprudentie geen juridische, maar politieke redenen ten grondslag liggen.<sup>96</sup>

## 2.4 Werking van het beginsel van effectieve rechtsbescherming

### 2.4.1 Aan het EG-recht ontleende rechten

Het EG-recht oefent via het beginsel van effectieve rechtsbescherming invloed uit op de nationale rechtsorde. Deze invloed is *rechtstreeks* en verplicht op grond van het Europese recht in situaties waarin Europeesrechtelijke rechten in geding zijn. De invloed werkt ook Europabreed, waardoor er sprake is van een zekere convergentie tussen de procedurele regels van de lidstaten (zie ook hoofdstuk 3, par. 4). Het beginsel van effectieve rechtsbescherming geldt echter alleen voor *aan het EG-recht ontleende* rechten. Het zijn deze rechten die in een nationaal kader daadwerkelijk moeten kunnen worden ingezet en moeten worden gewaarborgd. Het beginsel geldt zowel voor fundamentele rechten,<sup>97</sup> andere rechtstreeks werkende bepalingen van het

---

93 Craufurd Smith 1999, p. 312, die overigens kritisch is over beide benaderingen.

94 Zoals in gev. zaken C-240-244/98, Océano Grupo Editorial; zaak C-473/00, Cofidis; zaak C-168/05, Mostaza Claro; en daarover bijv. Widdershoven 2007; Widdershoven 2006 a, p. 64-65; Widdershoven e.a. 2007, p. 137-141; Ortlep & Verhoeven 2007.

95 Zie Jans e.a. 2007, p. 50-54.

96 Zie bijv. Chalmers 1997. Niet in de hier genoemde literatuur teruggekomen, maar wel interessant zou ook de toepassing van een gedachte van Koopmans 1986 zijn: enerzijds een terugkeer naar een minimale rol van het recht, als reactie op de overpositieve gedachte dat recht een instrument is in handen van de *social engineers* – wat zou betekenen dat de rol van effectieve rechtsbescherming zou zijn overschat, zodat de pendule richting procedurele autonomie zou zwaaien – maar *tegelijktijd* een voortbestaan van die optimistische maakbaarheidsgedachte in het recht – waardoor in dit geval de positieve lijn niet steeds, of niet steeds geheel, wordt verlaten.

97 Brenninkmeijer 1993, p. 119; Vermeulen 2001, p. 122.

EG-verdrag,<sup>98</sup> en voor bepalingen van secundair recht.<sup>99</sup> In dit proefschrift zijn de mededingingsrechtelijke bepalingen aan de orde. Dat zijn op EG-niveau in ieder geval de artikelen 81 en 82 EG (het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtspositie), en de bepalingen van het concentratietoezicht, neergelegd in de concentratieverordening. Daarnaast maken ook de procedurele rechten die voor een deel zijn neergelegd in de jurisprudentie van het Hof en voor een deel in secundair recht, onderdeel uit van het Europese mededingingsrecht. De zinsnede ‘aan het EG-recht ontleende rechten’ levert in ieder geval drie conceptuele problemen op. Daarnaast geldt dat de relatie tussen EG en EVRM het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming beïnvloedt, wat voor complexiteit zorgt.

#### – Rechten

Het begrip ‘rechten’ in ‘aan het EG-recht ontleende rechten’ kan verwarrend zijn. In vroege jurisprudentie sprak het Hof over aan het EG-recht ontleende *subjectieve* rechten. Later werd dat rechten *tout court*, wellicht onder invloed van de Angelsaksische traditie met het onderscheid tussen ‘law’ en ‘right’, waar in het Nederlands (en Frans) beide als stamwoord ‘recht’ (cq. ‘droit’) wordt gebruikt.<sup>100</sup> Maar het begrip ‘recht’ wordt EG-rechtelijk bepaald; het betreft een ‘zeer ruim begrip’.<sup>101</sup> Het gaat om een aan een subject, een individu of een onderneming toekomend recht, een aanspraak.<sup>102</sup> Rechtsstreekse werking is niet voldoende om een dergelijke aanspraak te doen ontstaan.<sup>103</sup> Andersom geldt dat ook met een aan het EG-recht ontleend recht in de hand beroep op een rechter niet automatisch mogelijk is, omdat de nationaal-rechtelijk bepaalde horde van belanghebbendheid nog moet worden genomen.<sup>104</sup>

#### – Verbodsbepalingen

De artikelen 81 en 82 EG en de kernbepalingen van het concentratietoezicht zijn tot ondernemingen gerichte *verbodsbepalingen*. Het gaat om verplichtingen. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming geldt voor aan het EG-recht ontleende *rechten*. Hier dient derhalve een sprong gemaakt te worden van de verplichting naar het daarmee corresponderende recht.<sup>105</sup> Die sprong loopt via de rechtsnorm (zie par. 2.1.1). De in de rechtsregel, het verbod, neergelegde bepaling is een uiting van de onderliggende norm, waardoor het ‘claim-right’ is gecorreleerd met de ‘obligation’ of de ‘duty’.<sup>106</sup> Als is geïdentificeerd wat het *claim-right* inhoudt, is daarmee de corresponderende verplichting vastgesteld. Een probleem is echter dat, hoewel de

---

98 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 452; Vermeulen 2001, p. 122-123. Zie ook zaak C-97/91, Borelli over subsidies, en zaak C-453/99, Courage.

99 Vermeulen 2001, p. 123. Temple Lang 2000, p. 251 stelt ‘so far the only Community rights which do not protect private rights are some imprecise general provisions in environmental protection directives’.

100 Van Gerven 1995 a, p. 680. Het begrip is juist in de Angelsaksische common law-traditie niet een centraal punt; niet het ‘right’, maar het ‘wrong’ en de actie staan centraal, zie Legrand 1996, p. 70-71.

101 Widdershoven 1996, p. 193; vgl. Downes & Hilson 1999, p. 121.

102 Zie Eilmansberger 2004, p. 1238.

103 Zie ook Ruffert 1997.

104 Zie Steyger 2001, p. 192; Jans e.a. 2002, p. 109. Vgl. Vermeulen 2001, p. 122-126.

105 Vgl. Eilmansberger 2004, p. 1238.

106 Downes & Hilson 1999, p. 121. Zie ook Eilmansberger 2004, p. 1238; Wenar 2005.



correlatie tussen recht en verplichting wordt blootgelegd, daarmee nog niet is vastgesteld op wie de correlerende verplichting rust, of in het geval, zoals bij de mededingingsverboden, waarin de analyse *begint* met de verplichting, aan wie het correlerende *claim-right* toekomt.<sup>107</sup> Dit is des te sterker het geval bij ‘indirectly conferred rights’; verbodsbepalingen: het is niet direct duidelijk tussen wie een rechtsverbinding ontstaat.<sup>108</sup> In de literatuur wordt hierover geopperd dat de ‘interest theory’ dienst kan doen: ‘a person can be said to have a right, if he or she is the intended beneficiary of a duty’.<sup>109</sup> Wie dat is, is een kwestie van interpretatie van de betreffende regel via de achterliggende norm.<sup>110</sup> De norm in het mededingingsrecht kan hier korthedshalve worden geïdentificeerd als ‘effectieve mededinging’, zoals genoemd in de doel-middelen-catalogus van het EG-verdrag, in verbinding met de liberale idee van een vrijemarkteconomie (maar zie over de onduidelijkheid van deze doelstellingen ook hoofdstuk 6, par. 2.1.2).<sup>111</sup> Of daarmee duidelijk is ten behoeve van wie het *claim-right* geldt – concurrerende ondernemingen of ook consumenten – is daarmee niet direct beantwoord, maar vergt opnieuw interpretatie van de materiële rechtsregel in het licht van de achterliggende norm.

– *Jurisprudentiële rechten*

De vraag speelt of rechtssubjecten zich ook kunnen beroepen op het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming als het gaat om niet in primair of secundair EG-recht neergelegde, maar wel in jurisprudentie erkende beginselen. Zoals hiervoor aangegeven, heeft het Hof een groot aantal beginselen erkend. Voor het mededingingsrecht zijn in dit verband met name de beginselen of rechten van goede verdediging (waarmee het rechtskarakter wordt benadrukt) van belang. Hoewel duidelijk is dat de lidstaten bij de uitvoering van het gemeenschapsrecht ook de algemene beginselen van gemeenschapsrecht ‘in acht moeten nemen’,<sup>112</sup> is daarmee nog niet vastgesteld dat individuen zich daarop ook kunnen beroepen. Conceptueel lijkt het probleem echter niet moeilijk, al moet worden opgemerkt dat het om een andere relatie gaat dan tussen *claim-right* en verplichting zoals hiervoor genoemd, nu rechten van verdediging in een verticale relatie tussen overheid en onderneming aan de orde zijn. Anders gezegd, het zullen met name concurrenten en consumenten zijn die zich op de primaire verbodsnormen zullen beroepen tegenover de overtreders daarvan: de verbodsnormen verlenen een aan hen toekomend recht en niet de overtredende ondernemingen; maar het zijn over het algemeen vooral beschuldigde ondernemingen aan wie de rechten van verdediging ten gunste komen (vergelijk par. 2.4.3). Duidelijk is wel dat een dergelijk beroep *indirect* kan worden gedaan: als de primaire EG-verbodsnormen in het geding zijn, dienen de rechtssubjecten de secundaire

---

107 De Hohfeldiaanse analyse waarop deze theorie is gebaseerd, begint weliswaar bij het verbod (de ‘obligation’), maar kan worden omgekeerd, vgl. Eilmansberger 2004, p. 1239.

108 Eilmansberger 2004, p. 1241. Het Hof geeft hier ook geen antwoord op, enerzijds kan ‘een ieder’ de nietigheid inroepen van een mededingingsbepalende afspraak onder artikel 81 EG, anderzijds is het aan ‘de interne rechtsorde van elke lidstaat’ om hiertoe regels te stellen, zie gev. zaken C-295/04 e.a., Manfredi, ov. 61-62.

109 Downes & Hilson 1999, p. 123; Eilmansberger 2004, p. 1242.

110 Vgl. Downes & Hilson 1999, p. 130: ‘the Court is implicitly involved in a process of interpretation in these cases to discern what the legislative intent is.’

111 Zie ook Stuyck 1995, p. 85.

112 Van Moor-Van Vugt 1993, p. 85. Vgl. Jans e.a. 2002, p. 160.

beginselen van goede verdediging die bij de handhaving van die verbodsnormen een rol spelen, ook binnen een nationale procedurele omgeving te kunnen invoeren. Er lijken daarnaast geen theoretische bezwaren te bestaan tegen een rechtstreeks beroep op het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming ter waarborging van Europees-rechtelijke jurisprudentiële rechten van verdediging. Dat ze niet zijn neergelegd in primair of secundair gemeenschapsrecht staat niet in de weg aan erkenning dat deze beginselen deel uitmaken van het EG-recht door de jurisprudentie van het Hof.

– *EVRM en EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming*

Zoals in hoofdstuk 1 werd aangestipt (zie hoofdstuk 1, par. 5.4) is sprake van een zich intensiverende wederzijdse afstemming tussen Hof en EHRM. Het Hof baseert zich in toenemende mate expliciet op het EVRM en uitspraken van het EHRM bij de uitleg en invulling van de bescherming van fundamentele rechten in de communautaire context.<sup>113</sup> Dit levert voor het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming op dat in ieder geval een deel van de inhoud daarvan mede wordt beïnvloed door het EVRM, dat immers eveneens eisen stelt aan toegang tot de rechter en te bieden rechtsbescherming. Zo heeft het Hof de EVRM-eisen aan de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen overgenomen<sup>114</sup> en baseert het Hof zich bij de afweging tussen de vertrouwelijke behandeling van gegevens en het recht van verweer op jurisprudentie van het EHRM.<sup>115</sup> Dat wil niet zeggen dat de bescherming door het Hof steeds in dezelfde bewoordingen wordt gegeven als de bescherming door het EHRM,<sup>116</sup> of zelfs dat de uit effectieve rechtsbescherming voortvloeiende eisen steeds gelijk zijn.<sup>117</sup> De achtergrond van beide instrumenten is verschillend. Niettemin geldt in algemene zin dat voor zover het EVRM ook betrekking heeft op effectieve rechtsbescherming, de EVRM-eisen ook via het EG-beginsel (zullen) gelden.

#### 2.4.2 *Spill-over-effecten*

Het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming geldt niet in interne situaties. Het geldt derhalve niet voor aan het nationale recht ontleende rechten en dus ook niet voor aan de Mededingingswet of de Awb te ontleende rechten.<sup>118</sup> Zodoende kan een verschil ontstaan tussen de bescherming van Europese mededingingsrechtelijke bepalingen en nationaal mededingingsrecht. Zo ontstaan ‘two sets of rules’: een set voor interne situaties, en een set voor situaties die door het EG-recht worden bestreken.<sup>119</sup> Van verschillende kanten wordt gewezen op de praktische en meer theoretische bezwaren tegen een dergelijke ‘schizofrenie’ voor de nationale rechter.<sup>120</sup>

---

113 Zie bijv. Harpaz 2009; Widdershoven 2008 b.

114 Zie zaak C-276/01, Steffensen; vgl. De Moor-Van Vugt 2003.

115 Zie zaak C-450/06, Varec; vgl. Widdershoven 2008 b.

116 Vgl. Widdershoven 2006 c.

117 Vgl. De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 18.

118 Anders kennelijk Mok, op de ‘Studiedag Evaluatie één jaar Mededingingswet’ 28 januari 1999, Amsterdam, zoals opgetekend door Steyger 2001, p. 198, maar door haar bestreden; ook kritisch Widdershoven 2001.

119 Van Gerven 1995 a, p. 700. Ook ‘two different spheres’, Temple Lang 2000, p. 262; ‘two-speed justice’, Bell 1998, p. 160.

120 Van den Bossche 2001, p. 35. Zie ook Van Gerven 1995 a; Jans e.a. 2002, p. 161; Verhey & Verheij 2005; Temple Lang 2000; Caranta 1995; en specifiek over het CBB ook Meij 1993, p. 134.

Enigszins vooruitlopend op hoofdstuk 3, waarin de verschillende processen van convergentie nader zullen worden bekeken, kan ook hier al worden opgemerkt dat een theoretisch onderscheid in de praktijk van het mededingingsrecht niet vol te houden lijkt, met name omdat sprake is van verregaande materiële convergentie. De veronderstelling dat het procesrecht zich vormt naar, en ten dienste staat van het materiële recht, maakt het bijna onmogelijk de nationale regels los van de Europese regels toe te passen. Als het beginsel van effectieve rechtsbescherming zou nopen tot het buiten toepassing laten van een nationaal procesrechtelijk voorschrift of het openstellen van een nationale remedie lijkt het onmogelijk dat niet evenzeer te doen in procedures waar het nationale recht (mede) aan de orde is. Dan is er weliswaar geen verplichting tot toepassing van het beginsel, maar wel sprake van een vrijwillige beïnvloeding via dat beginsel: ‘spill-over’ in de nationale interne situatie of ‘vrijwillige adoptie’ van EG-rechtelijke oplossingen (zie hoofdstuk 3, par. 4.3).

### 2.4.3 Onduidelijkheden in de werking

De jurisprudentie over effectieve rechtsbescherming is nog in ontwikkeling. Voor dit proefschrift is een drietal nog openstaande onderwerpen ten aanzien van de werking van het EG-beginsel relevant. Het eerste betreft het onderscheid en de koppeling tussen recht en remedie en de omringende begripsverwarring, het tweede de vereiste standaard van bescherming, en het derde de toepassing van het beginsel buiten klassieke verticale relaties.

#### – *Recht, remedie en de gelding van het beginsel*

Een eerste probleem betreft het onderscheid en de koppeling tussen recht en remedie. Dit is allereerst problematisch omdat het ‘remedie-georiënteerd’ zijn vreemd is aan sommige rechtsstelsels, zoals het Nederlandse.<sup>121</sup> Op EG-niveau gaan verleende rechten niet vergezeld van een eigen remedieel stelsel; de effectuering is nu juist afhankelijk van de mogelijkheden op nationaal niveau.<sup>122</sup> Dit kan leiden tot verwarring: soms omdat het zo evident is dat een recht vergezeld gaat van een remedie dat ze niet los van elkaar gedacht kunnen worden,<sup>123</sup> soms omdat het stelsel juist remedie-georiënteerd is.<sup>124</sup>

Het begrip ‘remedy’, in dit proefschrift aangeduid met de meest letterlijke vertaling ‘remedie’, is moeilijk vertaalbaar.<sup>125</sup> Dat komt ook omdat de betekenis op EG-niveau niet geheel eenduidig is. Duidelijk is dat de ‘purpose of a remedy is to stop the

---

121 Zie Widdershoven 1996, p. 187.

122 Chalmers 1997, p. 181; Himsworth 2002, p. 100.

123 Ruffert 1997; zie ook Eilmansberger 2004, p. 1238; Van Gerven 2000 b, p. 525.

124 Zie Legrand 1996, p. 70-71.

125 ‘Rechtsmiddelen’, stelt Widdershoven 1996, p. 186 voor; ‘rechtsweg’ wordt door Brenninkmeijer 1993, p. 114 genoemd. ‘Actie’ of ‘rechtsingang’ zijn ook opties. Vgl. over de vertaalbaarheid ook Van Gerven 2000 b, p. 502; en over het verschil in terminologie gekoppeld aan een verschil in wat wordt beschouwd als de functie van het recht tussen *common law* en continentaal recht, ook Whittaker 2006. Overigens dient het begrip remedie in de context van het beginsel van effectieve rechtsbescherming duidelijk te worden onderscheiden van het begrip remedie in de context van het door een onderneming tegemoetkomen aan mededingingsrechtelijke bezwaren van een toezichhouder, zoals in het kader van het concentratietoezicht, zie hoofdstuk 7, o.a. par. 2.4.

breach of a legal norm and undo its detrimental effects'.<sup>126</sup> Maar ook blijkt 'the word "remedy" (...) capable of slippage'.<sup>127</sup> Het begrip omvat in ieder geval 'the orders a court can award to a successful litigant', maar wordt ook veel breder toegepast: 'time-limits and standing, as well as interim and final orders, then come within its purview. Remedy becomes synonymous with redress, subsuming the preponderance of procedural law'.<sup>128</sup> Het Hof geeft in de context van effectieve rechtsbescherming een brede betekenis aan het begrip. Zo omvat het *de uitkomst* van een procedure (herstel, verhaal, 'redress'): schadevergoeding voor ontstane schade, een opdracht tot herstel in oude toestand, het buiten toepassing laten van een regeling, het nemen van voorlopige maatregelen, het opleggen van een boete.<sup>129</sup> Maar het begrip remedie heeft ook betrekking op *acties* ('voie de recours', ingangseisen, rechtsmiddelen), zoals het verzoek om schadevergoeding of het verzoek om voorlopige maatregelen. Het omvat primaire remedies die gericht zijn op het veiligstellen van het individu toekomstend recht, maar ook secundaire remedies, die opkomen nadat inbreuk op het recht al is vastgesteld.<sup>130</sup> Hier wordt het begrip 'remedie' aangehouden, nu dit begrip de betekenis van het Europese begrip het meest compleet weergeeft. Overigens is niet alleen hetgeen onder remedie wordt verstaan verschillend, maar is het ook een probleem dat de beschikbare remedies in verschillende stelsels, en verschillende rechters binnen die stelsels, uiteen kunnen lopen.<sup>131</sup> De op Europees niveau vastgestelde remedies zijn derhalve slechts een deel van de verzameling mogelijke remedies.

Ook is sprake van een afbakeningsprobleem. Het is lastig om de grens vast te stellen tussen het materiële recht, waarvoor een uniforme interpretatie geldt met het Hof als uiteindelijk beslisser, en het procedurele recht. Tussen het echte procedurele recht (het procedurele recht 'strictu sensu') en het materiële recht ligt, zo zou men kunnen zeggen, remedieel recht.<sup>132</sup> Maar in verschillende lidstaten wordt verschillend gedacht over wat procedureel recht is. Een communautaire afbakening blijkt echter bijna onmogelijk, juist ook omdat het begrip remedie zo veelomvattend is. In de literatuur worden voor dit probleem wel oplossingen aangedragen, bijvoorbeeld door het onderscheiden van drie niveaus waarop het beginsel van effectieve rechtsbescherming betrekking heeft:<sup>133</sup> een eerste niveau van uniform communautair vastgestelde rechten, een tweede niveau van sancties voor inbreuken, waarvoor uniforme eisen gelden, en een derde niveau van remedies. Op het niveau van de remedies zou een onderscheid gemaakt moeten worden tussen constitutieve eisen, die uniform door het

---

126 Tridimas 2000 b, p. 36.

127 Harlow 2000, p. 73.

128 Harlow 2000, p. 73.

129 'Remedy in strictu sensu', zegt Prechal 1997, p. 4.

130 Eilmansberger 2004, p. 1199.

131 Zie de door Harlow 2000, p. 76-78 gegeven opsomming van mogelijke remedies. Voor de Nederlandse bestuursrechter geldt dat hij (nog) niet bevoegd is in een zelfstandige actie tot schadevergoeding tegen een overheidsorgaan, noch tot het overgaan tot verlenen van schadevergoeding aan een in het gelijk gestelde derde in een mededingingsrechtelijke procedure; noch de bestuursrechter, noch de civiele rechter verleent punitieve schadevergoeding (*double of treble damages*) of beschikken over maatregelen als *discovery*.

132 Maar zie over het ineenvloeien Craufurd Smith 1999, p. 310.

133 Van Gerven 2000 b.

Hof worden vastgesteld, en de niet-constitutieve elementen, die op nationaal niveau worden ingevuld en dus niet per se hetzelfde zijn in de gehele EG. Het onderscheid zou in de plaats kunnen komen van dat tussen materieel en procedureel recht.<sup>134</sup> De indeling is elegant en draagt bij aan een beter begrip van wat onder remedieel recht moet worden verstaan, maar lost het demarcatieprobleem niet op. Het wordt slechts verschoven; want wat is constitutief en wat is niet-constitutief?

– *Vereiste bescherming*

Zoals hiervoor aangegeven, heeft het Hof als minimum aan nationaal procedureel recht de eisen van equivalentie en doeltreffendheid gesteld. De vraag kan worden gesteld of deze eisen wel voldoende zijn. De toepassing daarvan leidt immers niet per se tot een *hoog* niveau van bescherming. De bescherming is weliswaar *gelijkwaardig*, maar niet *uniform*. Daardoor zou een verdergaande integratie worden bedreigd, zo wordt gesteld in de integrationistische visie waarin een uniforme toepassing wordt beschouwd als fundamentele eis van de communautaire rechtsorde (zie par. 2.1.2). Derhalve is geopperd dat een eis van ‘adequate bescherming’ zou moeten worden gesteld, die in ieder geval zou moeten gelden voor toegang tot de rechter en de constitutieve elementen van remedies.<sup>135</sup> In het licht van de derdegeneratie-arresten komt een invulling van het beginsel van effectieve rechtsbescherming met een uniforme toets van adequate rechtsbescherming niet onlogisch voor, nu die jurisprudentie in de richting wees van een steeds verdergaande inperking van procedurele autonomie. Die ontwikkeling is echter niet doorgezet. In de vierdegeneratie-arresten lijkt een nieuwe balans tussen de eisen van effectieve rechtsbescherming en nationale procedurele autonomie te ontstaan, waarin adequate rechtsbescherming geen vooraanstaande rol inneemt.

– *Inzet in een ‘regulatory’ verhouding*

De jurisprudentie van het Hof heeft tot nog toe met name betrekking op situaties waarin burgers zich tegenover de overheid op hun aan het EG-recht ontleende subjectieve rechten beroepen; later geldt zij ook in horizontale verhoudingen.<sup>136</sup> In de klassieke situatie schendt de overheid deze rechten. Om dat recht te beschermen is toegang tot de rechter noodzakelijk, waar de burger zich effectief op de EG-rechten moet kunnen beroepen.<sup>137</sup> De situatie is vergelijkbaar met de mensenrechten-jurisprudentie, die ook met name in deze klassieke verhouding werd ontwikkeld.<sup>138</sup>

Verschillende situaties zijn bij het Hof nog niet aan de orde gekomen. Daarvan zijn met name die in ‘regulatory’ relaties hier van belang.<sup>139</sup> In deze verhouding is het

---

134 Van Gerven 2000 b, p. 525.

135 Van Gerven 2000 a; Van Gerven 2000 b. Zie ook Temple Lang 2000; Mc Kendrick 2000; A. Ward 2000 b, p. 323.

136 Vgl. Temple Lang 2000, p. 250; De Munnik 2007, p. 252.

137 Mortelmans 1993, p. 12.

138 Himsworth 1997, p. 13; zie ook Koopmans 1991, p. 60.

139 Het gaat bijv. om ‘situations concerning the enforcement of rights indirectly conferred by “regulating” community norms. These rules can and ought to be directly applicable as well, they are thus capable of creating individual rights (...) the enforcement of which, however, typically requires remedies in the form of specific actions’, aldus Eilmansberger 2004, p. 1217. Vgl. eerder ook Mortelmans 1993, p. 12.

vaak de derde, de klager, het slachtoffer van de door een ander gepleegde inbreuk op het EG-recht, die een zaak begint en die het beginsel van effectieve rechtsbescherming ook *als zwaard* zou (moeten) kunnen inzetten tegen een instantie die het EG-recht moet handhaven *ten aanzien van een ander*. De derde (de klager) heeft behoefte aan ‘affirmative actions for a right, actions aiming at initiating enforcement proceedings by public authorities, standing rights (...), injunctive relief or compensatory remedies aiming both at redress and future compliance’.<sup>140</sup> Over de vraag of deze remedieëlen rechten aan het EG-recht kunnen worden ontleend bestaat geen jurisprudentie.<sup>141</sup> De vraag is dus of een klager zich tegenover de NMa op het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming kan beroepen. Er lijkt voorsnog geen principiële reden om aan te nemen dat niet ook in deze verhouding het beginsel van effectieve rechtsbescherming geldt.<sup>142</sup> De klassieke lijn, die loopt via de rechten ontleend aan het EG-recht, betekent ook nu dat voor de handhaving van het decentraal vormgegeven EG-mededingingsrecht door een *regulatory authority* de vereisten van doeltreffende handhaving gelden; zij moet effectief, proportioneel, en voldoende afschrikwekkend zijn. Daar zou een extra stap aan toegevoegd kunnen worden: het aan deze decentrale handhaving ontleen van remedieëlen rechten voor een derde. Als dat geaccepteerd wordt, zou de klager met een beroep op effectieve rechtsbescherming bijvoorbeeld een inhoudelijke behandeling van zijn klacht af kunnen dwingen.

## 2.5 Definitie en eisen

Een conclusie ten aanzien van het beginsel van effectieve rechtsbescherming in het EG-recht is lastig, met name ten aanzien van de precieze inhoud van het beginsel. Het ontglipt aan een definitie; het beginsel stelt eisen aan de inrichting van de nationale rechtsbescherming, maar laat ook ruimte voor het nationale procesrecht. Die eisen zijn primair negatief geformuleerd, maar ze kunnen ook aanleiding geven tot positief gestelde veranderingen, het openstellen van rechtswegen, acties en vorderingen op basis van het EG-recht. De toepassing van de eisen leidt soms tot verrassende uitkomsten, terwijl het vooraf niet helder is welke standaard, waarover onduidelijkheid bestaat, zal worden toegepast. Ten slotte is ook de werking van het beginsel buiten de klassieke verhouding tussen overheid en rechtssubject met vragen omgeven.

Op grond van het voorgaande kan het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming desalniettemin als volgt worden gedefinieerd: De aan het EG-recht ontleende en op dat niveau qua inhoud vastgestelde rechten moeten daadwerkelijk kunnen worden ingeroepen voor een nationale rechter en door hem daadwerkelijk kunnen worden beschermd in een nationale procedurele omgeving, waaraan in ieder geval de eisen van equivalentie en doeltreffendheid worden gesteld, maar die in bepaalde gevallen geheel buiten toepassing moet worden gelaten en waarbij onder omstandigheden moet worden overgegaan tot het creëren van een nog niet bestaande remedie (en dat alles onder supervisie van het Hof van Justitie).

---

<sup>140</sup> Eilmansberger 2004, p. 1217-1218.

<sup>141</sup> Eilmansberger 2004, p. 1129.

<sup>142</sup> Vgl. A. Ward 2000 a, p. 340.

Zo wordt duidelijk dat het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming zowel de ingangseisen als de uitkomst van een geschil betreft. Ook wordt duidelijk dat het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming zowel een waarborgzijde kent, gericht op de rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid, waarbij het rechtszekerheidsbeginsel een belangrijke rol speelt, als een meer instrumentele zijde, gericht op de doorwerking van het EG-recht en de totstandkoming van de interne markt. Meer concreet blijkt uit de jurisprudentie van het Hof dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming verschillende eisen omvat. Voor het overzicht, niet om principiële redenen, onderscheid ik eisen die gelden voor de toegang tot de rechter (toegangseisen), eisen betreffende de fase bij de rechter, en eisen die de uitkomsten die de rechter moet kunnen bieden betreffen (eindeisen):

Toegangseisen betreffen in ieder geval:

- toegang tot een rechter (actiemogelijkheden; belanghebbendebegrip);<sup>143</sup>
- termijnen voor het instellen van beroep;<sup>144</sup>
- de toegang tot voorlopige maatregelen in kort geding;<sup>145</sup>
- de motivering van besluiten;<sup>146</sup>
- een helder stelsel van rechtsbescherming.<sup>147</sup>

Eisen die gelden tijdens de procedure hebben betrekking op:

- de toetsing door de rechter;<sup>148</sup>
- bewijs en bewijslastverdeling;<sup>149</sup>

---

143 Zie m.n. gev. zaken C-87/90 e.a., Verholen e.a.; zaak 222/84, Johnston; zaak 222/86, Heylens; meer recent over mogelijke acties ook C-432/05, Unibet; en daarover o.a. Nebbia 2008; Arnulf 2007; Lenaerts 2007, p. 1646-1647. Over recht op toegang ook Van Gerven 2000 b; Jans e.a. 2002, p. 340 e.v.; Caranta 1995; Temple Lang 2000; Jacobs 1997, p. 32; Kadelbach 2002, p. 199-200; Arnulf 2007, p. 1764-1765. Op een nationale context toegepast ook: Widdershoven & De Lange 1996, p. 606-607.

144 Zie zaak C-347/04, Rewe; zaak C-208/90, Emmott; zaak C-338/91, Steenhorst-Neerings; zaak C-410/92, Johnson. Zie ook A. Ward 2007, p. 113-154, p. 215; Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 454; Jacobs 1997, p. 28; Vermeulen 2001, p. 129 e.v.; Jans e.a. 2002, p. 343 e.v.; Widdershoven 2001, p. 212-213; Widdershoven & De Lange 1996, p. 607-613.

145 Bijv. zaak C-213/89, Factortame I; zaak C-432/05, Unibet. Zie ook Vermeulen 2001, p. 123-124 en p. 162-164; Jans e.a. 2002, p. 330 e.v.; Widdershoven 1996, p. 167-182; Kadelbach 2002, p. 200-201; De la Sierra 2004; A. Ward 2007, p. 113-154. Overgens kan dit vereiste natuurlijk ook worden gezien als *eindeis*.

146 Zie zaak 222/86, Heylens; zaak C-340/89, Vlassopoulou. Zie Vermeulen 2001, p. 121; Widdershoven & De Lange 1996, p. 598-603. De motiveringsverplichting is mede een toegangsvereiste omdat de motivering de ontvanger in staat stelt te beoordelen of hij in beroep wil gaan (zie hoofdstuk 4).

147 Zie de vrij recente zaak C-268/06, Impact, waarin het Hof stelt dat een stelsel van rechtsbescherming bij effectuering van een richtlijn (richtlijn 1999/70 betreffende een raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, Pb. EG L 175/43) in strijd kan zijn met het doeltreffendheidsbeginsel, als het 'procedurele ongemakken zou meebrengen die de uitoefening van de hem door het gemeenschapsrecht verleende rechten uiterst moeilijk zou maken' (ov. 55). Het is niet duidelijk of uit deze uitspraak een algemene eis van helderheid van het stelsel kan worden afgeleid. Door het CBb wordt een beroep op Impact afgewezen omdat het daarin gaat om een 'zeer specifieke situatie' (voorzieningenrechter CBb 28 oktober 2008, Qbuzz). Zie echter de prejudiciële vragen van de rechtbank Assen 17 december 2008, Spijker Infrabouw.

148 Zie recent bijv. zaak C-55/06, Arcor AG; in algemene zin Kuipers 1996; Kapteyn 1993 b; Kadelbach 2002, p. 199-200; en hoofdstuk 4.

149 Zie gev. zaken C-192/95 e.a., Comateb; zaak 222/84, Johnston; zaak C-242/95, GT-Link; zaak 146/73, Rheinmühlen; zaak 199/82, San Giorgio; maar bewijslastverdelingsregels vallen voor het grootste deel onder de procedurele competentie van de lidstaten, zie bijv. zaak C-55/06, Arcor AG;

- de verhouding tussen algemene rechtsbeginselen van de nationale stelsels en de doorwerking van EG-recht;<sup>150</sup>
- ambtshalve toepassing EG-recht.<sup>151</sup>

Eindeisen betreffen in ieder geval de volgende uitspraakmogelijkheden:

- het treffen van voorlopige voorzieningen;<sup>152</sup>
- het terugkomen op onaantastbare beschikkingen;<sup>153</sup>
- het terugvorderen van onverschuldigde betalingen;<sup>154</sup>
- schadevergoeding voor inbreuken op het EG-recht door de staat;<sup>155</sup>
- schadevergoeding voor inbreuken op het EG-recht door anderen;<sup>156</sup>
- recht op rente op schadevergoeding.<sup>157</sup>

Sommige van deze eisen blijven vaag, omdat de wijze waarop zij worden toegepast casus-afhankelijk is. In ieder geval gelden steeds de minimumeisen van equivalentie en doeltreffendheid. Over het algemeen wordt gesteld dat de Nederlandse bestuursrechtelijke regeling in de Awb voldoet aan de eisen die voortvloeien uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming,<sup>158</sup> en dat Europese jurisprudentie niet tot schokkende nieuwe inzichten heeft geleid.<sup>159</sup> Dat neemt niet weg dat in een specifieke casus of in een specifiek rechtsgebied zoals het mededingingsrecht de rechterlijke controle en het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming kunnen wringen (zie par. 4.3 en hoofdstuk 9).

### 3 NATIONAAL RECHT EN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

In deze paragraaf komt de Nederlandse context van het toetsingskader van effectieve rechtsbescherming aan de orde. De grondslag van effectieve rechtsbescherming is ook hier de rechtsstaat, al kan er meer dan in de EG-rechtelijke context twijfel

---

zie ook Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 454; Jans e.a. 2002, p. 353 e.v.; Vermeulen 2001, p. 127-128; Widdershoven & De Lange 1996, p. 614; hoofdstuk 4.

150 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 456.

151 Zie gev. zaken C-87, 88 & 89/90, Verholen e.a.; gev. zaken C-430 & 431/93, Van Schijndel; zaak C-312/93, Peterbroeck; gev. zaken C-295/04 e.a., Manfredi; gev. zaken C-222/05 e.a., Van der Weerd. Zie hierover o.a. Algra 2007; Haersolte-van Hof & Kreijger 2007; Jacobs 1997, p. 31; Jans e.a. 2002, p. 300 e.v.; Jans & Marseille 2008; Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 455; Loos 2003; Mok 2007; De Munnik 2007; Prechal 1998; Prechal 2001 a; Vermeulen 2001, p. 145-153, Verschuuren 2003; Widdershoven 1996, p. 149-166; Widdershoven 2001, p. 214-215; Widdershoven 2006 b; Widdershoven 2007; Lenaerts 2007, p. 1647-1648.

152 Vgl. zaak C-432/05, Unibet, en overlappend met de ingangseis dat een actie om voorlopige maatregelen te verkrijgen moet openstaan (zie hiervoor).

153 Met name in gelijkebehandelingzaken, zoals zaak C-128/93, Fisscher; zaak C-326/96, Levez (zie Vermeulen 2001, p. 138-139); maar in een andere context ook C-119/05, Lucchini; daarover Lenaerts 2007, p. 1649-1650.

154 Zaak C-347/04, Rewe; zaak 199/82, San Giorgio.

155 Gev. zaken C-6 & 9/90, Francovich; gev. zaken C-46 & 48/93, Brasserie du Pêcheur. Zie o.a. Temple Lang 2000.

156 Zaak C-453/99, Courage.

157 Gev. zaken C-295/04 e.a., Manfredi; en vgl. Oosterhuis 2007.

158 Zie Prechal & Widdershoven 2008 a; Widdershoven e.a. 2007.

159 Widdershoven & De Lange 1996, p. 639; Jans & De Jong 2002, p. 79.



bestaan over het karakter van effectieve rechtsbescherming als rechtsstatelijk beginsel (par. 3.1). De discussie over het karakter van rechtsbeginselen (zie par. 2.1.1) wordt ook op nationaal niveau gevoerd. Zo is over rechtsbeginselen wel gezegd dat, hoewel zij ‘in de (nationale) bestuursrechtelijke literatuur, in processtukken en in rechterlijke uitspraken aan de lopende band in stelling [worden] gebracht’, meestal niet duidelijk is wat met een rechtsbeginsel wordt bedoeld.<sup>160</sup> Hoewel de basis van effectieve rechtsbescherming de rechtsstaat is, is het in de Nederlandse context logischer om effectieve rechtsbescherming als onderdeel van beginselen en inrichtingseisen van bestuursrechtspraak te zien (par. 3.2). Op de inhoud van het aldus gevonden beginsel en de daaruit voortvloeiende eisen ga ik in paragraaf 3.3 in. Ik sluit af met enkele opmerkingen over de werking van het Nederlandse beginsel (par. 3.4).

### 3.1 Effectieve rechtsbescherming en rechtsstatelijke beginselen

#### 3.1.1 Rechtsstatelijke waarden en eisen

Ook in de nationale doctrine wordt ten aanzien van de rechtsstaat een onderscheid gemaakt tussen rechtsbeginselen en inrichtingseisen (vergelijk par. 2.1.1),<sup>161</sup> vaak aangeduid als een onderscheid tussen rechtsstatelijke waarden (beginselen of elementen) en rechtsstatelijke eisen (of instrumenten).<sup>162</sup> Het onderscheid tussen waarden en eisen is van belang, omdat de waarden zoveel mogelijk moeten worden nagestreefd. Daarvoor geldt het optimaliseringsgebod.<sup>163</sup> De eisen zijn daarentegen geen doelen op zich. Er is discussie mogelijk over welke ideeën als waarden moeten worden aangemerkt en welke als eisen (zie par. 3.1.2). Dit hangt samen met de niet-vaste omlijning van het begrip rechtsstaat, hoewel wel overeenstemming bestaat over de kerngedachte van de rechtsstaat, de binding van overheid aan recht.<sup>164</sup> Het onderscheid komt niettemin vaak terug.

De positie die in deze discussie wordt ingenomen, hangt mede af van de vraag of met name de formele kant van de rechtsstaat wordt benadrukt, met een focus op legaliteit en formele eisen aan wet- en regelgeving, maar zonder een verbinding met de inhoud van die regelgeving,<sup>165</sup> of dat in het rechtsstatelijk begrip ook materiële elementen worden opgenomen.<sup>166</sup> De kritiek op de formele, liberaal-klassieke benadering is dat daarin ‘een aanduiding van het rechtsgehalte’ ontbreekt; er is geen koppeling tussen

---

160 Schlössels 2004 b, p. 13; maar vergelijk Zwart 1983, p. V met Asser & Scholten 1954, aant. 15.

161 Zie ook De Waard 1987, p. 120; Schlössels 2004 b, p. 26, met verwijzingen naar het door Van Eikema Hommes 1972, p. 503 gemaakte onderscheid tussen constitutieve en regulatieve beginselen; Stroink 2004, p. 129; Corstens 2005, p. 49; Hugenholtz & Heemskerk 2006, p. 8.

162 Scheltema 1989.

163 Zie ook Zijlstra 2003 b, p. 280; Zijlstra & Van Ommeren 2003, p. 315.

164 Zie over de kerngedachte (‘beheersing van het gezag’ om een ‘gewelddadig monster’ tegen te gaan, aldus Van Ommeren 2003, p. 9), ook A.M. Bos 2001, p. 5; Zoethout 2003, p. 57; Tamanaha 2004, p. 114-115; WRR 2002, p. 23; Brenninkmeijer 2002; Hertogh 2003; Beljaars & Gribnau 2003; Van der Burg 2005; Van Woensel 2003; J.E.M. Polak 2003.

165 Zie Tamanaha 2004, p. 65-72.

166 Tamanaha 2004, p. 91.

de rechtsstaat en de inhoud van het recht.<sup>167</sup> Bij een materiële benadering is die koppeling er wel; de rechtsstaat wordt verbonden aan rechtvaardigheid,<sup>168</sup> aan een ander moreel uitgangspunt (zoals sociale gelijkheid en sociale welvaart: de ‘sociale rechtsstaat’),<sup>169</sup> en meestal ook aan democratie (de ‘democratische rechtsstaat’).<sup>170</sup>

### 3.1.2 Kern van de rechtsstaat en discussiepunten

De rechtsstatelijke waarden lijken in de Nederlandse doctrine te bestaan uit rechtszekerheid,<sup>171</sup> rechtsgelijkheid, de dienende overheid, een onafhankelijke rechter, machtscheiding, vrijheid en rechtvaardigheid; hoewel deze elementen in wisselende samenstelling naar voren worden gebracht en over verschillende elementen en mogelijke toevoegingen wordt gediscussieerd.<sup>172</sup> Zo kan de vraag worden gesteld of *toetsing van overheidsoptreden door een onafhankelijke rechter* als waarde van de rechtsstaat moet worden aangemerkt of als eis.<sup>173</sup> Dat geldt ook voor *machtscheiding*.<sup>174</sup> Het is ook de vraag of (een concept van) *vrijheid* als rechtsstatelijke waarde moet worden gezien.<sup>175</sup> Deze waarden hangen onderling samen. Gesteld wordt wel dat het vereiste van machtscheiding ertoe noopt dat bij een verminderde democratische controle op toezicht, in het kader van dit proefschrift bijvoorbeeld door de NMa, de rechterlijke toetsing verandert.<sup>176</sup> Daarnaast is machtscheiding relevant

---

167 Zie bijv. Burkens 1989; Tamanaha 2004, p. 119-126; Damen 1998; Schuiling 1989; Woldring 2003; Van der Hoeven 1989 b. Extremer is de visie van de aanhangers van Critical Legal Studies die poneren dat de liberale rechtsstaat een instrument is in handen van de elite en bijdraagt tot ongelijkheid (zie bijv. Tamanaha 2004, p. 73).

168 Zie Tamanaha 2004, p. 102-112; Van Ommeren 2003 p. 14-15; Woldring 2003, p. 26 e.v.

169 Verhey & Verheij 2005; Burkens e.a. 2001, p. 26.

170 Scheltema 1989; Kortmann 2005, p. 51-53; Simon 2001, p. 126-128. Anders: Zoethout 2003; Van der Hoeven 1989 b; Sap 2003; Zijlstra 1997; A.M. Bos 2001.

171 Rechtszekerheid betekent in de kern: heldere wetgeving, geen terugwerkende kracht, erkenning van opgewekt vertrouwen, zie Widdershoven & De Lange 1996, p. 560-561; Oldenziel 1998.

172 Scheltema 1989 noemt als waarden: rechtszekerheid, gelijkheid, democratie en de dienende overheid; en als eisen: legaliteit, grondrechten, onafhankelijke rechter, scheiding der machten, kiesrecht, doelmatigheid. Maar Van Ommeren 2003 noemt de waarden: vrijheid, rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, en als instrumenten: het legaliteitsbeginsel, grondrechten, machtsverdeling, rechterlijke controle. Vgl. over de dienende overheid enerzijds Scheltema 1989 en Woldring 2003, p. 34, en anderzijds Zoethout 2003. Volgens Zijlstra & Van Ommeren 2003, p. 308, zijn de waarden vrijheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid de vaste kern, maar een heel andere benadering is te zien bij Engels 1989.

173 Bijv. bij Zoethout 2003, p. 58; Burkens e.a. 2001, p. 48. Anders: Zijlstra 2003 b, p. 278; Zijlstra & Van Ommeren 2003, p. 318. Uiteindelijk is er weinig meningsverschil over het belang van een onafhankelijke rechterlijke toets in een rechtsstaat, zie bijv. Van Ommeren 2003; Scheltema 1989; Van der Hoeven 1989 b; Zoethout 2003; Verhey & Verheij 2005.

174 Zie bijv. Brenninkmeijer 1990, p. 116-117; Simon 2001, p. 130.

175 Niet bij Scheltema 1989, wel bij Van der Hoeven 1989 b; Burkens 1989; Schuiling 1989; Van Ommeren 2003; Zijlstra & Van Ommeren 2003, p. 317. Vgl. ook Damen 2005, p. 20-22; Meuwissen 2002, p. 35-74.

176 Het gaat om de combinatie van interbestuurlijk toezicht en toezicht door de rechter, stelt Zijlstra 2003 b, p. 269: ‘het totaal van controle-instrumenten [mag] niet onder een minimumniveau’ zakken. De vraag is of deze stelling klopt. Dat wordt bij omkering duidelijk: als er wel voldoende parlementaire controle is, betekent een ‘totaal aan controle’ dan dat er geen rechter meer nodig is? Stroink 2006, p. 10 stelt: ‘de oplossing voor ‘zwak’ bestuur is (...) niet een intensievere toetsing, maar verbetering van de kwaliteit van bestuur’. Zie ook Boxum 1989; Bovens 2000; Zijlstra 2004; Scheltema 1978, p. 262; Kummeling 2000; Van Angeren 1996.

voor de discussie over de toekomst van het bestuursprocesrecht, en de gewenste actievere rol van de bestuursrechter (zie par. 3.2).<sup>177</sup> Ook vrijheid en machtenscheiding hangen onderling samen: individuele vrijheid kan alleen worden gewaarborgd door een inperking, door scheiding of evenwicht, van macht.<sup>178</sup>

– *Vrijheid en het mededingingsrecht*

Vrijheid ligt ten grondslag aan het idee van marktwerking – een vrije markt – en derhalve ten grondslag aan de mededingingsregels. Het klassiek-liberale idee van vrijheid, waarbij vrijheid toekomt aan het individu, is daarbij het uitgangspunt. Daarbij geldt dat ingrijpen in die vrijheid ook per definitie een beperking daarvan is. Ingrijpen verdient derhalve rechtvaardiging en toetsing. Het mensbeeld dat aan deze opvatting van vrijheid ten grondslag ligt, is een individualistisch mensbeeld: het individu is gekoppeld aan persoonlijke vrijheid.<sup>179</sup> De staat is in deze visie neutraal ten opzichte van het individu.<sup>180</sup> Tegenover het klassiek-liberale vrijheidsbegrip staat de idee van vrijheid waaraan een relationele invulling wordt gegeven, ‘dat mensen plaatst in relaties van verantwoordelijkheid tot anderen’, en waarbij vrijheid en gezag niet noodzakelijkerwijs tegengesteld zijn.<sup>181</sup> De staat verliest zijn neutraliteit ten aanzien van het individu en aan de rechtsstaat wordt eerder een materiële dan een formele invulling gegeven.<sup>182</sup>

Voor het mededingingsrecht en de rechtsbescherming in het mededingingsrecht is het van belang op te merken dat er een duidelijke verbinding bestaat tussen de klassiek-liberale conceptie van individuele vrijheid en een vrijemarktideologie. Dit kleurt bijvoorbeeld de invulling van de mededingingsnormen door de (Europese) rechter. Marktvrijheid is primair een klassiek-liberale vrijheid, waarbij het individuen en ondernemingen vrij staat de markt te betreden en daarop te handelen.<sup>183</sup> Die vrijheid komt ieder gelijkelijk toe.<sup>184</sup> Een inperking van deze ondernemings- en concurrentievrijheid is een inbreuk op die vrijheid. Dit betekent nog niet per se een *laissez-faire*-overheid: regels moeten worden gesteld om de markt in goede banen te leiden, en overheidsop treden is geboden bij het tekortschieten van het marktmechanisme, ook ter bescherming van een minimum aan bestaansvoorwaarden.<sup>185</sup> De vrijheid van mededinging gaat ook in de klassiek-liberale visie niet zo ver dat een kartelverbod of misbruikverbod daarin geen plaats heeft, al zijn dergelijke regels een inbreuk op de handelingsvrijheid. Meer genuanceerd over de vrijheid in het mededingingsrecht staat de Duitse traditie, waarin de markt ‘requires a thoroughly designed and continuously policed competition order because market competition

---

177 De plaats van de rechter wordt steeds belangrijker, stelt Stroink 1993; zie ook Brenninkmeijer 1992, p. 117-118; WRR 2002; Van Woensel 2003; Bovend'Eert & Kortmann 2000; J.E.M. Polak e.a. 2002.

178 Zie over de betekenis van vrijheid ook Maris & Jacobs 2003, p. 265-310, Von Bogdandy 2006, p. 12-14.

179 Zie o.a. Tamanaha 2004, p. 35.

180 Tamanaha 2004, p. 42.

181 Woldring 2003, p. 39. Ook Levinas 1987 p. 98-107; Scheltens 1983, p. 24; Van der Hoeven 1989 b; Schuiling 1989.

182 De gemeenschap zou voorop dienen te staan, zie Tamanaha 2004, p. 85.

183 Zie Chalmers 1997, p. 170; Von Bogdandy 2006, p. 13.

184 Vgl. Von Bogdandy 2006, p. 14.

185 Vgl. Von Hayek 1993 (oorspr. 1944).

inheres a tendency towards self-determination'.<sup>186</sup> Inperkingen van vrijheid kunnen hierin juist een 'enabling' functie hebben.<sup>187</sup> De mededingingsrechtelijke verboden kunnen gezien worden ter waarborging van vrijheid; ondernemingen worden gevrijwaard van inbreuken op hun vrijheid door kartels of ondernemingen die misbruik maken van een machtspositie waardoor er geen gelijke handelingsvrijheid meer is. 'Vrijheid als concurrentie' is hier van toepassing, met een intrinsieke spanning tussen vrijheid en gelijkheid.<sup>188</sup> Hoewel een echt relationele benadering van vrijheid lastiger is toe te passen op het concept van de vrije markt, is dat niet geheel onmogelijk. Het belang van de burger als *consument* zou daarin centraal komen te staan. De mededingingsregels zijn mede bedoeld bij te dragen tot een zeker economisch bestaansminimum, door verhoging van de consumentenwelvaart, wat voor de consument-burger uiteindelijk voorwaarde is voor de 'vrijheid tot zelf-ontplooiing'.<sup>189</sup>

### 3.1.3 Effectieve rechtsbescherming als rechtsstatelijk beginsel

Uit het voorgaande blijkt dat *rechtsbescherming* (beroep op een onafhankelijke rechter) en *rechtszekerheid* zijn opgenomen in de catalogus van rechtsstatelijke beginselen. Maar *doeltreffendheid* of *effectiviteit* van bestuur of rechtspraak worden in de nationale doctrine daarentegen over het algemeen niet tot de waarden van de rechtsstaat gerekend. De betekenis van dit onderdeel van het samenstel van 'effectieve rechtsbescherming' lijkt ook anders dan op Europees niveau, waar 'effectiviteit' te maken heeft met de doorwerking van het EG-recht in de lidstaten, het nuttig effect en de volle werking van het EG-recht en de totstandkoming van de interne markt (zie par. 2) en minder de 'economische rationaliteit' betreft.<sup>190</sup> Men zou wel kunnen opperen dat effectiviteit en efficiëntie als voorwaarden van de sociale rechtsstaat gelden,<sup>191</sup> of voortvloeien uit het beginsel van de dienende overheid.<sup>192</sup> Maar juist de sociale rechtsstaat en de dienende overheid als rechtsstatelijke waarden zijn omstreden, en effectiviteit is daarvan slechts een onderdeel.

Effectiviteit wordt derhalve niet als waarde van de rechtsstaat aangemerkt. Ook een 'beginsel van effectieve rechtsbescherming' is als zodanig niet steeds terug te vinden, tenzij rechtstreeks begrepen als inherent zijnde aan het recht op een rechter of wanneer het EVRM, waarvan artikel 6 het recht op *effectieve* toegang omvat, als onderdeel van de nationale rechtsstaat wordt gezien (en voor het hier geformuleerde toetsingskader zou deel uitmaken van rechtsstatelijke beginselen de waarde van het beginsel van effectieve rechtsbescherming overigens alleen maar versterken). Dat neemt niet weg dat het toetsingskader van effectieve rechtsbescherming ook in de Nederlandse context zijn grondslag vindt in de rechtsstaat. Aan de figuur van het begin van dit hoofdstuk kan in de nationale context een niveau worden toegevoegd:

---

186 Budzinski 2003, p. 16; zie ook Kerber 2008.

187 Budzinski 2003, p. 17.

188 Burkens 1989; zie ook Tamanaha 2004, p. 36.

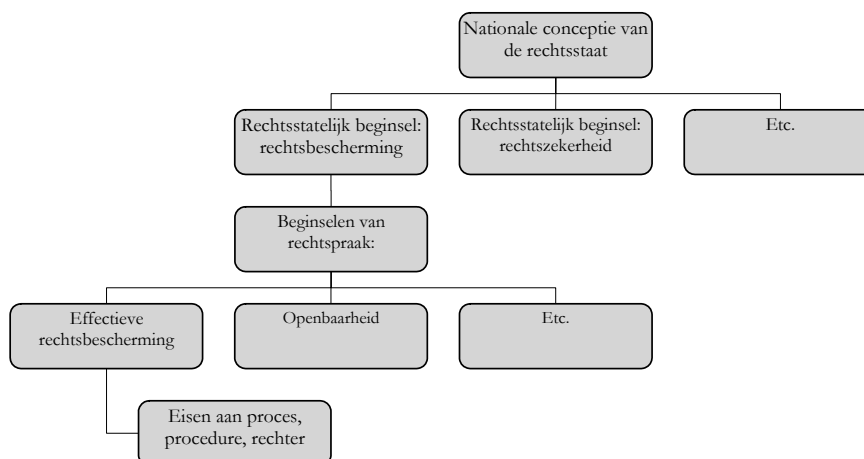
189 Vergelijkbaar: Van der Hoeven 1989 b.

190 Snellen 1987, p. 4.

191 Verhey & Verheij 2005, p. 328.

192 Scheltema 1989; zie 15 jaar later over de dienende overheid echter ook Damen 2005, p. 16-17.

dat van de subcategorie van *beginselen van rechtspraak*, waarvan effectiviteit wél deel uitmaakt (zie par. 3.2).



### 3.2 Effectieve rechtsbescherming als beginsel in de nationale context

Zoals hiervoor aangegeven, is een beginsel van effectieve rechtsbescherming in de nationale rechtsstatelijke context als zodanig niet bekend. Dat neemt niet weg dat een dergelijk beginsel op de rechtsstaat is gebaseerd: de plaats is, zo wordt hier betoogd, tussen de beginselen van (bestuursrechtelijke) rechtspraak.<sup>193</sup> Deze beginselen kunnen op hun beurt worden uitgewerkt in inrichtingseisen, die specifiek voor het bestuursprocesrecht gelden.

#### 3.2.1 *Beginselen van rechtspraak en het beginsel van effectieve rechtsbescherming*

Als algemene, niet specifiek aan het bestuursrecht gerelateerde, *beginselen van rechtspraak* kunnen,<sup>194</sup> mede gelet op artikel 6 EVRM (en artikel 14 IVPBR), de volgende formele beginselen worden aangemerkt:<sup>195</sup> toegang tot een rechter;<sup>196</sup> het verdedigingsbeginsel;<sup>197</sup> het onpartijdigheidsbeginsel (onafhankelijke rechter);

193 Een van de vele categorieën van beginselen, vgl. Schlössels 2004 b.

194 Zie over beginselen par. 2.1.1.1. Beginselen van rechtspraak zijn die uitgangspunten ‘bij het ontbreken waarvan (...) een behoorlijk proces niet [kan] worden gevoerd’, Stroink 2004, p. 129.

195 Deze opsomming is vooral gebaseerd op De Waard 1987; zie ook Schreuder-Vlasblom 2008, p. 55-66.

196 Niet expliciet genoemd bij De Waard 1987, maar, zo lijkt me, daaraan voorondersteld want reeds onderdeel uitmakend van de rechtsstatelijke beginselen en ook ondubbelzinnig beschermd door artikel 6 EVRM, zie EHRM 21 februari 1975, Golder. Zie ook Brenninkmeijer 1987; rechtsvergelijkend De la Sierra 2004, p. 49; en voor het bestuursrecht ook Schreuder-Vlasblom 2008, p. 55. Zie meer recent over de vraag of het recht op toegang tot een rechter in de Grondwet verankerd zou moeten worden: Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009.

197 Ook wel ‘fair hearing’, zie Schreuder-Vlasblom 2008, p. 58; vgl. Stroink 1993, p. 68.

openbaarheid van behandeling en uitspraak; het decisiebeginsel (recht op een uitspraak binnen redelijke termijn); en het motiveringsbeginsel.<sup>198</sup>

Een dergelijke formele benadering past bij een formele invulling van de rechtsstaat. Daarin ontbreekt een beginsel van rechtvaardigheid, dat in een materiële benadering van de rechtsstaat wel als beginsel van rechtspraak zou worden opgenomen.<sup>199</sup> De conceptie van de rechtsstaat heeft invloed op de catalogus van beginselen van rechtspraak. Derhalve zijn ook andere indelingen mogelijk, zeker omdat ook hier over het verschil tussen beginselen en inrichtingseisen getwist kan worden.<sup>200</sup>

– *Effectiviteitsbeginsel*

Effectiviteit (doelmatigheid) is, zoals hiervoor bleek, niet als rechtsstatelijke waarde aan te merken. De vraag is of effectieve rechtsbescherming in de nationale context wel als beginsel van rechtspraak wordt gezien. Daar zijn twee antwoorden op mogelijk. Een ontkennend antwoord, omdat een beginsel van effectieve rechtsbescherming als zodanig niet steeds wordt erkend. Maar ook een bevestigend antwoord: in ieder geval wordt *rechtszekerheid*, dat nauw verbonden is met rechtsbescherming, als beginsel aangemerkt (en als rechtstatelijke waarde), en soms wordt *effectiviteit van rechtspraak* als beginsel gezien. Ook dient toegang tot de rechter ingevolge artikel 6 EVRM *effectieve* toegang te zijn.<sup>201</sup> Daarnaast wordt een *kwali-teitsbeginsel*, waaronder verschillende eisen van effectiviteit zouden kunnen worden gebracht, wel als beginsel van rechtsbescherming aangemerkt.<sup>202</sup> Als onder effectiviteit ‘tijdigheid en finaliteit’ van rechtspraak wordt verstaan,<sup>203</sup> dan is een gedeelte van effectiviteit – in de zin van: een uitspraak binnen redelijke termijn – in het decisiebeginsel terug te vinden, dat beginsel van rechtspraak is. Tijdigheid is echter maar een onderdeel van effectiviteit.<sup>204</sup> Met name *finaliteit* in het bestuursprocesrecht is onderwerp van discussie. Daaronder kan worden verstaan dat een einduitspraak wordt gedaan, waarbij finaliteit tegen het decisiebeginsel aanschuurt.<sup>205</sup> Ook kan meer de nadruk worden gelegd op een *materiële* oplossing van het geschil: een uitspraak waar partijen daadwerkelijk iets aan hebben.<sup>206</sup> Bovendien heeft effectiviteit betrekking op de juiste rechtsingangen; de juiste procedure om het doel van de procederende partij te kunnen bereiken. Dat heeft ook een element van efficiëntie in

---

198 Over motivering ook A.M.L. Jansen 2006; Ten Berge & Tak 1990, p. 99-100.

199 Daarbij geldt natuurlijk dat een definitie van ‘rechtvaardig’ met moreel relativisme niet is te geven (par. 2.1.1).

200 Zie over het burgerlijk proces: De Waard 1987; over het strafproces: Lenos 1998; en over het bestuursproces o.a. Damen e.a. 2002; Schlössels 2006 b, en hierna.

201 Vgl. EHRM 9 oktober 1979, Airey/Ierland, en hierover Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009, p. 23.

202 Kwaliteitsmaatstaven zijn volgens Van Wijk e.a. 2008, p. 568 vooral toegankelijkheid en effectiviteit, efficiëntie (waaronder de redelijke termijn), en voldoende uitspraakbevoegdheden voor de rechter. Vgl. Damen e.a. 2002; VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004; Damen 2005.

203 Marseille 2004.

204 Daarbij moet wel worden onderkend dat tijdigheid in de huidige maatschappij steeds belangrijker wordt. Zie De la Sierra 2004, p. 21; Marseille 2000, p. 376.

205 Vgl. Damen e.a. 2002.

206 Zie Verheij 2006; Van Etekoven e.a. 2001; Allewijn 1998, p. 291; Stroink 2006, p. 12-15.

zich, in de zin dat het niet kosteneffectief is een procedure te doorlopen die niet kan bereiken wat in feite beoogd is.<sup>207</sup>

– *Verdedigingsbeginsel*

Als beginsel van rechtspraak verdient zeker in een mededingingsrechtelijke context, het verdedigingsbeginsel enige nadere aandacht. Een algemeen verdedigingsbeginsel wordt in nationale literatuur soms als beginsel van rechtspraak aangemerkt,<sup>208</sup> ook in het bestuursrecht.<sup>209</sup> Het recht op een eerlijke en gelijke behandeling, onder *equality of arms* vloeit ook voort uit artikel 6 EVRM. Voor punitieve geschillen bevat het EVRM extra waarborgen, die in dit verband onder de algemene noemer van het verdedigingsbeginsel kunnen worden gevat: recht op informatie over de telastelegging, voldoende tijd en faciliteiten voor verdediging, recht op bijstand door een advocaat, recht op het (doen) ondervragen van getuigen, en recht op een tolk en vertaling. Ook de onschuldpresumptie, het zwijgrecht, en de toetsing van een sanctie in twee instanties, vloeien voort uit dit verdedigingsbeginsel<sup>210</sup> Ook het Hof van Justitie erkent het belang van de rechten van verdediging als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.<sup>211</sup> Uit het voorgaande vloeit voort dat het zeer verdedigbaar is een verdedigingsbeginsel aan te merken als beginsel van rechtspraak. Een vraag is wel in hoeverre de inhoud van de uit een verdedigingsbeginsel voortvloeiende rechten van verdediging afhangt van de al dan niet punitieve context van een geschil. Duidelijk zal zijn dat rechten van verdediging in dat geval een zwaar gewicht hebben, maar ook binnen de verzameling ‘punitieve geschillen’ kan een rangorde worden aangebracht: vrijheidsbenemende sancties vereisen een verdergaande waarborging dan bijvoorbeeld een lichte bestuurlijke boete.<sup>212</sup> Vanwege de verbinding tussen de rechtstatelijke waarde van vrijheid (zie par. 3.1.1) en het verdedigingsbeginsel zou men ook kunnen verdedigen dat bij iedere inbreuk op (economische) vrijheid verdedigingsrechten dienen te worden gewaarborgd. Dat het verdedigingsbeginsel deel uitmaakt van beginselen van rechtspraak en in beginsel ook geldt buiten een punitieve context, is hierna uitgangspunt; in hoeverre de aan dit beginsel te onttlenen (deel)rechten in het Europese en nationale mededingingsrecht zowel wettelijk als rechterlijk (zouden moeten) worden beschermd maakt deel uit van het onderzoek.

– *EVRM en het nationale beginsel van effectieve rechtsbescherming*

Het bestaan van een beginsel van effectieve rechtsbescherming als beginsel van rechtspraak in de nationale context wordt ondersteund (of voorafgegaan) door het EVRM-beginsel van effectieve rechtsbescherming. Zoals gezegd maken de bepalingen van het EVRM deel uit van de Nederlandse rechtsorde (zie ook hoofdstuk 1, par. 5.4), en vloeien uit het EVRM – met name zijn hier de artikelen 6 en 8 EVRM van

---

207 Vgl. Marseille 2004.

208 Zie Schreuder-Vlasblom 2008, p. 58; Stroink 1993, p. 68.

209 Vgl. Widdershoven e.a. 2006.

210 Zie, met jurisprudentieverwijzingen, o.a. Barkhuysen 2004, p. 61-64; O.W. Brouwer 1999; De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 63-88. Zie voor een recente toepassing van het recht op vertaling: CbB 19 januari 2009, Duitse Garnalen (tussenuitspraak).

211 Zie bijv. zaak C-42/95, Nold, en meer recent zaak C-28/05, Dokter e.a., ov. 74.

212 EHRM 29 juni 2007, O’Halloran en Francis; zie ook Barkhuysen & Van Emmerik 2008.

belang – eisen voort die in algemene zin gelden, en verdergaande eisen als sprake is van een *criminal charge*. In het mededingingsrecht zijn zij van belang: in ieder geval de bestuursrechtelijke boete wordt aangemerkt als *criminal charge*. De uit het EVRM voortvloeiende eisen vallen onder de paraplu van effectieve rechtsbescherming: zo geldt dat daadwerkelijk een rechtsmiddel moet bestaan en de rechter daadwerkelijk toegankelijk moet zijn,<sup>213</sup> dat de rechtsgang doelmatig moet zijn, voldoende doeltreffend en bovendien, als stelsel, niet te ingewikkeld,<sup>214</sup> en dat de toetsing niet te marginaal mag zijn.<sup>215</sup> De eisen van het EVRM gelden in ieder geval rechtstreeks wanneer de rechter de Mededingingswet toepast. De eisen gelden ook, meer indirect, wanneer het EG-mededingingsrecht aan de orde is (vergelijk hoofdstuk 1 par. 5.4 en hierna, par. 4.1). Op deze wijze maakt effectieve rechtsbescherming zeker deel uit van de nationale beginselen van rechtspraak.

– *Effectieve rechtsbescherming als beginsel van rechtspraak*

Al met al levert dit het volgende op. Elementen van een samengesteld beginsel van effectieve rechtsbescherming in een nationale context, dat als toetsingskader kan dienen voor de uitkomsten van de analyse van convergentietendenzen in het mededingingsbestuursrecht, kunnen worden teruggezien in verschillende gedaantes: in het rechtsstatelijke beginsel van toegang tot een rechter, in het van de beginselen van rechtspraak onderdeel uitmakende decisiëbeginsel, in het (wellicht) daarvan deel uitmakende kwaliteitsbeginsel, en in de uit het EVRM voortvloeiende vereisten. Daaruit kan, *top-down*, worden afgeleid dat een beginsel van effectieve rechtsbescherming *als zodanig* als beginsel van rechtspraak kan worden aangemerkt, naast de overige beginselen van rechtspraak.

### 3.2.2 Bestuursrechtelijke context

Uit het voorgaande vloeien al aanwijzingen voort over de inhoud van een nationaal beginsel van effectieve rechtsbescherming. Omdat het onderwerp van dit proefschrift bestuursrechtelijk van aard is, kan de inhoud worden aangescherpt door die bestuursrechtelijke context erbij te betrekken; zo kan ook door een *bottom-up* benadering, vanuit de eisen van bestuursrechtspraak omhoog, een beginsel van effectieve rechtsbescherming worden gedefinieerd.<sup>216</sup>

– *Bestuursrechter*

De algemene beginselen van rechtspraak schrijven niet voor *wie* de rechter zou moeten zijn: vereist het beginsel van effectieve rechtsbescherming een bestuursrech-

---

213 Zie EHRM 28 juni 2005, Zednik; EHRM 24 mei 2006, Liakpoulou; EHRM 11 januari 2001, Platakou.

214 Zie EHRM 16 december 1992, De Geouffre de la Pradelle.

215 Zie EHRM 23 juni 1981, Le Compte, en over deze full jurisdiction ook Barkhuysen e.a. 2007.

216 Anders dan bij het EG-rechtelijk beginsel waar eerst de inhoud van het beginsel kan worden vastgesteld waaruit de eisen voortvloeien, sta ik bij het Nederlandse beginsel een gemengde benadering voor: *top-down* (vanuit de rechtsstatelijke beginselen, via de beginselen van rechtspraak naar de inrichting van bestuursrechtspraak) en *bottom-up* (vanuit de inrichtingseisen naar een beginsel).



ter?<sup>217</sup> Voor bestuursrechtspraak zijn goede argumenten die zowel principieel als praktisch van aard zijn.<sup>218</sup> Het belangrijkste argument voor bestuursrechtspraak is het wezenlijk andere karakter van de relatie tussen de overheid en de burger in vergelijking met relaties tussen burgers onderling. Deze verticale relatie kenmerkt zich door een machtsrelatie: het is de overheid die eenzijdig de rechtspositie van de burger vaststelt en de burger heeft geen (althans, geen reële) keuze om zich aan dit verband tussen staat en burger te onttrekken.<sup>219</sup> De rechtsstaat biedt bescherming van burger tegen overheid.<sup>220</sup> Daardoor betreft hetgeen aan de rechter voorligt – in het Nederlandse systeem het besluit, een uitgangspunt dat het gemak dient omdat daarmee al vastgesteld is waar het conflict over gaat – een wezenlijk andere relatie dan wat getoetst wordt in het privaatrecht.<sup>221</sup>

– *Stelsels en kenmerken van bestuursrechtelijke rechtspraak*

Aan de hand van de twee belangrijke functies van bestuursrechtspraak kunnen in een ideaaltypische wereld twee stelsels van bestuursrechtspraak worden onderscheiden. De eerste functie is handhaving van het objectieve recht. Dit leidt tot een stelsel dat primair volgens het *recours objectif* is ingericht en waarbij een ruime toegang tot de rechter gecombineerd wordt met een toetsing van het besluit aan het objectieve recht, ook los van wat de eiser heeft aangevoerd. De tweede functie is de bescherming van subjectieve rechten van justitiabelen, wat leidt tot een stelsel met als primair uitgangspunt het *recours subjectif*. Daarbij worden eisen gesteld aan de eiser en diens procesvoering, nu het immers gaat om de bescherming van zijn belangen, maar tegelijkertijd hoeft bescherming niet beperkt te zijn tot toetsing van besluiten.<sup>222</sup> Verdedigingsrechten worden in deze context belangrijker.

De ideaaltypen zijn in het Nederlandse stelsel gemengd,<sup>223</sup> en er is consensus over een feitelijk waar te nemen ontwikkeling naar een meer subjectief stelsel.<sup>224</sup> Die ontwikkeling wordt niet door iedereen met gejuich ontvangen, maar leidt in ieder geval tot verandering van de eisen van het bestuursprocesrecht en wellicht ook van

---

217 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 31 stelt dat bestuursrechtspraak strekt tot effectuering van het grondbeginsel van de rechtsstaat, maar dat is geen per se reden om een aparte bestuursrechter te creëren.

218 Zie de argumenten van Thorbecke (weergegeven in: Damen e.a. 2002, p. 33; Stroink 1993, p. 57). Zie verder Peeters 2006; en over de historie ook Schreuder-Vlasblom 1987; Van der Hoeven 1989 a.

219 Zie Herziening rechterlijke organisatie, Kamerstukken II 2003-2004, 25425, nr. 7; Damen 2005, p. 19-20.

220 Het gaat principieel om een *juridisch* verschil in macht, vgl. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 5, hoewel er ook vaak een *feitelijk* verschil in macht bestaat, zie bijv. Duk 1996.

221 Vgl. bijv. Bestuursrecht II, p. 45.

222 Zie o.a. Schlössels 2006; Verheij 2006; VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004; Van der Hoeven 1989 a; Schreuder-Vlasblom 1987; Schreuder-Vlasblom 2008, p. 30-44. Zoals opgemerkt in de literatuur staan deze functies soms haaks op elkaar, maar 'de tegenstelling is niet steeds scherp te construeren', aldus Zijlstra 2003 b, p. 270; idem Stroink 2006, p. 11.

223 Zie Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3 p. 35; VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 44; Allewijn 1998; Schreuder-Vlasblom 2008, p. 33-34. Ook in het EG-recht zijn beide functies terug te vinden: zie Widdershoven 1996, p. 192; Widdershoven 2006 a; Schwarze 2000 b, p. 450.

224 Zie bijv. Verhey & Verheij 2005; VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004.

de achterliggende beginselen.<sup>225</sup> Daarover wordt volop gediscussieerd.<sup>226</sup> Wel bestaat overeenstemming over de feitelijke systeemkenmerken van het Nederlandse stelsel van bestuursrecht. Het betreft de volgende kenmerken van het huidige *stelsel van bestuursrechtspraak*:<sup>227</sup> beroep bij de bestuursrechter kan in beginsel alleen worden ingesteld tegen een besluit; beroep kan in beginsel alleen worden ingesteld door een belanghebbende; de rechtbank is de algemene bestuursrechter van eerste aanleg; beroep kan pas na het volgen van een bestuurlijke voorprocedure; tegen de uitspraak van de rechtbank is hoger beroep mogelijk; en als de bestuursrechter niet bevoegd is, is de burgerlijke rechter bevoegd.

Het bestuursprocesrecht kent specifieke kenmerken die het gevolg zijn van de relatie tussen burger en overheid. Voor het Nederlandse stelsel worden als *kenmerken van bestuursprocesrecht* wel de volgende genoemd:<sup>228</sup> de rechtmatigheidstoetsing ex tunc van een besluit; een vermoeden van rechtmatigheid; korte beroepstermijnen; de idee dat de rechter dominus litis is (een actieve rechter); de mogelijkheid tot ongelijkheidscompensatie; een vrije bewijsleer; algemene procesmondigheid van partijen; en het uniteitsbeginsel.

Maar kritiek op deze kenmerken is mogelijk; de inrichtings- en kwaliteitseisen die door de samenleving aan bestuursrechtspraak worden gesteld, veranderen. Als *knelpunten* worden bijvoorbeeld de te beperkte bevoegdheid van de bestuursrechter genoemd; het probleem dat procedures zich (kunnen) opstapelen; dat procedures te lang duren; dat de bestuursrechter onvoldoende uitspraakmogelijkheden kent; dat er een formalisering is te zien; en dat de behandeling en de uitspraak niet gericht zijn op een definitieve beslechting van het geschil. Op het uitgangspunt van een vermoeden van rechtmatigheid is eveneens kritiek mogelijk, zeker vanuit het gezichtspunt van het zoeken naar de materiële waarheid.<sup>229</sup> Ook voor het punitief bestuursrecht is dit een problematisch kenmerk.<sup>230</sup> Ten slotte wordt betoogd dat het stelsel ondoorzichtig is en sprake is van een gebrek aan rechtseenheid.

### 3.3 Inhoud en eisen

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is een procedureel beginsel. Primair is het een formeel beginsel, hoewel een materiële inhoud in een koppeling aan een materiële invulling van de rechtsstaat wel denkbaar is. Het kent een positief geformuleerde inhoud, in de zin van na te streven vereisten, en is gerelateerd aan de rechtsstatelijke beginselen van toegang tot de rechter, rechtszekerheid en het decisiebeginsel. Finaliteit en tijdigheid zijn belangrijke componenten, maar zijn niet de enige

---

225 Kritisch is bijv. Zijlstra 2003 b, p. 279.

226 Zie o.a. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004; Allewijn 1998; Brenninkmeijer 2001; Boukema 2001; Damen 2006; Donner 2003; Ettekoven e.a. 2001; J.E.M. Polak 2000; J.E.M. Polak e.a. 2002; J.E.M. Polak 2003; J.M. Polak 2003; Konijnebelt 2003; Marseille 2000; Marseille 2004; Pront-Van Bommel 2003; Scheltema 2006; Schreuder-Vlasblom 2004; Schueler 2003; Verheij 1999; Verheij 2006; Zijlstra 2003 a.

227 Deze opsomming is van de VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004.

228 Zie bijv. Van Wijk e.a. 2008, p. 570-578; Damen e.a. 2002, p. 26.

229 Zie bijv. Simon 1999, p. 31.

230 Zie Tak 2005, p. 576.

eisen die het beginsel omvat. Over die veranderde eisen komt een vrij grote mate van overeenstemming naar voren. Deze zou men als volgt kunnen benoemen:

- effectieve rechtspraak, waaronder in ieder geval wordt verstaan dat er een actieve en betrokken rechter is (wat eisen stelt aan de persoon van de rechter, zie hierna par. 3.4); dat de uitspraak tijdig wordt gedaan; dat de uitspraak zoveel mogelijk voldoet aan het finaliteitsbeginsel en materiële geschilbeslechting, en dat er verschillende uitspraakmogelijkheden zijn;
- efficiënte rechtspraak, waaronder opnieuw tijdigheid wordt verstaan, maar ook het niet opstapelen van procedures;
- toegankelijke rechtspraak, waaronder wordt begrepen een heldere structuur van de rechtsgang, inclusief hoger beroep, en voldoende ingangen tot de bestuursrechter;
- een voldoende niveau van rechtsbescherming, bestaande uit een voldoende intensieve toets, een gemotiveerde uitspraak van voldoende kwaliteit, waarborging van de rechtszekerheid, rechtsontwikkeling en rechtseenheid in groter verband;
- minder vaak genoemd, maar voortvloeiend uit het verdedigingsbeginsel, als beginsel van rechtspraak (zie par. 3.2.1) en de subjectiveringstendens in het bestuursprocesrecht is het belang van het waarborgen van de rechten van verdediging van een rechtssubject tegenover het bestuursorgaan; als niet het vinden van objectief recht centraal staat, wint de ‘fairness’ van de procedure, ook bij het bestuursorgaan, aan belang.

Deze eisen kunnen onder de noemer ‘effectieve rechtsbescherming’ goed worden gevangen. Het beginsel krijgt daarmee ook een vanuit de bestuursrechtelijke context voortvloeiende inhoud (*bottom-up*). Het Nederlandse beginsel van effectieve rechtsbescherming betekent in een bestuursrechtelijke context derhalve het volgende: Voldoende toegang tot de rechter, die tijdig een gemotiveerde uitspraak doet, en voor wie materiële geschilbeslechting (finaliteit) voorop staat, die daartoe de uitspraakmogelijkheden heeft (inclusief voorlopige maatregelen), en die bovendien in staat is tot een voldoende intensieve, materiële, en procedurele (rechten van verdediging omvattende) toets van wat aan hem wordt voorgelegd.

### **3.4 Kanttekeningen bij het nationale beginsel**

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is in een Nederlandse context derhalve benaderbaar van bovenaf, geredeneerd vanuit de rechtsstatelijke beginselen naar het deel uitmaken van de beginselen van rechtspraak, en van beneden-naar-boven, vanuit de gewijzigde eisen die worden gesteld aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Het aldus gedefinieerde beginsel levert enkele zeer diverse vragen op omtrent de gelding en de werking daarvan.

Ten eerste een theoretisch punt. Het hier omschreven beginsel van effectieve rechtsbescherming maakt geen deel uit van het nationale gepositieveerde recht. In een rechtspositivistische visie is het daarmee geen onderdeel van het recht. Dat zou de vraag kunnen oproepen of een analyse van jurisprudentie (in de volgende hoofdstukken) dan getoetst kan worden aan een dergelijk buitenrechtelijk beginsel; die vraag

is echter alleen problematisch in een strikt rechtspositivistische visie, waarmee men het in algemene zin oneens kan zijn (zie par. 2.1.1). Ook binnen een rechtspositivistische visie is het goed mogelijk rechtspraak te toetsen aan buitenrechtelijke graadmeters. Daarnaast geldt dat onderdelen van het beginsel onderdeel uitmaken van het in Nederland gepositieveerde recht; het is bovendien nu juist mijn stelling dat het beginsel onderdeel zou moeten uitmaken van het (gepositieveerde) recht, en dat derhalve juridische consequenties verbonden zouden moeten worden aan handelen in strijd met dit rechtsbeginsel.

Ten tweede dient over de werking van het Nederlandse beginsel van effectieve rechtsbescherming te worden opgemerkt dat deze niet beperkt is tot aan het nationale recht ontleende rechten: ook aan het EG-recht ontleende rechten maken deel uit van rechten die door de (positieve) verplichtingen van dit beginsel worden geraakt. In deze zin is de werking van het nationale beginsel ruimer dan de werking van het EG-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming.

Ten derde is duidelijk dat, anders dan bij het EG-beginsel, de inhoud weliswaar positief is omschreven, maar desalniettemin ook slechts vaag is omljnd. Wat ‘voldoende’ is in bovengenoemde omschrijving is afhankelijk van het voorliggende geval. Dat lijkt een doodoener (en is het soms ook), maar gaat hier toch op. Een meer precieze aanduiding is niet goed mogelijk zonder specifieke casus, met name omdat de onderdelen elkaar kunnen bijten. In de huidige discussie lijkt soms de nadruk te liggen op ‘effectiviteit’, in de zin van finaliteit en tijdigheid. Maar effectiviteit en rechtsbescherming kunnen onderling strijdig zijn.<sup>231</sup> In dat geval is van belang dat rechtsbescherming, in de zin van toegang tot een rechter, een *rechtsstatelijk* beginsel is. Dat betekent dat bij onderlinge spanning rechtsbescherming voor gaat. Dat spanning kan ontstaan, is echter duidelijk (zie ook par. 4.3).

Dit hangt samen met de opmerking, ten vierde, dat de normatieve waarde van in nationale literatuur als sterk levende wens naar voren gebrachte eisen van bijvoorbeeld finaliteit en materiële geschilbeslechting natuurlijk minder kracht hebben dan eisen die voortvloeien uit het EVRM- of het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat gezegd hebbende neem ik voor de navolgende analyse als evaluatief uitgangspunt de eisen die uit het samengestelde beginsel kunnen worden afgeleid (zie hierna); waarbij deze opmerking vooral aan belang wint wanneer oplossingen kunnen leiden tot spanning tussen de verschillende eisen. Dat komt in hoofdstuk 9 terug.

Ten vijfde geldt dat effectieve rechtsbescherming eisen stelt aan de inrichting van het stelsel, maar ook aan de persoon van de rechter, van wie een actieve en betrokken rol wordt verwacht. Daarmee wordt niet alleen bedoeld dat in een zaak ten gronde liefst dezelfde rechter van begin tot het einde betrokken blijft, maar ook dat een

---

231 En niet alleen dat: ‘vervolgens moet er voor worden gewaarschuwd het element effectiviteit niet te verabsoluteren. Het zal vaak nodig zijn het belang van effectiviteit af te wegen tegen andere belangen, zoals evenwichtige bevoegdheidsverdeling, zorgvuldige voorbereiding, “transparantie” van de bestuursrechtspraak en dergelijke’, stelt Boukema 2001.

actieve houding in het vooronderzoek en ter zitting wordt verwacht: de rechter leunt niet passief achterover, maar gaat actief op zoek naar de kern van wat partijen verdeeld houdt, en probeert *dat* probleem te beslechten. De actieve en betrokken rechter is een vereiste om aan het finaliteitsbeginsel in materiële zin te kunnen voldoen (maar, terzijde, actieve participatie van partijen eveneens).<sup>232</sup> Dat zijn kennis en expertise daartoe voldoende moet zijn, staat buiten kijf.<sup>233</sup> De persoon van de rechter blijft in de navolgende analyse van jurisprudentie in eerste instantie buiten beschouwing, omdat in de nationale jurisprudentie de persoonlijkheid van een rechter niet rechtsteeks blijkt uit diens uitspraken. Daaruit kunnen echter wel indirect conclusies worden afgeleid omtrent kennis en expertise. Dat neemt niet weg dat de persoon van de rechter zeer relevant is: het stelsel kan nog zo zijn ingericht dat alles wijst in de richting van effectieve rechtsbescherming, maar de persoonlijkheid van de rechter kan daaraan in de weg staan. Voor het mededingingsrecht is de persoon van de rechter wellicht des te relevanter, omdat de groep bestuursrechtelijke mededingingsrechters zeer klein is.<sup>234</sup>

Ten zesde is hiervoor al even aan de orde gekomen dat ook efficiëntie – in de zin van het tegengaan van verspilling – als onderdeel van een effectiviteitsbeginsel zou kunnen worden gezien. Efficiëntie en rechtseconomische argumenten blijven in het navolgende echter grotendeels buiten beschouwing.

#### 4 RECAPITULATIE, SAMENVOEGING EN INHERENTE SPANNING

In deze paragraaf worden de eisen van effectieve rechtsbescherming samengevoegd (par. 4.2), nadat de uiteenzetting over deze beginselen kort wordt gerecapituleerd (par. 4.1), en wordt stilgestaan bij de inherente onderlinge spanning tussen de verschillende eisen (par. 4.3).

##### 4.1 Recapitulatie

De basis van zowel het EG-rechtelijke beginsel als het nationale beginsel van effectieve rechtsbescherming is gelegen in de rechtsstaat. In Nederlandse literatuur wordt ervan uitgegaan dat de Europeanisering (en overigens ook de globalisering) van de maatschappij en het recht geen afbreuk doet aan de idee van de rechtsstaat op nationaal niveau. Iedere overheid is aan die beginselen gebonden, dus ook de communautaire.<sup>235</sup> Andersom geldt dat er op Europees niveau van uit wordt gegaan dat de nationale rechtsstelsels zijn ingericht volgens de eisen van de rechtsstaat, wat reden is om procedurele autonomie aan die nationale rechtsstelsels te kunnen overlaten (zie par. 2.2). De eisen van effectieve rechtsbescherming die voortvloeien

---

232 Vgl. Stroink 2006, p. 13.

233 Vgl. voor de bestuursorganisatie De Ridder 2005, p. 126-127.

234 De groep mededingingsrechters bij de rechtbank in Rotterdam is wisselend, maar telt rond de tien vaste personen. Bij het CBb worden mededingingsrechtelijke zaken beslecht door een sectie (die ook andere zaken behandelt), bestaande uit acht rechters en acht auditeurs, zie ook hoofdstuk 9, par. 7.

235 Zijlstra & Van Ommeren 2003, p. 315; vgl. Von Bogdandy 2006, p. 10.

uit de jurisprudentie van het Hof dienen vanuit nationaal perspectief te worden bekeken in het licht van de beginselen van de nationale rechtsstaat, en andersom.

Het EG-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming betekent het volgende: De aan het EG-recht ontleende en op dat niveau qua inhoud vastgestelde rechten moeten daadwerkelijk kunnen worden ingeroepen voor een nationale rechter en door hem daadwerkelijk kunnen worden beschermd in een nationale procedurele omgeving, waaraan in ieder geval de eisen van equivalentie en doeltreffendheid worden gesteld, maar die in bepaalde gevallen geheel buiten toepassing moet worden gelaten en waarbij onder omstandigheden moet worden overgegaan tot het creëren van een nog niet bestaande remedie (en dat alles onder supervisie van het Hof van Justitie).

Effectieve rechtsbescherming betekent in een Nederlandse context het volgende: Voldoende toegang tot de rechter, die tijdig een gemotiveerde uitspraak doet, en voor wie materiële geschilbeslechting (finaliteit) voorop staat, die daartoe de uitspraakmogelijkheden heeft (inclusief voorlopige maatregelen), en die bovendien tot een voldoende intensieve, materiële, en procedurele (rechten van verdediging omvatende) toets van hetgeen aan hem wordt voorgelegd in staat is.

Zoals genoemd, is er een statusverschil tussen het nationale en het Europese beginsel. Allereerst omdat het EG-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming als beginsel is neergelegd in de jurisprudentie van het Hof, terwijl een dergelijk, of gelijksoortig, beginsel niet op nationaal niveau deel uitmaakt van het positieve recht. Dat neemt niet weg dat in de literatuur over aspecten daarvan lustig wordt gedebatteerd, en een beginsel van effectieve rechtsbescherming ook op nationaal niveau vanuit verschillende benaderingen kan worden afgeleid en omschreven.

Hoewel de status van het EG-beginsel in zekere zin ‘hoger’, of in ieder geval helderder is, blijkt dat eerder uit het nationale beginsel dan uit het EG-rechtelijke beginsel positieve eisen voortvloeien. Het EG-beginsel kan tot positieve actie leiden en tot nieuwe remedies, maar heeft met name negatieve gevolgen, in die zin dat daardoor nationale (procedurele) regels buiten toepassing moeten worden gelaten. Daar komt bij dat de werking van het EG-rechtelijke beginsel beperkter is: het geldt slechts voor aan het EG-recht ontleende rechten, en niet voor interne situaties. Het beginsel kan leiden tot spill-over-effecten en zo ook invloed uitoefenen op die interne situaties, maar dat is een keuze die op nationaal niveau wordt gemaakt.

Zoals uit dit hoofdstuk blijkt is het EVRM zowel via het EG-recht en het EG-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming, als via het nationale beginsel van effectieve rechtsbescherming van invloed. Hier zij herhaald dat de eisen van het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming en de eisen die het Hof van Justitie afleidt uit het EVRM alleen gelden voor de toepassing van EG-rechten. Wanneer bij de decentrale toepassing daarvan aan de lidstaat geen discretionaire bevoegdheid toekomt, gelden op grond van de Bosphorus-uitspraak van het EHRM, de eisen van het EVRM niet (meer) rechtstreeks, maar geldt de uitleg die het Hof van Justitie

daaraan geeft.<sup>236</sup> Bij de toepassing van artikel 81 en 82 EG zou men kunnen stellen dat van dergelijke discretionaire ruimte geen sprake is. Dat neemt niet weg dat in sommige gevallen het Hof (nog) geen interpretatie van het EVRM heeft gegeven. In dat geval gelden de eisen van het EVRM wel weer rechtstreeks. Bovendien gelden deze eisen wanneer wel sprake is van *discretionaire ruimte* bij decentrale toepassing van EG-recht, in dit geval door de NMa. Dat zou het geval kunnen zijn bij het prioriteringsbeleid (zie hoofdstuk 8), of bij de bepaling van de hoogte van de sanctie: deze wordt *niet* volledig voorgeschreven door EG-recht. Bij toepassing van nationaal recht, in casu vooral de Mededingingswet, gelden de eisen van het EVRM weer wel rechtstreeks. Zoals hiervoor genoemd ten aanzien van spill-over-effecten van het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming naar een nationale context, geldt dat hier andersom het EVRM in voorkomende gevallen de weg wijst (tenzij het Hof verdergaande eisen zou stellen), ook bij de vrijwel nooit los van de Mededingingswet optredende decentrale toepassing van het EG-recht door de NMa. Dit geldt niet alleen vanwege spill-over-effecten van EVRM-toepassing bij Mw-rechten naar EG-rechten, maar ook omdat het EVRM de Europese norm geeft die, naar alle waarschijnlijkheid, ook door het Hof van Justitie zelf zal worden gevolgd.

#### 4.2 Samenvoeging van eisen

Uit de beide beginselen kan een synthese worden gemaakt van de eisen die worden gesteld aan de rechtsbescherming op nationaal niveau. Deze samenbundeling van de eisen van beide beginselen dient, zoals aangegeven, als toetsingskader voor de uitkomsten van de analyse van jurisprudentie (die is neergelegd in de hoofdstukken 5 tot en met 8). Er zijn verschillende redenen om de beginselen *gezamenlijk* als toetsingskader te gebruiken. In het mededingingsrecht worden de materiële normen van beide niveau's toegepast, zodat wanneer de EG-bepalingen (mede) van toepassing zijn, het EG-beginsel geldt, maar wanneer alleen de Mededingingswet wordt toegepast, in ieder geval de eisen van het Nederlandse beginsel gelden. Het EG-beginsel gaat bovendien primair uit van de nationale procedurele context, waarvan minimaal wordt verwacht dat zij aan rechtsstatelijke eisen voldoet. Voor dit proefschrift is daarnaast de toepassing van het Europese en nationale materiële mededingingsrecht in een nationale context de primaire focus van onderzoek. Zodoende biedt het toetsingskader, bestaande uit alleen de eisen van het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming, niet steeds een voldoende kader: in veel van de geanalyseerde uitspraken is het materiële EG-recht immers niet aan de orde en daardoor de randvoorwaarden van het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming evenmin, althans niet rechtstreeks en verplicht op grond van het EG-recht zelf. Bovendien is, ten slotte, zoals hiervoor uiteengezet, het EVRM voor beide niveau's een belangrijke graadmeter waaruit randvoorwaarden voortvloeien.

Uit het samengevoegde beginsel kunnen aldus de volgende eisen worden afgeleid. *Overkoepelende eisen* zijn de algemene eisen die rechtstreeks voortvloeien uit beginselen van de rechtsstaat. Daarvan is *rechtszekerheid* voor dit proefschrift direct van belang. Rechtszekerheid en effectieve rechtsbescherming zijn beide onderdeel

---

236 EHRM 30 juni 2005, Bosphorus. Zie ook hoofdstuk 1, par. 5.4.

van de rechtsstatelijke beginselen, maar rechtszekerheid gaat aan effectieve rechtsbescherming ook vooraf, in die zin dat als niet duidelijk is wat het recht is en ook niet duidelijk is dat er op vertrouwd kan worden dat *dit* het recht is (en blijft), er geen sprake kan zijn van effectieve rechtsbescherming. Rechtszekerheid hangt ook samen met *coherentie* van rechtsregels, in die zin dat regels elkaar niet onderling tegenspreken, maar in elkaars verlengde liggen (zie ook hoofdstuk 4, par. 4). Rechtszekerheid bergt derhalve elementen van duidelijkheid, onaantastbaarheid en vertrouwen in zich,<sup>237</sup> maar ook dat het recht realiseerbaar is. Die realiseerbaarheid wordt gewaarborgd door de eisen van effectieve rechtsbescherming. Uit het Europese en nationale beginsel van effectieve rechtsbescherming kunnen de volgende eisen worden afgeleid die de realiseerbaarheid van het recht waarborgen. Zij worden voor het gemak onderscheiden in toegangseisen, eisen die gelden tijdens de procedure, en eindeisen.

De toegangseisen omvatten:

- toegang tot de rechter;
- een helder stelsel van rechtsbescherming;
- termijnen voor het instellen van beroep;
- effectiviteit van procedures: de juiste procedure voor het juiste materieel gewenste resultaat;
- de motivering van besluiten.

De eisen die tijdens de procedure gelden, omvatten:

- eisen ten aanzien van de bewijslastverdeling en overige aspecten van bewijs;
- een voldoende intensieve toetsing, die ook de waarborging van de rechten van verdediging garandeert;
- een actieve en betrokken rechter;
- een vlotte procesvoering en efficiënte procedures;
- een rechter die beslist over de kern van het geschil.

Eindeisen betreffen:

- voldoende uitspraakmogelijkheden, voldoende remedies;
- de motivering van uitspraken;
- zo veel mogelijk definitieve en materiële geschilbeslechting (materiële finaliteit);
- een hoge kwaliteit van uitspraken, inclusief aandacht voor coherentie, rechtszekerheid en rechtseenheid.

### 4.3 Inherente spanning

Het toetsingskader dat aldus wordt gecreëerd, zal dienen als beoordelingsmaatstaf van de uitkomsten van de analyse van convergentie bij de mededingingsbestuursrechter. Als daaruit naar voren komt dat aan de eisen niet wordt voldaan, dienen mogelijke oplossingen te voldoen aan de parameters die worden gegeven door de randvoorwaarden van het EG-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming,

---

<sup>237</sup> Zie ook Widdershoven & De Lange 1996, p. 560.



de eisen van het nationale beginsel van effectieve rechtsbescherming en rechtsstatelijke eisen.

– *Rechtsbescherming voor wie*

De eisen, en zeker de belangen die door de eisen worden gediend, kunnen onderling tegenstrijdig zijn. De vraag kan worden gesteld voor wie de oplossing van knelpunten het meest urgent is: wat is effectief, en voor wie is dat effectief? Ervan uitgaande dat effectieve rechtsbescherming niet kan worden ingeroepen ten behoeve van de toezichthouder (tenzij een wederzijdse rechtsbetrekking wordt verondersteld), blijven twee groepen rechtssubjecten over: ondernemingen, als onderwerp van het mededingingsrecht en voorwerp van een procedure, als directbelanghebbende (beoete onderneming, fuserende onderneming, klager) of als derdebelanghebbende (degene tegen wie een klacht is gericht, degene wiens belangen bij een concentratie zijn betrokken), en consumenten (meestal als klager, degene ten wiens behoeve het mededingingsrecht wordt gehandhaafd). Deze groepen zijn over het algemeen verschillend: de financiële en economische slagkracht van ondernemingen is vrijwel steeds groter dan die van een consument. De toegang tot juridische hulp en ondersteuning is voor een onderneming over het algemeen gemakkelijker dan voor een individuele consument. De juridische kennis is daarom bij ondernemingen groter. Analytisch gezien is er ook een verschil: het zijn meestal – maar niet uitsluitend – de rechten van verdediging van een beschuldigde onderneming die dienen worden te beschermd; het zijn met name – maar niet alleen maar – toegangsrechten van de individuele consument die moeten worden gewaarborgd. Dat betekent dat als oplossingen maatoplossingen willen zijn, hiermee rekening moet worden gehouden. Als bijvoorbeeld de conclusie is dat moet worden afgeweken van het algemene bestuursrecht, ten gunste van aansluiting bij het EG-recht, is het de vraag of een afwijking in het belang is van (kort aangeduid) consumenten of ondernemingen.

– *Spanning tussen effectiviteit en rechtsbescherming*

Een tweede spanningspunt is al eerder aangestipt: dat tussen effectiviteit en rechtsbescherming en daarmee samenhangend tussen rechtsbescherming van het individu (onderneming of consument) en op metaniveau, het stelsel van rechtsbescherming. Een verruimde toegang mag niet leiden tot verlenging van procedures. Een intensievere toets kan niet afdoen aan de effectiviteit van handhaving. Een hoge bewijsmaatstaf moet uiteindelijk niet leiden tot het in het geheel niet meer kunnen voldoen aan die bewijsmaatstaf, zodat toevlucht wordt genomen tot informele instrumenten waartegen geen rechtsbescherming bij de rechter open staat.<sup>238</sup>

– *Spanning tussen flexibiliteit en rechtszekerheid*

Ook is er spanning tussen flexibiliteit en rechtszekerheid; het is over het algemeen in het belang van rechtszekerheid en daarmee effectieve rechtsbescherming dat regels duidelijk zijn: déze toegangseisen, déze bewijsmaatstaf en bewijslastverdelingsregels, dít toetsingsmodel. Maar tegelijkertijd is er behoefte aan flexibiliteit: de toegang kan voor dit geval toch beter wel worden verleend; bij de toepassing van deze materiële bepaling geldt een andere bewijsmaatstaf of bewijslastverdeling dan

---

238 Vgl. over deze spanning en de vraag of de tegenstelling echt zo groot is ook Bone 2008, p. 332-334.

bij de andere; bewijsvermoedens spelen hier wel, en daar geen rol; bewijsnood is over het algemeen geen reden om de bewijslast om te draaien, maar wel in dit geval. Het algemene toetsingsmodel mag niet rigide zijn, om aan de individuele zaak recht te kunnen doen. De flexibiliteit verheffen tot maatstaf, zodat de ‘regels’ niet verder hoeven te worden gedefinieerd, lijkt echter ook niet de juiste weg: het zou wel degelijk mogelijk moeten zijn om regels en uitgangspunten te formuleren, zonder dat aan flexibiliteit wordt ingeboet. Dat kan betekenen dat voor elk type te toetsen mededingingsrechtelijke beslissing eigen regels ontstaan; zolang de overkoepelende samenhang niet wordt verloren, hoeft dat geen probleem te zijn.

– *Spanning tussen nationaal en Europees niveau*

De mogelijkheid van spanning tussen het nationale niveau en het Europese niveau mag niet onvermeld blijven. Het kan zijn dat convergentie met het EG-recht de oplossing biedt voor een knelpunt. Dat kan betekenen dat op nationaal niveau sprake is van interne divergentie, in de zin dat afgeweken wordt van het algemeen geldende bestuursrecht. Ook kunnen oplossingen verder gaan dan wat convergentie met het EG-recht biedt. In dat geval is niet alleen sprake van divergentie op nationaal terrein (als de oplossing beperkt blijft tot het mededingingsprocesrecht), maar ook met het EG-niveau. De vraag is of deze afwijking, ten koste van een zekere rechtseenheid op nationaal niveau, zo problematisch is dat zij niet opweegt tegen bijvoorbeeld verhoogde rechtsbescherming. Niet alleen kan het antwoord op deze vraag afhangen van het individuele standpunt van de betrokkene, ook kan het afhangen van de vraag welke coherentie wordt nagestreefd: liggen de grenzen waarbinnen het rechtssysteem coherent dient te zijn bij de landsgrenzen, of moeten zij worden gezocht in het materiële recht? Is tijdelijke afwijking, om op termijn te komen tot een nieuw coherent systeem, te tolereren boven vasthouden en stilstaan?

– *Pragmatisme en context*

Oplossingen dienen in de context van het nationale mededingingsbestuurs(proces)recht te passen. Het grotere geheel is ook relevant, maar *haalbare* oplossingen dienen vooral rekening te houden met deze context. Die context betreft enerzijds de wetgeving. Zoals eerder genoemd, is bijvoorbeeld de materiële wettelijke convergentie hier als niet ter discussie staand uitgangspunt genomen. Ook geldt dat de Awb van toepassing is op de rechterlijke procedures. Dat wil niet zeggen dat de onveranderlijkheid van de Awb vaststaat – dat staat zij duidelijk ook in de praktijk niet – maar dat oplossingen die liggen in de wijziging van de Awb een ander type oplossing betreft dan oplossingen die de rechter, binnen het kader van de geldende Awb, reeds nu kan hanteren. Een ander onderdeel van de context betreft de vormgeving van de rechterlijke macht, en met name de organisatie van het rechterlijke apparaat bij de rechtbank Rotterdam en het CBb.

## 5 SAMENHANG EN VERVOLG

De geformuleerde eisen fungeren als toetsingskader voor de uitkomsten van de analyse van jurisprudentie van de mededingingsrechtelijke bestuursrechters in het licht van convergentie (in hoofdstuk 9). Is de uit de jurisprudentie al dan niet af te leiden convergentie tussen het nationale en Europese mededingings(proces)recht een

goede ontwikkeling in het licht van deze eisen? Niet alle eisen zullen in dit proefschrift evenveel aandacht krijgen. Gekozen is voor analyse van de uitspraken op een aantal onderwerpen (zie hoofdstuk 1, par. 3). Noodzakelijkerwijs komen daardoor eisen over de toegang tot de rechter, de intensiteit van de toetsing en de bewijsvoering meer aan de orde dan bijvoorbeeld meer ‘technische’ onderwerpen als termijnstelling en vlotte procesvoering.

Tussen de drie te onderzoeken procedurele onderwerpen (toegang, toetsing, bewijs) en effectieve rechtsbescherming bestaat een rechtstreekse relatie. Zo is *toegang* tot de rechter het uitgangspunt voor individuele rechtsbescherming: zonder toegang is er geen rechtsbescherming door de rechter. Toegang wordt over het algemeen in abstracto bezien, dat wil zeggen los van het materiële recht dat wordt ingeroepen. Het is echter ook verdedigbaar dat in het licht van effectieve rechtsbescherming de toegang voor een bepaald rechtsgebied anders moet zijn dan elders het geval zou kunnen zijn.

*Bewijsrecht* is van de drie onderzochte procedurele onderwerpen het meest verbonden met het materiële recht. De relatie met het aan effectieve rechtsbescherming voorafgaande rechtsstatelijke vereiste van rechtszekerheid is helder; regels van bewijs maken duidelijk hoe het materiële recht gerealiseerd dient te worden. Het is van belang dat bewijsrechtelijke regels gelden die duidelijk zijn, omdat daardoor de rechtzoekende en de toezichthouder weten waar zij aan toe zijn. In die zin is duidelijkheid van bewijsrecht een voorwaarde voor rechtszekerheid en rechtsbescherming. Duidelijkheid draagt ook bij aan de effectiviteit van rechtsbescherming, omdat duidelijke regels van bewijslastverdeling een geschil kunnen stroomlijnen. Regels van bewijslastverdeling, de werking van bewijsvermoedens en de aan te leggen bewijsmaatstaf, dragen hiertoe bij. Bewijsregels kunnen ook werken ten nadele van de burger, hetgeen geldt voor zowel ondernemingen als consumenten: het geheel aan bewijsregels mag rechtsbescherming voor de burger niet onmogelijk maken. Als de bewijsregels zo zijn vormgegeven dat het voor een rechtzoekende vrijwel onmogelijk is zijn gelijk te tonen – omdat de bewijsmaatstaf hoog is of omdat de bewijslast op hem rust terwijl hij daar vanwege bewijsnood niet aan kan voldoen – dan komt de rechtsbescherming in gevaar. Anderzijds dient het ook voor de toezichthouder mogelijk te zijn een zaak te bewijzen: als de bewijslastverdeling of de bewijsmaatstaf voor de toezichthouder dusdanig zwaar of hoog is dat hij een zaak nooit ‘rond’ kan krijgen, is effectieve handhaving en effectieve rechtsbescherming in het geding.<sup>239</sup> Dat is op metaniveau evenmin aanvaardbaar. Ten slotte hangt een regeling van onrechtmatig verkregen bewijs samen met de waarborgfunctie van effectieve rechtsbescherming door bescherming van de rechten van verdediging.

Het verband tussen *toetsing* en effectieve rechtsbescherming is eveneens duidelijk. Zonder toetsing door de rechter kan geen sprake zijn van rechtsstatelijke rechtsbescherming. Bij een tekortschietende toetsing is zij niet effectief. De toetsing voldoet

---

239 Er kunnen ook andere dan bewijsrechtelijke redenen zijn waarom een toezichthouder een norm niet kan handhaven; sommige materiële normen zijn moeilijk algemeen te handhaven, zoals bijvoorbeeld het rookverbod voor horeca in de afrondingsfase van dit proefschrift laat zien.

aan vereisten van effectieve rechtsbescherming als de rechter hetgeen de rechtzoekende naar voren brengt, ook daadwerkelijk kan onderzoeken. Dat betekent in het mededingingsrecht dat de rechter over de juiste expertise dient te beschikken – zelf of van buiten aangetrokken – en de toetsing van voldoende intensiteit dient te zijn. De toetsing voldoet bovendien aan eisen van effectiviteit als zij zich op het juiste onderdeel van het geschil richt, materieel als het geschilpunt materieelrechtelijk is, procedureel als dat het geschilpunt betreft, en daarbij niet verzandt in details, aangezien tijdigheid eveneens een element is van effectieve rechtsbescherming. Tegelijkertijd dient de rechter bij de toetsing de rechten van verdediging te waarborgen, niet alleen als intrinsiek onderdeel van de rechterlijke procedure, die aan de algemene eis van *fairness* moet voldoen, maar ook ter waarborging van de rechten van de burger (ondernemingen en consument) ten opzichte van de toezichthouder. Op deze wijze beschermt de rechter ook de rechtsstatelijke waarden van vrijheid, en de burger tegen niet-gelegitimeerd ingrijpen door de overheid.

### 3 Convergentie

#### 1 INLEIDING

De analyse van mededingingsrechtelijke uitspraken in de hoofdstukken hierna is gericht op de vraag of sprake is van convergentie tussen het EG-recht en het nationale recht, met name in de zin van invloed van het EG-recht op het nationale recht. Het onderzoek naar convergentie heeft zowel betrekking op materieel mededingingsrecht als op bestuursprocesrecht. Voordat dit onderzoek kan worden verricht, dient een theoretisch kader te worden gegeven waaraan de uitkomsten van de analyse kunnen worden gerelateerd. Dit hoofdstuk verschaft die theoretische basis. Daartoe ga ik eerst in op het algemene begrip convergentie (par. 2). Vervolgens geef ik een kort overzicht van in de Mededingingswet voorkomende gradaties van convergentie (par. 3). Daarna volgt een typologie van mogelijke convergentievormen bij de mededingingsrechtelijke bestuursrechter, zowel materieelrechtelijk als procesrechtelijk (par. 4). Convergentie is nauw verbonden met de normatief beladen discussie over de vraag of er sprake is van convergentie in het Europeesrechtelijke bestuursrecht, en of Europese harmonisatie van bestuursprocesrecht een logisch en gewenst vervolg is op die (veronderstelde) feitelijke convergentie. In paragraaf 5 ga ik op deze discussie in. Het hoofdstuk sluit af met een conclusie (par. 6).

Dit hoofdstuk is, anders dan hoofdstuk 2, waarin het toetsingskader voor de uitkomsten van de analyse is geformuleerd, niet expliciet normatief van aard, al zal in paragraaf 5 duidelijk worden dat de feitelijke vraag of sprake is van algemene convergentie in het bestuursprocesrecht vaak samengaat met de vraag of een dergelijke convergentie wenselijk is. Deze discussie komt terug in hoofdstuk 9. Dit hoofdstuk is echter op de eerste plaats gericht op het kunnen begrijpen en vervolgens rubriceren van de (feitelijke) convergentievormen in de mededingingsrechtelijke rechtspraak, zodat daarop kan worden teruggegrepen in de hoofdstukken betreffende de analyse van uitspraken (hoofdstuk 5 tot en met 8). Op de tweede plaats geef ik de samenhang tussen convergentie en het ontstaan van een Europees bestuursrechtelijk *ius commune* weer: het hoofdstuk bevat een inventarisatie van standpunten ten aanzien van de vraag of een dergelijk *ius commune* feitelijk ontstaat, dan wel zou dienen te worden gevormd. Deze discussie is van belang voor de context van de convergentie in het mededingingsbestuursprocesrecht; de premisse van de totstandkoming van een bestuursrechtelijk *ius commune* is nu juist dat materiële convergentie daartoe leidt (vergelijk hoofdstuk 1, par. 3). De uitkomsten van de analyse van de jurisprudentie van de mededingingsbestuursrechter zullen deze premisse al dan niet ondersteunen. Daarop kom ik in hoofdstuk 9 terug.

Om convergentie te onderzoeken, dient eerst worden bepaald wat daaronder wordt verstaan. Hierna geef ik een definitie (par. 2.1) en ga ik in op verschillende soorten (par. 2.2), vormen (par. 2.3) en processen (par. 2.4) van convergentie.

## 2.1 Definitie

Onder *convergentie* wordt in algemene juridische zin verstaan het naar elkaar toe bewegen van (onderdelen van) rechtsstelsels.<sup>1</sup> Dit is ook hoe ik het begrip convergentie in dit proefschrift gebruik. In deze ruime zin van het woord vallen Europese harmonisatiemaatregelen onder het convergentiebegrip, maar ook het spontaan naar elkaar toegroeien van Europeesrechtelijke handhavingspraktijk bij toezichthouders, en de beïnvloeding door ‘soft law’.<sup>2</sup> De tegenhanger van convergentie is *divergentie*, het uiteengroeien of niet naar elkaar toegroeien van (onderdelen van) rechtssystemen.

In het navolgende beperk ik mij hoofdzakelijk tot Europeesrechtelijke convergentie en de mogelijke ontwikkeling van een administratiefrechtelijk Europees *ius commune* als gevolg daarvan. Het begrip ‘*ius commune*’ verwijst daarbij naar het Romeins-canonieke recht dat voor de ‘hele geciviliseerde wereld’ van het Europa van 1100-1800 gold; een Europees gemeen recht, dat pas later werd vervangen door nationale systemen.<sup>3</sup> In de benadering van convergentie die met de *ius commune-attitude* kan worden aangeduid, is ‘a movement towards a new *ius commune*, toward a new common law of mankind, freed of [...] the excesses of nation-worship’, wenselijk.<sup>4</sup> De *ius commune-attitude* is niet de enige benadering van convergentie. Voor dit proefschrift is ook de visie op convergentie van belang, waarbij convergentie wordt gezien als gevolg van (economische) integratie.<sup>5</sup> Deze visie staat in veel Europeesrechtelijke literatuur voorop,<sup>6</sup> maar een samenvoeging van de perspectieven van de *ius commune*-these en de integrationistische visie komt eveneens vaak voor. De ontwikkeling van een *ius commune* is daarin een noodzakelijk gevolg van, maar ook een voorwaarde en instrument voor, integratie. Dit zou de *integrationistische ius commune-attitude* genoemd kunnen worden (zie ook par. 5.2), en heeft duidelijke parallellen met de integration-through-law-benadering van het algemene EG-recht (zie hoofdstuk 2, par. 2.1.2).

1 Merryman 1981, p. 358 stelt dat sprake is van een mini-Babel: ‘one encounters such terms as unification, harmonization, approximation, *rapprochement*, *Angleichung*, *Annäherung*, *Anpassung*, *avvicinamento* of laws’ (cursief in origineel). De term ‘convergentie’ komt vooral uit de rechtsvergelijking, zie Reitz 2002, p. 193; Mistelis 2000, p. 1309. Verder ook wel ‘Europeanization’ genoemd (vgl. Hilson 2003), hoewel Europeanisatie mijns inziens beter als onderdeel van het algemene begrip convergentie kan worden gebruikt (zie par. 2.2).

2 Zie ook Curtin 2006, p. 25.

3 Zie Coing 1978; vgl. Prechal 2008, p. 413. Het Romeins *ius commune* gold echter niet onverkort, maar in aanvulling op de lokale regels van het *ius proprium*, zie Van den Bergh 1992, p. 597; Prechal 2008, p. 413.

4 Merryman 1981, p. 359-360.

5 Zie Merryman 1981, p. 359-365 voor verschillende benaderingen van *ius commune*.

6 Zie bijv. Koopmans 1992, p. 50; De Groot 1992, p. 17.

## 2.2 Soorten convergentie

Een eerste onderscheid in soorten convergentie is dat tussen verticale en horizontale convergentie. *Verticale convergentie* is in het kader van dit proefschrift het naar elkaar toe groeien van Europees recht en nationaal recht. Verticale convergentie kan in twee richtingen: van Europa naar de lidstaten (van boven naar beneden, *top-down*): dit zou men *Europeanisatie* van nationaal recht kunnen noemen, hoewel het begrip ‘Europeanisatie’ verschillende betekenissen kan hebben.<sup>7</sup> Verticale convergentie kan ook plaatsvinden van de lidstaten naar Europa (van beneden naar boven, *bottom-up*). In dit proefschrift gaat het vooral om de richting van Europa naar Nederland; de Mededingingswet is geïnspireerd door de Europese mededingingsregels en is daarmee ‘geëuropeaniseerd’ of gecommunautariseerd. *Horizontale convergentie* is in deze context het naar elkaar toe groeien van stelsels van de lidstaten. Vaak leidt verticale convergentie ook tot horizontale convergentie en is sprake van een wederzijdse beïnvloeding, ‘diagonale convergentie’,<sup>8</sup> zonder dat het één nog duidelijk van het ander kan worden onderscheiden.<sup>9</sup>

Een tweede onderscheid is dat tussen *materiële* en *procedurele* convergentie. In de Mededingingswet betreft de convergentie de materiële verboden, maar ook enkele procedurele bepalingen, bijvoorbeeld over *legal privilege*. De premisse die de aanleiding vormt voor dit proefschrift, is dat procedurele convergentie ook buitenwettelijk optreedt, onder andere in jurisprudentie, gevormd door de rechter. Procedurele convergentie kan worden onderscheiden in twee typen. *Derivatieve* convergentie heeft plaats nadat materiële convergentie optreedt: de procedurele convergentie staat in dienst van de materie. *Autonome* convergentie van procesrecht staat daarentegen los van het materiële recht.<sup>10</sup> Het ligt voor de hand dat autonome convergentie van procesrecht zich in EG-verband minder snel zal voordoen, omdat de vormgeving van het procedurele recht (nog) als nationale bevoegdheid wordt gezien (zie hoofdstuk 2, par. 2.2). Derhalve zal, als convergentie optreedt, dat eerder een gevolg zijn van de convergentie van het materiële recht (zie ook hoofdstuk 1, par. 3).

Convergentie kan daarnaast plaatsvinden op verschillende *rechtsgebieden*. In dit proefschrift staan convergentie van materiële mededingingsregels en als gevolg

---

7 Zie Radaelli 2004. Europeanisatie (de beïnvloeding van nationaal recht door Europees recht) hoeft niet per se tot horizontale convergentie te leiden. De invloed kan immers verschillende vertalingen hebben, vgl. Radaelli 2000, p. 6.

8 Prechal 2008, p. 413.

9 Vgl. Kapteyn 1993 a, p. 213-214; Widdershoven & De Lange 1996, p. 540. Hoewel voor de Mededingingswet de meest in het oog springende richting verticale convergentie is (de Mededingingswet is aan de Europese regels aangepast), neemt dat niet weg dat de EG-mededingingsregels ook niet uit een hoge hoed zijn getoverd. Deze zijn met name door het Duitse recht beïnvloed. Op zijn beurt is het Duitse mededingingsrecht beïnvloed door het Amerikaanse mededingingsrecht (dat vervolgens zijn basis vindt in Engelse wetgeving uit de 17<sup>e</sup> eeuw): zie C.A. Jones 2006, p. 7-38. Doordat niet alleen in Nederland verticale convergentie in het mededingingsrecht optreedt, maar tegelijkertijd ook in andere lidstaten, is vanuit EG-perspectief sprake van horizontale convergentie. Een vergelijkbaar proces is te zien in de ontwikkeling van algemene bestuursrechtelijke concepten: de EG-concepten zijn gebaseerd op de nationale concepten, hebben een eigen kleur gekregen en werken zo weer door naar beneden.

10 Kerameus 1995, p. 407.

daarvan convergentie van mededingingsbestuursprocesrecht centraal. Ook kan een onderscheid worden gemaakt tussen *spontane* convergentie en *verplichte* convergentie. Daarbinnen zijn gradaties van convergentie mogelijk, van sterke beïnvloeding (geheel verplicht) tot een minder sterke beïnvloeding. Ten slotte moet *interne* convergentie, het aansluiten van verschillende gebieden binnen een rechtsstelsel, worden onderscheiden van *externe* convergentie, waarbij over een grens (figuurlijk en letterlijk) wordt gekeken.<sup>11</sup> Voor dit proefschrift zijn beide soorten van belang, aangezien door externe convergentie – aanpassing van het mededingingsrechtelijke bestuursprocesrecht aan het Europese recht – wellicht interne divergentie door afwijking van de algemene Awb-begrippen, of juist verdere interne convergentie door spill-over naar andere rechtsgebieden dan het mededingingsrecht, kan optreden.

### 2.3 Vormen van convergentie

De soorten van convergentie kunnen zich in verschillende vormen voordoen. Zo kan de convergentie plaatsvinden op niveau van wetgeving, verticaal of horizontaal, spontaan of verplicht, maar ook door activiteit van de rechter, of op het niveau van het bestuursorgaan. Op een meer diffuse wijze kan convergentie ook buiten deze formele mechanismen worden versterkt, bijvoorbeeld door de invloed van grensoverschrijdende doctrine, uitwisseling van studenten en professionals.<sup>12</sup>

### 2.4 Processen van convergentie

Het voorgaande geeft een indeling van min of meer statische convergentieverschijningen. Dat neemt niet weg dat convergentie een dynamisch proces is.<sup>13</sup> Om dat proces succesvol te doen verlopen, kunnen verschillende strategieën worden gebruikt: de meest vórgaande strategie van harmonisatie of unificatie, de strategie van de juridische transplantatie, en meer ‘natuurlijke’ processen van bestuiving of kruisbestuiving. *Harmonisatie* wordt hier gebruikt in Europeesrechtelijke zin: het op EG-niveau vaststellen van legislatieve maatregelen.<sup>14</sup> *Transplantatie* is het proces van ‘the transposition of a doctrine from one legal system to another’.<sup>15</sup> Transplantaties kunnen leiden tot harmonisatie, maar Europese harmonisatie zal ook leiden tot transplantatie doordat de in de harmonisatiemaatregel gewenste situatie dient te worden geïmplementeerd in de nationale context. *Bestuiving* (‘fertilisation’) is een milder proces, een meer indirecte vorm van convergentie die unilateraal of multilate-

---

11 Zie bijv. Hilson 2003. Steyger 1999 c, p. 105. Scheltema & Scheltema 2003, zien convergentie tussen privaatrecht en bestuursrecht. Dit is intern als het Nederlandse stelsel als geheel wordt gezien, maar extern vanuit de grenzen tussen privaatrecht en bestuursrecht. Het is dus van belang de grenzen te benoemen.

12 Bell 1998, p. 162-64. Zie over een ‘common education’ ook De Witte & Forder 1992.

13 ‘Convergence is a very complex phenomenon which [can be likened] to a theatrical production with a multiplicity of actors and plots’, aldus Ellis 2003, p. 294.

14 Ik laat de verschillende vormen waarin deze EG-rechtelijke harmonisatie zich voor kan doen buiten beschouwing. Zie voor een ander gebruik van de term harmonisatie: Fiebig 2005, p. 82-83, die het door mij met harmonisatie aangeduide proces ‘internationalisering’ noemt. Mistelis 2000, p. 1069 noemt dit ‘globalization’ van recht.

15 Bell 1998, p. 147. Ook wel ‘legal borrowing’, Chase 1997.



raal kan plaatsvinden. In dat laatste geval kan ook sprake zijn van *kruisbestuiving* ('cross-fertilisation'): het wederzijds beïnvloeden van juridische concepten.<sup>16</sup>

De kans op een succesvolle vrucht wordt bij (kruis)bestuiving groter geacht dan bij transplantatie.<sup>17</sup> De gedachte is dat het proces van (kruis)bestuiving plaatsvindt in een groter geheel van convergentie van de onderliggende algemene cultuur.<sup>18</sup> Kruisbestuiving 'often gives rise to greater convergence between the receiving legal system and the external stimulus'.<sup>19</sup> Daarbij worden vreemde concepten in een bestaand geheel organisch opgenomen en krijgen zij een eigen betekenis die past bij de juridische omgeving.<sup>20</sup> De weerstand is daardoor minder groot dan bij juridische transplantaties. Die weerstand tegen transplantaties is nog groter wanneer deze een *verplicht* karakter hebben, bijvoorbeeld doordat het recht van een overwinnaar wordt opgelegd. In EG-verband kan (in mildere vorm) worden gedacht aan verplichtingen als gevolg van jurisprudentie van het Hof van Justitie.<sup>21</sup> Anderzijds, als er goede redenen zijn voor een juridische transplantatie, bijvoorbeeld bij het moderniseren van het eigen rechtstelsel of omdat men de vreemde oplossing als een betere oplossing ziet, is de kans op succes groter.<sup>22</sup> Binnen de EG speelt bovendien mee dat een algemeen positieve houding tegenover het integratieproject een positievere grondhouding ten aanzien van verandering van het eigen recht zal meebrengen. Ten slotte dient bij het toekennen van een waarde aan weerstand de algemene menselijke neiging te protesteren tegen verandering, opgelegd of niet, niet te worden onderschat.<sup>23</sup>

Toch zou juist de weerstand tegen juridische transplantaties in het *procesrecht* groot zijn. Het procesrecht wordt als sterk verbonden met de nationale cultuur ervaren, mede omdat het een zekere machtsverdeling impliceert.<sup>24</sup> De onderliggende premisse is daarbij dat er in het algemeen een sterke verbinding bestaat tussen recht en cultuur,

- 
- 16 Binnen de EG leiden ook andere 'strategieën', bijvoorbeeld de doctrine van voorrang, en de prejudiciële procedure tot convergentie, zie Himsworth 2002, p. 101. De processen van harmonisatie/unificatie, transplantatie en bestuiving zijn niet specifiek EG-rechtelijk.
- 17 Al lang geleden werd in juridische literatuur gewezen op de gevaren van juridische transplantatie (door bijv. Montesquieu). In de moderne juridische literatuur is met name de analyse van Kahn-Freund 1974 van groot belang, die meende dat vooral politieke machtsfactoren succesvolle transplantaties in de weg staan. Kahn-Freund werd al direct tegengesproken door Watson 1974, die juist stelt dat transplantaties de motor van juridische verandering zijn (zie ook Watson 1976; Watson 1995). Zie voor synthese Bell 1998; en in deze discussie ook Allison 1996; Allison 1998; Mistelis 2000; Teubner 2000; en voor nieuwe invalshoeken bijv. Mertus & Breier-Sharlow 2003-2004. Een mooie illustratie van de mogelijke problemen bij juridische transplantatie geeft ook de discussie tussen Langbein 1985; Reitz 1989-1990; Chase 1997; Jackson 1997.
- 18 Merryman 1981, p. 369.
- 19 Bell 1998, p. 147. Idem Merryman 1981, p. 371.
- 20 Zie Smith 1998, p. 105; Bell 1998; Merryman 1981; en voor het mededingingsrecht ook C.A. Jones 2006. Transplantaties daarentegen werken als een 'legal irritant' zegt Teubner 2000.
- 21 Over weerstand in EG-verband bijv. Himsworth 1997, p. 291-311; Storme 1994. Voor Nederland zou een relativisering kunnen worden uitgesproken, omdat tot nu toe de EG-vereisten in de Nederlandse rechtsorde zonder al te veel problemen zijn geïncorporeerd, zie bijv. Steyger 2001, p. 186; Widdershoven 2001, p. 211; Claes & Witte 1998; maar anders: Barkhuysen 2006, p. 33.
- 22 Merryman 1981, p. 368. Vgl. Kahn-Freund 1974, p. 2.
- 23 Zie Smith 1998, p. 103; Temple Lang 2000, p. 268-269.
- 24 Zie Kahn-Freund 1974, p. 20; Harlow 2000, p. 80-81.

en dat deze in het procesrecht versterkt geldt.<sup>25</sup> Door die verbinding zijn juridische transplantaties (en overigens de convergentiethese in het algemeen, zie par. 5.2) problematisch, wat relevant is voor dit proefschrift, omdat dit een aanwijzing zou kunnen zijn waarom een bestuursprocesrechtelijk *ius commune* niet, of slechts langzaam, zal ontstaan.<sup>26</sup> Anderen stellen echter dat de verbinding tussen recht en cultuur minder groot is dan over het algemeen wordt aangenomen.<sup>27</sup>

### 3 GRADATIES IN WETTELIJKE CONVERGENTIE IN DE MEDEDINGINGSWET

Convergentie komt voor in verschillende gradaties. Dat is te zien in de wetsgeschiedenis bij de Mededingingswet en de Mededingingswet zelf: spontane, verticale, wetgevende convergentie. Zo kan worden onderscheiden:

- het direct verwijzen naar een EG-rechtelijke definitie of bepaling, waarbij wijzigingen in die bepaling of definitie automatisch doorwerken op nationaal niveau. Om in de sfeer van de medische beeldspraak te blijven, zou dit een *juridische bypass* genoemd kunnen worden: een *bypass* omdat aan een eigen nationaal bepaalde definitie wordt voorbijgegaan. Ook wordt in zekere zin voorbijgegaan aan de invloed van de nationale wetgever op wijziging van de desbetreffende bepaling;<sup>28</sup>
- het letterlijk overnemen van een Europese definitie, norm of bevoegdheid uit het Verdrag, secundaire regelgeving of jurisprudentie van het Hof in de Mededingingswet, waarbij wijzigingen op EG-niveau niet direct wettelijk doorwerken: een klassieke juridische *transplantatie*;<sup>29</sup>
- de overname, de transplantatie, van een Europeesrechtelijke materiële norm, kan gekoppeld zijn aan een zachte – dat wil zeggen, niet in de wet neergelegde – opdracht om de nationale bepaling niet strenger en niet soepeler toe te passen dan de EG-rechtelijke norm. Dit is een vorm van *bestuiving* door middel van een *uitlegverwijzing*. Afwijking in de interpretatie van de norm is wel mogelijk, maar wordt door deze zachte opdracht begrensd;<sup>30</sup>
- een zachte verwijzing naar inspiratie door Europese precedentes in de wetsgeschiedenis op te nemen, kan eveneens een vorm van *bestuiving* worden genoemd; hier is sprake van een *inspiratieverwijzing*;
- het al dan niet expliciet afwijzen van de Europeesrechtelijke norm door deze niet over te nemen of door een eigen, nieuw-geformuleerde norm of bepaling op te

---

25 Zie Ewald 1995; Tamanaha 2001; en voor het idee dat recht cultuur is Varga 1992, p. 725.

26 Zie Merryman 1981; Chase 1997; Reitz 1989-1990; relativerend (maar daarmee de link niet afwijzend) Teubner 2000; en verder ook Reitz 2002; Legrand 1996; Krygier 1986; Varga 1992; Bell 1998, p. 156-157; C.A. Jones 2006.

27 Ook deze discussie gaat terug op die tussen Watson en Kahn-Freund: Watson ziet de link tussen de juridische en de algemene cultuur niet – in Watson 1995 illustreert hij dit met prachtige voorbeelden uit de Bijbel, de Romeinse tijd en de ontwikkeling van de Misjna – Kahn-Freund juist wel. Zie de heldere weergave van dit onderdeel van de discussie bij Ewald 1995; en verder Mistelis 2000, p. 1066; Jackson 1997; Bell 1998, p. 156-157; Teubner 2000, p. 247; en Tamanaha 2001.

28 In zekere zin, omdat de nationale wetgever de *bypass*bepaling zou kunnen wijzigen.

29 Bijv. het letterlijk overnemen van een definitie of norm (in artikel 6 Mw en in artikel 24 Mw).

30 Een voorbeeld is de uitlegverwijzing bij artikel 6 Mw (zie hierover ook hoofdstuk 6, par. 2).

- nemen vanwege systeemeisen<sup>31</sup> of om beleidsredenen.<sup>32</sup> Dit zou kunnen worden aangeduid als *zachte divergentie* door het opnemen van eigen regels;
- de nationale, al bestaande procedurele bepalingen van toepassing verklaren of daarvan geen afwijkende bepalingen op te nemen, zodat de algemene regels van de Awb van toepassing zijn op de handhaving van de Europeesrechtelijk geïnspireerde materiële normen: *zachte divergentie* door bestaande regels niet te wijzigen of aan te passen;<sup>33</sup>
  - zwijgen, bijvoorbeeld over een bepaalde bevoegdheid die de Commissie toekomt;
  - afwijken van de EG-regels, maar zonder daarmee in conflict te komen: *divergentie*;<sup>34</sup>
  - contrair gaan aan het EG-recht: expliciete, of *harde divergentie*.<sup>35</sup>

In de Mededingingswet zijn ook bepalingen opgenomen ter uitvoering van Europese mededingingsrechtelijke regels. Er is daarbij geen sprake meer van spontane convergentie, maar van verplichte implementatie van EG-regelgeving: verplichte convergentie.

#### 4 TYPOLOGIE VAN CONVERGENTIE BIJ DE BESTUURSRECHTER

De Mededingingswet is een voorbeeld van spontane wettelijke convergentie. Bij de bestuursrechter wordt daar een dimensie aan toegevoegd, omdat convergentie niet alleen via wetgeving kan plaatsvinden, en dan al dan niet verplicht is voor de rechter op grond van het toe te passen nationale recht, maar ook door en bij de rechter, al dan niet verplicht op grond van nationaal of Europees recht. De mededingingsbestuursrechter is via zijn afgeleide taak als toetsers van het optreden van het bestuursorgaan niet alleen verplicht de nationale en de Europese mededingingsregels (rechtstreeks) toe te passen, maar hij is als gewone EG-rechter ook op andere wijzen verbonden en gebonden aan het EG-recht (zie par. 4.1). De invloed van het EG-recht is niet alleen materieelrechtelijk, maar ook procesrechtelijk van aard. Hierna wordt voor het materiële recht (par. 4.2) en het procedurele recht (par. 4.3) een typologie gegeven van convergentiemechanismen.

##### 4.1 Identiteiten van de mededingingsbestuursrechter

De mededingingsbestuursrechter heeft verschillende identiteiten. Deze identiteiten bepalen mede de verschillende mechanismen van convergentie tussen nationaal recht en EG-recht. De rechter is op de eerste plaats bestuursrechter. Maar meer specifiek

---

31 Zoals het ontbreken van het interstatelijkheidsvereiste in artikel 6 Mw (zie hoofdstuk 6, par. 2).  
 32 Materieelrechtelijk bijvoorbeeld door het opnemen van een bagatelbepaling; in procedureel opzicht bijvoorbeeld door eigen regels te stellen omtrent de oude ontheffingsprocedure (zie hoofdstuk 6, par. 2) en de procedure in het concentratietoezicht (zie hoofdstuk 7, par. 2).  
 33 Zoals het besluitbegrip en het belanghebbendebegrip in het mededingingsrecht (zie hoofdstuk 5); bij de behandeling van klachten (hoofdstuk 8) of de rechten van verdediging.  
 34 Bijvoorbeeld het aanmerken van consumentenorganisaties als belanghebbenden (zie hoofdstuk 5, par. 3.2.5).  
 35 Niet letterlijk te vinden in de Mededingingswet zelf.

is hij mededingingsrechter: gespecialiseerd economisch bestuursrechter. De bestuursrechter is in het mededingingsrecht ook collega van civielrechtelijke rechters die in mededingingszaken optreden. De mededingingsbestuursrechter is daarnaast Europees rechter wanneer hij het rechtstreeks werkende EG-recht toepast. Het optreden als commune communautaire rechter geldt versterkt, omdat de mededingingsbestuursrechter als gevolg van de toe te passen materiële wetgeving op allerlei manieren direct en indirect is gebonden aan het EG-recht. De mededingingsrechter in de rechtbank Rotterdam is enerzijds bij de toepassing van het EG-recht ondergeschikt aan het Hof van Justitie waar deze bindende uitleg geeft aan het EG-recht, en in die zin niet anders dan andere rechters. Het Hof treedt, zo wordt wel gesteld, hier op als constitutioneel Hof.<sup>36</sup> Maar hij is, anderzijds, ook collega van de rechters van het Gerecht van Eerste Aanleg, in die zin dat zij in de keten van publiekrechtelijke handhaving eenzelfde functie vervullen wanneer deze laatste optreedt als administratieve rechter in beroep tegen mededingingsrechtelijke handelingen van de Commissie. Voor de rechters in het CBB geldt enerzijds ook dat zij bij de toepassing van het EG-recht gebonden zijn aan de uitleg van Hof van Justitie, en in die hoedanigheid onder omstandigheden verplicht zijn prejudiciële vragen te stellen. De bevoegdheid en verplichting tot het stellen van prejudiciële vragen geldt in ieder geval bij toepassing van het EG-recht: in dit geval artikel 81 en 82 EG, het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming, en wellicht jurisprudentiële beginselen waaruit rechten zouden kunnen worden afgeleid. De bevoegdheid (maar niet de verplichting) geldt ook voor nationaal recht dat *onverplicht* is gebaseerd op het EG-recht.<sup>37</sup> Deze Leur-Bloembevoegdheid is hier natuurlijk relevant en geldt in ieder geval voor de materiële bepalingen van de Mededingingswet die rechtstreeks zijn gebaseerd op de equivalente bepalingen van het EG-verdrag. Anderzijds geldt voor de rechters in het CBB dat zij een vergelijkbare rol hebben als die van hun collega's in het Hof, wanneer het Hof uitspraak doet in hoger beroep van uitspraken van het Gerecht. Het door het Gerecht en Hof toegepaste procesrecht – het Europese administratief procesrecht – is dan functioneel equivalent aan het nationale bestuursprocesrecht.

#### 4.2 Typologie van materieelrechtelijke convergentie

Een typologie van materieelrechtelijke convergentie bij de bestuursrechter ziet er, geordend van een sterke beïnvloeding naar de afwezigheid van beïnvloeding door het EG-recht, als volgt uit.

##### – *Rechtstreekse werking van het (materiële) EG-recht*

De nationale rechter, niet alleen de bestuursrechtelijke mededingingsrechter, is op grond van het Europese recht *verplicht* EG-rechtelijke bepalingen toe te passen en te handhaven. In dit geval gaat het vooral om het rechtstreeks en verplicht toepassen van de mededingingsrechtelijke bepalingen van artikel 81 en 82 EG. Deze bepalingen hebben rechtstreekse werking. Hier is weliswaar, omdat dat inherent is aan rechtspreken, een zekere mate van interpretatieruimte voor de nationale rechter, maar de uiteindelijke interpretatie is steeds in handen van het Hof (vergelijk hoofdstuk 4,

---

36 Lorenz 1964, p. 5.

37 Zie zaak C-28/95, Leur-Bloem en hierover o.a. Betlem 1999; Tridimas 2003.

par. 4). Bij twijfel kunnen, en in het geval van het CBb moeten, prejudiciële vragen worden gesteld. Dit is de verstgaande vorm van convergentie omdat het EG-recht zelf wordt toegepast; in zekere zin is dit de convergentie voorbij.

– *Op grond van het EG-recht verplichte materiële conforme uitleg*

Een tweede vorm van doorwerking van EG-recht, naast rechtstreekse werking,<sup>38</sup> is conforme interpretatie: het nationale recht wordt geïnterpreteerd conform de EG-bepalingen waarvan zij de implementatie is. Voor het mededingingsrecht geldt dit voor bepalingen in de Mededingingswet die de implementatie vormen van het EG-recht, zoals de transparantierichtlijn of Verordening 1/2003. Zij zijn niet de primaire focus van dit proefschrift.

– *Op grond van het nationale recht verplichte materiële convergentie*

De nationale rechter neemt de interpretatie van materieelrechtelijke normen door (de Commissie en) het Hof over bij interpretatie van de nationale wet, omdat dit op grond van de nationale Mededingingswet is voorgeschreven. Het gaat daarbij om de eerste twee gradaties van materiële convergentie, de juridische bypass en de juridische transplantatie (zie par. 3). De uiteindelijke interpretatie van een begrip dat via een juridische bypass in de Mededingingswet is opgenomen, is aan het Hof. De interpretatieruimte voor de nationale rechter is in die zin beperkt. Bij een transplantatie is er in beginsel meer ruimte voor een interpretatie die afwijkt van de interpretatie van het Hof, omdat de verbinding niet rechtstreeks is. De convergentie is verplicht vanuit het nationale recht gezien, maar vanuit het EG-recht gezien is er geen verplichting voor een dergelijke interpretatie: de convergentie is spontaan. Deze kan in ieder geval via wetgeving ook weer ongedaan worden gemaakt.<sup>39</sup> Bovendien is bij strijd tussen verschillende bepalingen geen sprake van de EG-rechtelijke voorrangverplichting, zolang niet tegelijkertijd EG-bepalingen aan de orde zijn. Dit is de situatie die door de Leur-Bloem-jurisprudentie in ieder geval wordt omvat, zodat hier prejudiciële vragen kunnen worden gesteld.<sup>40</sup>

– *Op grond van het nationale recht min of meer spontane materiële convergentie*

Het is goed voorstelbaar dat bij de mildere gradaties van wettelijke convergentie de mogelijke eigen ruimte die de betreffende convergentietechniek in theorie geeft, door de rechter niet wordt gebruikt. De uitlegverwijzing (het voorschrift ‘in beginsel niet strenger en niet soepeler’) en de inspiratieverwijzing geven de rechter ruimte om af te wijken. De rechter kan echter ofwel de vraag naar zijn autonome ruimte in het geheel niet stellen (althans niet expliciet), ofwel aan deze ruimte invulling geven door aan Commissiebeschikkingen en arresten van het Hof precedentwerking toe te kennen.

---

38 Ook de Francovich-aansprakelijkheid van de overheid is een vorm van doorwerking van EG-recht. Deze speelt echter geen rol voor de interpretatie van het materiële mededingingsrecht dat de Nederlandse bestuursrechter toepast.

39 Vgl. Steyger 1999 c, p. 104, dit, naar zij stelt, in tegenstelling tot Mortelmans 1997.

40 Zie zaak C-28/95, Leur-Bloem.

– *Op grond van het nationale recht spontane materiële convergentie*

Ook waar de nationale wetgeving de rechter wel ruimte geeft in de materiële invulling van de norm, of deze ruimte geeft door het opnemen van een eigen norm, kan de rechter kiezen deze ruimte niet zelfstandig in te vullen, maar door te verwijzen naar de materiële invulling door de Commissie of het Hof (precedentwerking). In dat geval is sprake van spontane rechterlijke convergentie, omdat de convergentie niet besloten ligt in de wettelijke norm.<sup>41</sup>

– *Aan het nationale recht contraire, spontane materiële convergentie*

Het is mogelijk dat de nationale rechter van een nationaal materieel voorschrift afwijkt door op een casus waarop het EG-recht niet rechtstreeks van toepassing is, toch, in afwijking van het wettelijke voorschrift (waarin een vorm van divergentie is opgenomen, zie hierna), de EG-norm toe te passen. Er wordt afgeweken van het nationale recht, maar in de richting van het EG-recht.<sup>42</sup>

Het is de vraag of de hiervoor genoemde Leur-Bloem-bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen ook in deze en de voorgaande situaties geldt.<sup>43</sup> De jurisprudentie van het Hof, waarbij het primair aan de nationale rechter is de relevantie van het stellen van een prejudiciële vraag te beoordelen, lijkt daaraan in ieder geval niet in de weg te staan. Na verkrijging van een antwoord is de ruimte voor de nationale rechter om daarvan af te wijken vervolgens beperkt; hoewel de wet die ruimte (in theorie) biedt, lijkt zij door het initiëren van een prejudiciële procedure over te gaan naar het Hof. Dat zou een reden kunnen zijn om in ieder geval niet te gemakkelijk over te gaan tot het stellen van prejudiciële vragen.<sup>44</sup>

– *Op grond van het nationale recht verplichte materiële divergentie*

Voor feiten waarop het EG-recht niet van toepassing is, wordt het nationale recht toegepast, en niet de naar de nationale situatie getransplanteerde Europeesrechtelijke norm.<sup>45</sup> Er is hier geen wettelijke ruimte voor een eigen invulling, geen convergentie, maar ook geen strijd met het EG-recht.

– *Materiële contramine*

Ten slotte is, op analytisch niveau althans, materieelrechtelijke contramine mogelijk. De rechter wijkt af van het nationale en het Europese recht en past een eigen norm toe. Dit zou buitenmededingingswettelijk rechterlijk activisme genoemd kunnen worden.<sup>46</sup>

---

41 Dit wordt ook wel aangeduid als vrijwillige adoptie, materiële spill-over, of analoge toepassing, vgl. Prechal 2008, p. 419.

42 Een theoretisch voorbeeld zou zijn de bagatelbepaling niet toe te passen of de nationale vrijstellingen weg te interpreteren, en de Europese norm toe te passen, ook al is er geen sprake van een interstate-effect.

43 Zaak C-28/95, Leur-Bloem.

44 Vgl. Tridimas 2003, p. 36.

45 Het voorbeeld is de toepassing van een nationale bagatelbepaling of groepsvrijstelling.

46 Dat in theorie nog wel binnenrechtelijk zou kunnen zijn, bijvoorbeeld als het materiële mededingingsrecht in strijd komt met bepalingen van hogere orde, zoals algemene rechtsbeginselen. De neiging van de Nederlandse rechter om wetgeving te toetsen aan algemene beginselen van recht, wordt echter als niet erg groot omschreven: zie Widdershoven & De Lange 1996, p. 543.

### 4.3 Typologie van procedurele convergentie

Bij procedurele convergentie komt er in vergelijking met de typologie van materiële convergentie een dimensie bij: de binding aan en de spill-over-effecten van het EG-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming. Opnieuw in volgorde van afnemende convergentiekracht kan de volgende indeling worden gemaakt.

#### – *Effectieve rechtsbescherming voor EG-rechten*

Op grond van het EG-recht geldt dat de eisen van effectieve rechtsbescherming voor EG-rechten kunnen leiden tot verplichte procedurele convergentie. Zoals in hoofdstuk 2 is uiteengezet, zijn dit minimaal de eisen van effectiviteit en equivalentie die worden gesteld aan de bescherming van EG-rechten door het Hof (dat hier optreedt als constitutioneel Hof).<sup>47</sup> Deze randvoorwaarden gelden verplicht voor aan het EG-recht ontleende rechten. Het nationale procesrecht is hieraan ondergeschikt. Bij twijfel omtrent de werking van dit EG-beginsel kunnen (of moeten) prejudiciële vragen worden gesteld.

#### – *Spill-over van het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming*

Effectieve rechtsbescherming voor EG-rechten kan leiden tot spill-over-effecten. In dat geval is sprake van spontane bestuursprocesrechtelijke convergentie door middel van het overvloeien van de EG-rechtelijke eisen van effectieve rechtsbescherming voor EG-rechten naar – in dit geval – equivalente Mededingingswettelijke rechten: verticale spill-over. Spill-over is te verwachten omdat het in de praktijk voor de rechter niet goed mogelijk zal zijn om de gevolgen van het EG-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming voor de nationale procesrechtelijke bepalingen niet tevens te laten gelden voor aan het nationale recht ontleende (spontaan geconvergeerde) materiële rechten. Voor een dergelijk proces is een Europese grondslag echter niet nodig, omdat het gaat om een vrijwillige aanpassing. Ook is er, in ieder geval waar de spill-over niet leidt tot afwijking van het nationale recht, klaarblijkelijk geen discussie over een noodzakelijke nationale grondslag. Getwist kan worden of er een nationaalrechtelijke verplichting zou zijn, maar dat lijkt niet vol te houden.<sup>48</sup> Er zijn echter wel belangrijke redenen voor de rechter om te kiezen voor een dergelijke spill-over, niet alleen in het mededingingsrecht, maar ook waar materiële convergentie minder sterk aanwezig is.<sup>49</sup> In het algemeen kan bijvoorbeeld de EG-rechtelijke oplossing als goede aanvulling worden gezien op het nationale recht; of spill-over-effecten kunnen worden aangenomen om rechtsongelijkheid te voorkomen en daardoor rechtszekerheid te bevorderen.<sup>50</sup> Van belang is ook dat binnen een rechtstelsel homogeniteit en coherentie op zichzelf als waardevol wordt gezien. Het recht

---

47 Vgl. Lorenz 1964, p. 5.

48 Die discussie over een vorm van EG-rechtelijke effectieve rechtsbescherming voor Mw-rechten, doordat sprake is van materiële convergentie die verplicht op grond van het EG-recht zou gelden, is er wel geweest; zie hoofdstuk 2, par. 2.4.2.

49 Zie bijv. over de invloed van Factorame I in de UK en Spanje: Caranta 1995; maar relativerend Himsworth 2002, p. 108. Over Francovich ook Van den Bossche 2001, p. 34. Zie over het overnemen van het evenredigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel in CBB 31 januari 1996, Rawb, 1996/63, m.nt. De Moor-van Vugt; en CRvB 26 november 1998, Rawb 1999/64, m.nt. van De Moor-van Vugt; Widdershoven 2001.

50 Jans e.a. 2002, p. 27; Widdershoven 2001, p. 221.

wordt als een min of meer gesloten systeem beschouwd, waarvan homogeniteit kan worden gezien als proponent (vergelijk hoofdstuk 4, par. 4).<sup>51</sup> Hier is relevant dat in een situatie van ‘marktmeesters’ en hun ‘vaste klanten’, spill-over-effecten vanwege de grote verwevenheid van EG-recht en nationaal recht erg voor de hand liggen (zie hoofdstuk 2, par. 2.4.2).

Horizontale spill-over betekent dat de door het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming te verlenen bescherming niet alleen ook voor de wettelijk geconvergeerde materiële rechten ontleend aan de Mededingingswet gaat gelden, maar ook voor andere bestuursrechtelijke rechtsgebieden. De hiervoor genoemde redenen van homogeniteit en coherentie kunnen hiertoe aanleiding vormen. Het argument van verwevenheid is echter niet een a priori reden om het spill-over-effect nog verder te laten overvloeien naar andere rechtsgebieden dan die waarin zich deze verwevenheid voordoet.<sup>52</sup> Over het algemeen kan verticale spill-over leiden tot het in een afgebakend rechtsgebied afwijken van het van toepassing zijnde nationale recht. Er is dan sprake van interne divergentie, doordat het nationale recht ‘spill-over-conform’ wordt geïnterpreteerd of zelfs opzij geschoven wordt.<sup>53</sup>

– *Wettelijke procedurele convergentie of verplicht parallellisme bij de rechter*

Procedurele convergentie kan zich ook voordoen omdat sprake is van wettelijk parallellisme, doordat in de Mededingingswet bepaalde procesrechtelijke bepalingen, die komen uit het EG-recht of de praktijk bij de Commissie, zijn overgenomen, getransplanteerd, in de Mededingingswet, zoals de regeling van het *legal privilege*. Het gaat om het overnemen van Europees administratief recht in het nationale administratieve recht, dat daarmee gecommunautariseerd wordt.<sup>54</sup> Vanuit het EG-recht gezien is hier sprake van spontane procedurele convergentie, maar vanuit de nationale rechter is deze procedurele convergentie op grond van nationale wetgeving verplicht en (in tegenstelling tot de eisen van effectieve rechtsbescherming en spill-over-effecten) ook specifiek bepaald. Equivalent aan de bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen bij wettelijke materiële convergentie (zie hiervoor), lijkt ook deze situatie door de Leur-Bloem-jurisprudentie te worden omvat: de nationale rechter is *bevoegd*, maar niet *verplicht*, tot het stellen van prejudiciële vragen over het wettelijk geconvergeerde procedurele voorschrift.

– *Spontaan parallellisme*

Spontane bestuursprocesrechtelijke convergentie neemt de vorm aan van spontaan parallellisme wanneer de nationale bestuursrechter procedurele voorbeelden van het

---

51 Zie Van Gerven 1995 a, p. 700; Bell 1998, p. 160.

52 Stel dat de remedie van *discovery* (verplicht) wordt geïntroduceerd in EG-mededingingszaken. Het lijkt dan eerder logisch om *discovery* ook toe te staan voor claims op basis van de Mededingingswet, maar het is niet vanzelfsprekend dat *discovery* ook mogelijk wordt gemaakt buiten het mededingingsrecht.

53 Door complete horizontale spill-over wordt interne divergentie weer opgeheven.

54 Europees administratief recht (het administratieve recht dat door de Europese instellingen wordt toegepast) wordt in deze zin onderscheiden van geëuropeiseerd administratief recht (het nationale administratief recht dat wordt beïnvloed door Europees recht), zie bijv. Schwarze 1996, p. 16-17. Een voorbeeld kan de interpretatie van begrippen uit de Awb onder invloed van Europeesrechtelijke toegangsvragen zijn.



Hof overneemt: het Europese administratief procesrecht wordt door de rechter geïncorporeerd in het nationale bestuursprocesrecht. Deze vorm van convergentie is niet nieuw,<sup>55</sup> maar ik verwacht dat zij versterkt aanwezig zal zijn in het mededingingsrecht vanwege het bestaan van specifiek mededingingsrechtelijk administratief procesrecht op EG-niveau. *Parallellisme* is mogelijk omdat het Gerecht en het Hof (ook) als administratieve rechter functioneren, zodat er identiteitsovereenkomsten tussen de nationale en de Europese rechter bestaan: beiden toetsen het optreden van de mededingingsrechtelijke toezichthouder, al dan niet in hoger beroep.<sup>56</sup> De rollen van het Gerecht en de rechtbank zijn daarbij beter vergelijkbaar dan de rollen van het Hof en het CBb in hoger beroep, omdat de taaktoekenning voor het Hof in hoger beroep afwijkt van het hoger beroep in het nationale recht. Desalniettemin heeft de nationale mededingingsbestuursrechter een vergelijkbare plaats in de keten als het Gerecht en het Hof. De nationale rechter kan om deze reden procedurele bepalingen, beginselen of interpretaties van de EG-rechter overnemen en deze voor nationale Mededingingswetbepalingen toepassen, zonder dat daartoe een verplichting geldt op grond van EG-recht of nationaal recht.<sup>57</sup> Het gevolg kan *divergentie* zijn ten opzichte van het algemene bestuursprocesrecht.

Het is de vraag of in dergelijke situaties prejudiciële vragen kunnen worden gesteld over de interpretatie van de regel van Europees administratief recht, als de wetgever niet naar het EG-recht verwijst maar de *rechter* dat wel doet, of zou willen doen; in dit verband bijvoorbeeld een vraag over de uitleg van het begrip ‘rechtstreeks en individueel geraakt’ ter interpretatie van het nationale begrip ‘belanghebbende’, zoals toegepast in het mededingingsrecht. Dit lijkt echter niet onmogelijk: als de nationale rechter meent dat de vraag nodig is, en deze baseert op de wel in de Mededingingswet geëxpliciteerde wettelijke materiële convergentie, die duidelijk wel binnen de Leur-Bloem-jurisprudentie valt is er geen principiële reden *voor het Hof* om de vraag niet te beantwoorden,<sup>58</sup> tenminste niet zolang het Hof zichzelf ziet als ‘the Supreme Court of the Union’.<sup>59</sup> Er zijn wel redenen voor de nationale rechter hier *geen* vragen te stellen: ook hier geldt dat, eenmaal besloten tot het stellen van prejudiciële vragen – waartoe ook de hoogste rechter in ieder geval niet verplicht is op grond van EG-recht – de rechter het antwoord niet zomaar naast zich neer kan leggen. Daarbij dient de rechter zich ook bewust te zijn van het risico dat het Hof soms een andere interpretatie van beginselen voorstaat, dan op nationaal niveau.<sup>60</sup> Het Hof ‘does not appear to go at length to ensure its judgement is binding’,<sup>61</sup> maar

---

55 Vgl. Widdershoven 1996, p. 190 die een vergelijkbaar verschijnsel *congruentie* noemt; zie ook Widdershoven & De Lange 1996, p. 636. De term congruentie gebruik ik in dit proefschrift voor het overnemen van niet-specifiek mededingingsrechtelijk Europees bestuursprocesrecht.

56 Vgl. in dit verband de betekenis van de termen ‘mimetism’ en ‘isomorphism’ bij Radaelli 2000, p. 17.

57 Parallellisme en effectieve rechtsbescherming hoeven niet tot dezelfde standaard van bescherming te leiden, omdat het Hof soms een ‘dubbele standaard’ aanlegt: zij is via effectieve rechtsbescherming vaak strenger voor de nationale procedure dan zij in het Europese administratieve recht voor de eigen procedure is.

58 Zaak C-28/95, Leur-Bloem.

59 Tridimas 2003, p. 36.

60 Bijv. t.a.v. het vertrouwensbeginsel, zie CBb 17 mei 2006, Campina.

61 Tridimas 2003, p. 36.

het antwoord, bijvoorbeeld, over de interpretatie van ‘rechtstreeks en individueel geraakt zijn’ kan niet anders dan van invloed zijn op de uitleg van het belanghebbendebegrip. Zo wordt procedurele convergentie, die primair spontaan is, versterkt en autonome ruimte ten opzichte van het EG-recht beperkt.

– *Divergentie*

Ook is procedurele divergentie tussen EG-recht en nationaal recht mogelijk. De nationale rechter past het nationale procedurele recht toe dat afwijkt van het EG-recht. Dit kan door de eigen bestaande bepalingen ook voor het mededingingsrecht in te vullen, zonder te kijken naar parallelle EG-invulling of door spill-over-effecten (expliciet) af te wijzen. Er hoeft geen strijd met het EG-recht te zijn, maar dat is wel het geval wanneer het nationale voorschrift wordt toegepast in strijd met het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat is in theorie mogelijk, maar het is moeilijk voorstelbaar dat de nationale mededingingsbestuursrechter dit expliciet zou doen. Het is wel voorstelbaar dat deze situatie zich zonder vooropgezette bedoeling voordoet; ook dan is er strijd met het EG-recht.<sup>62</sup> Deze situatie omvat ook het niet-stellen van prejudiciële vragen door het CBb, bijvoorbeeld wanneer er achteraf geen sprake bleek te zijn van een *acte clair* of *éclairé*.

Ten slotte is een vorm van divergentie mogelijk doordat het EVRM procedurele randvoorwaarden stelt die verder gaan dan de nationale eisen of EG-eisen. Er is dan niet zozeer sprake van convergentie (of divergentie) tussen het communautaire niveau en het nationale niveau, maar tussen het EVRM en nationaal procedureel recht. De nationale bepaling wordt geïnterpreteerd of gehanteerd in overeenstemming met de EVRM-eisen. In theorie kan zo worden afgeweken van de EG-rechtelijke interpretatie. Hier levert de prejudiciële bevoegdheid, de Leur-Bloem-jurisprudentie van het Hof en de Bosphorus-uitspraak van het EHRM overigens een spannende combinatie op: moet bij mogelijke spanning tussen EG-interpretatie en EVRM-interpretatie van fundamentele rechten bij de decentrale toepassing van EG-recht door de nationale rechter het Hof worden bevestigd over de juiste uitleg? Wat als de casus die aan de orde is een ‘nationale’ casus is, gebaseerd op wettelijk meer of minder rechtstreeks geconvergeerde bepalingen? Wie bepaalt uiteindelijk of sprake is van discretionaire ruimte, zoals in de Bosphorus-uitspraak genoemd, bij de decentrale toepassing van EG-mededingingsrecht? Me dunkt dat die laatste interpretatie in handen is van het EHRM, dat daarmee de grens heeft willen aangeven tussen rechtstreekse toepassing en slechts indirecte toepassing van het EVRM bij decentrale toepassing van EG-recht (het betreft een onder toezicht van het EHRM staande ‘so-lange-redenering’). Maar het zou niet vreemd zijn als de nationale rechter toch prejudiciële vragen *kan* stellen over dat begrip, omdat het de toepassing van EHRM-interpretatie of EG-interpretatie bepaalt. De soep wordt niet zo heet gegeten als zij wordt opgediend: het is de vraag of deze situatie zich snel zal voordoen, gezien de onderlinge afstemming en wederzijdse beïnvloeding tussen Hof van

---

62 Analytisch gezien is het ook nog mogelijk de situatie te onderscheiden dat zowel het nationale als het EG-rechtelijke procedurele voorschrift opzij wordt gezet (een procesrechtelijke vorm van rechterlijke contramane), maar dat lijkt in de praktijk toch moeilijk voorstelbaar, tenzij het EVRM dat voor zou schrijven, en dan kan het moeilijk nog als contramane worden beschouwd.

EHRM (zie ook hoofdstuk 1, par. 5.4 en hoofdstuk 2, par. 4.1). Anderzijds blijkt de praktijk soms verrassender dan verwacht.

#### 4.4 Typologie, praktijk en alternatieve verklaringen voor gelijkheid

In de navolgende hoofdstukken zal blijken dat in de praktijk de verschillende vormen van beïnvloeding lastig kunnen zijn te onderscheiden. Verwarrend is dat er sprake kan zijn van gelijk bestuursprocesrecht bij het Hof en bij de nationale rechter of een gelijke uitkomst bij toepassing van verschillende, maar equivalent gelijke begrippen (de begrippen ‘besluit’ en ‘handeling’ zijn bijvoorbeeld functioneel equivalent). De gelijke uitkomst kan zijn oorzaak hebben in een van de convergentiemechanismen zoals hierboven genoemd, maar kan ook ‘toevallig’ zijn, dus zonder dat zij het gevolg is van de materiële convergentie. Soms maakt de rechter de convergentie expliciet: de wens om aan te sluiten bij het EG-recht, materieel of procedureel, ligt dan ten grondslag aan de gebezigde interpretatie. Vaak blijkt de convergentie, in de zin van gelijkheid, impliciet. De materieelrechtelijke of procesrechtelijke uitkomst is dan weliswaar gelijk in het nationale en in het Europese recht, maar de rechter expliciteert niet dat een wens of verplichting tot convergentie daaraan ten grondslag ligt, in de zin dat de nationale rechter het eigen rechtsstelsel dichterbij het Europese rechtsstelsel wenst te brengen. In dat geval kan niet voetstoots worden aangenomen dat sprake is van convergentie die het gevolg is van materiële wettelijke convergentie. Voor de gelijkheid kan een *alternatieve verklaring* voorhanden zijn. Een alternatieve verklaring kan bijvoorbeeld zijn gelegen in het reeds overeenkomen van algemene leerstukken in het nationale en Europese administratieve recht. Daarbij kan ook sprake zijn van convergentieprocessen – het Nederlandse systeem bevat onder andere kenmerken van het Franse en het Duitse systeem, maar dat geldt eveneens voor het Europese systeem: het is dan geen wonder dat aspecten overeenstemmen – maar zij zijn niet het *directe* gevolg van de wettelijke mededingingsrechtelijke materiële convergentie. De gelijkheid gaat in tijd aan de wettelijke materiële convergentie in de Mededingingswet vooraf. Het spreekt voor zich dat als sprake is van divergentie met het (overige) nationale bestuursrecht – het gaat dan om interne divergentie vanuit het perspectief van het nationale bestuursrecht als geheel – terwijl de uitkomst convergeert met een Europeesrechtelijke uitkomst, dat een aanwijzing zal zijn dat wel sprake is van convergentie als gevolg van wettelijke materiële convergentie in de Mededingingswet. De navolgende analyse bevat voorbeelden van gelijke uitkomsten, waarvan het de vraag is of zij een rechtstreeks gevolg zijn van de wettelijke materiële convergentie. Kortom, aan de convergentie in de rechterlijke uitspraak, de *convergentievorm*, hoeft derhalve niet noodzakelijkerwijs een *proces* van mededingingsrechtelijke convergentie ten grondslag te liggen.

#### 5 CONVERGENTIE EN EEN EUROPEES BESTUURSPROCESRECHTELIJK IUS COMMUNE

In het Nederlandse mededingingsrecht is sprake van materieelrechtelijke wettelijke convergentie tussen het nationale en het Europese niveau. Dat geldt niet alleen voor Nederland, maar ook voor andere lidstaten; ook zij hebben op het EG-recht geënte

mededingingsregels.<sup>63</sup> De decentrale toepassing van de EG-regels voegt hieraan een dimensie toe. Vanuit het Europese perspectief is er derhalve sprake van horizontale, materieelrechtelijke convergentie van mededingingsrecht. De in dit proefschrift gestelde vraag (zie hoofdstuk 1, par. 2), of er op nationaal niveau in Nederland sprake is van procedurele convergentie in het bestuursrechtelijke mededingingsrecht (en of dat wenselijk is), sluit hierbij aan. De vraag is of er boven deze mogelijke mededingingsrechtelijke ontwikkeling sprake is van een ontwikkeling naar een Europees bestuursrechtelijk *ius commune* (zie par. 5.1); of daarvan sprake is, wordt besproken (par. 5.2); of het wenselijk is, wordt zo mogelijk in de literatuur nog feller bediscussieerd (par. 5.3).

### 5.1 Object van convergentie

De convergentie in het mededingingsrecht maakt deel uit van een meeromvattend vraagstuk, namelijk of vanwege de economische en politieke integratie in Europa sprake is van convergentie in het algemene bestuursrecht, waaronder het bestuursprocesrecht. Die algemenere Europese convergentiediscussie biedt inzichten die relevant zijn voor de vraag naar convergentie in het mededingingsprocesrecht, hoewel de algemene discussie lossier lijkt te worden gevoerd van de (al dan niet) onderliggende materiële convergentie.<sup>64</sup>

De discussie over convergentie op EG-niveau kan niet los worden gezien van ontwikkelingen op mondiaal niveau. Deze ontwikkelingen zijn relevant omdat het algemene proces van globalisering leidt tot verschillende vormen van convergentie. Via de algemene economische integratie ontstaat politieke convergentie en convergentie op het terrein van waarden.<sup>65</sup> Die convergentie is van invloed op het recht.<sup>66</sup> Dat geldt zeker voor het mededingingsrecht, omdat de mondiale waarden met name de waarden van markteconomie en (in mindere mate) democratie betreffen. Markteconomie omvat mede een mededingingsrechtelijk regime. Dat zou betekenen dat er op mondiaal niveau materiële convergentie in (bepaalde regels van) het mededingingsrecht plaatsvindt. Die materieelrechtelijke convergentie heeft uiteindelijk ook invloed op het mededingingsprocesrecht. Ook is de globaliseringsdiscussie relevant,

---

63 Ook is op boven-Europees niveau volgens sommigen sprake van convergentie in de materiële mededingingsstandaarden, zie O'Connor 2002-2003; Friedberg 1990-1991; C.A. Jones 2006; Fiebig 2005.

64 In de terminologie van Kerameus 1995: de discussie over convergentie (en harmonisatie) van algemeen bestuursrecht is meer autonoom, terwijl die in het mededingingsrecht meer derivatief van aard is (zie par. 2.2).

65 Globalisering, primair een *economisch* proces (Mistelis 2000, p. 1057) met een *politieke* component, heeft convergentie tot gevolg. Zo ontstaat convergentie van waarden (vgl. Seita 1997), mede door de invloed van internationale democratiseringsbewegingen, die in ieder geval in naam eenzelfde rechtsconcept meebrengen, zie Reitz 2002; en convergentie van gebruiken door de toegenomen internationale handel: het ontstaan van een 'lex mercatoria', zie Mertens 1997, 31-45; Teubner 1997; De Sousa Santos & Rodríguez-Garavito 2005.

66 Het recht kan ook worden gezien als *managementtool* van deze globalisering, zie bijv. Seita 1997. Deze instrumentele visie op het recht is ook te zien in de Europese integration-through-law-benadering (zie hoofdstuk 2, par. 2.1.1 en hiervoor par. 2.1); voor een contextuele visie op de Europese integratie, zie Curtin 2006.

omdat daaruit duidelijk wordt dat globalisering een tegenbeweging oproept.<sup>67</sup> Die tegenbeweging lijkt zich ook binnen Europa voor te doen (zie par. 5.3).<sup>68</sup>

Hoewel deze ontwikkelingen interessant zijn, is hun invloed voor dit proefschrift minder van belang. De invloed van de mondiale (anti-)globaliseringsbeweging is lastig vast te stellen en in ieder geval te ver verwijderd van het juridische onderwerp van dit proefschrift. Hierna beperk ik mij derhalve tot de discussie binnen het EG-recht.

## 5.2 Het feitelijk ontstaan van een bestuursrechtelijk *ius commune*

Ook met de beperking tot de EG en vervolgens tot het publiekrecht kan de discussie over convergentie naar een bestuursrechtelijk *ius commune* op verschillende niveaus worden gevoerd: convergentie van waarden in het publiekrecht in het algemeen is een ander fenomeen dan convergentie van het administratief procesrecht, net zoals convergentie van constitutioneel recht andere vragen oplevert dan convergentie van materieel bestuursrecht. De meningen lopen uiteen over de vraag of er nu wel of geen sprake is van convergentie in het bestuursprocesrecht, dat hier het onderwerp is, en over de vraag of convergentie een wenselijke ontwikkeling is. Daarbij wordt een bevestigend, descriptief antwoord – dat sprake is van convergentie – vaak vergezeld van een prescriptieve vooronderstelling of gevolgtrekking dat die convergentie wenselijk is. Convergentie, de verdere ontwikkeling van een bestuursrechtelijk *ius commune*, wordt daarbij als voorwaarde gezien voor eveneens gewenste verdere sociaal-economische integratie. Zonder uniformiteit van bestuurs(proces)recht worden allerlei gevaren voor die integratie verwacht.<sup>69</sup> In deze visie, die eerder werd aangeduid als de *integrationistische ius commune-attitude* (zie par. 2.1), is de verdere ontwikkeling van een bestuursrechtelijk *ius commune* toe te juichen,<sup>70</sup> en een pleidooi voor communautaire harmonisatie van bestuursprocesrecht een logisch vervolg daarop.<sup>71</sup>

De achterliggende premisse van deze benadering is vaak dat er een sterke band is tussen recht en maatschappij: niet alleen volgt het recht de algemene ontwikkelingen – economische integratie gaat vooraf aan juridische convergentie<sup>72</sup> – maar in de *ius commune*-gedachte kan het recht die ontwikkeling ook sturen: verdere conver-

---

67 Zie Mertus & Breier-Sharlow 2003-2004, p. 478; Reitz 2002, p. 159; Mistelis 2000, p. 1057. Zie voor een interessante tegenbeweging ook De Sousa Santos & Rodríguez-Garavito 2005; en in populair-wetenschappelijke literatuur Friedman 2000; Hertz 2002; Klein 2001.

68 Ten slotte is globalisering interessant voor het administratieve recht, omdat door het globaliseringsproces – met name de daarmee gepaard gaande opkomst van deregulering en privatisering – de rol van de staat vermindert, of in ieder geval verandert, waardoor het administratief recht mee verandert; zie Harlow 1999, p. 262.

69 Zie bijv. McKendrick 2000; Arnull 2007, p. 1779; Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 457.

70 Zie o.a. Van Gerven 1995 a; Caranta 1995, p. 703; Himsworth 1997, m.n. p. 71; Schwarze 2000 a; Schwarze 2000 b; Van den Bossche 2001; Steyger 1996, m.n. p. 59-61; Koopmans 1991; Brown 1997; McKendrick 2000.

71 Vgl. Teubner 2000, p. 245.

72 Zie ook hoofdstuk 2, par. 2.1.2. Overigens is dit een met de critici van deze attitude gedeelde premisse, alleen wordt dan de nadruk gelegd op het eigene van de eigen cultuur (zie par. 5.3).

gentie leidt tot integratie. Of, zoals een van de critici het verwoordt: ‘in the big vision of the European Community or Union, there has been an assumption, sometimes unspoken, of a strong role for the law in its realisation. The law is the vehicle for the achievement of the common market and the other Community objectives’.<sup>73</sup> Ook de al genoemde menselijke neiging te streven naar homogeniteit en coherentie (zie ook hoofdstuk 4, par. 4) is een reden voor de verwachting dat een *ius commune* tot stand zal komen. Het streven naar homogeniteit is immers een reden om verschillen – tussen het EG-systeem en het eigen systeem, tussen onderdelen van het eigen systeem – op te heffen, bijvoorbeeld door ‘homogeneity friendly’ interpretatie.<sup>74</sup>

Tegenover de integrationistische *ius-commune*-attitude staan verschillende critici. Ten eerste wordt de stelling verdedigd dat er feitelijk geen sprake is van convergentie, of in ieder geval van veel minder vergaande aard dan wel wordt voorgesteld. Zo wordt er op gewezen dat het steeds in dezelfde vorm terugkerende bewijs voor de convergentiestelling nogal selectief en schaars is.<sup>75</sup> Ook wordt de integrationistische uitleg van de jurisprudentie van het Hof bekritiseerd: ‘the intergrationist explanation [is] fictional’.<sup>76</sup> De these dat sprake is van convergentie, wordt daarmee genuanceerd. Toch lijkt niet te ontkennen dat er in grote lijnen sprake is van convergentie of in ieder geval van convergentietendensen.<sup>77</sup> Als het bestuursrechtelijk *ius commune* wordt gezien als ‘het formuleren van bestaande of toekomstige gemeenschappelijke uitgangspunten, concepten en grondslagen’,<sup>78</sup> is ook voor het bestuursprocesrecht sprake van een dergelijke tendens.<sup>79</sup> Zo zou men kunnen vaststellen dat sprake is van convergentie in waarden, wat naast jurisprudentie van het Hof ook is beïnvloed door het EVRM.<sup>80</sup> Doordat ook het Hof zich baseert op het EVRM en sprake is van afstemming tussen de hoven, ontstaat hier een Europese norm (vgl. hoofdstuk 1, par. 5.4). Ook is door jurisprudentie van het Hof convergentie te zien in inhoudelijke standaarden waaraan het overheidsoptreden moet worden getoetst.<sup>81</sup> Verder lijkt zich overall in Europa een ontwikkeling naar een verdere juridisering van administratief-rechtelijke relaties voor te doen.<sup>82</sup> Deze juridisering leidt tot nieuwe juridische ontwikkelingen, waarbij de op te lossen vraagstukken min of meer gelijk zijn. Ten slotte is sprake van convergentie van juridische terminologie en wellicht ook van de achterliggende concepten.<sup>83</sup> Die ontwikkeling komt met name door enerzijds het

---

73 Himsworth 2002, p. 99.

74 Van Gerven 1995 a, p. 702; zie ook Caranta, 1995 p. 718.

75 Himsworth 2002, p. 107-108.

76 Harlow 2000, p. 74-75. Vergelijkbaar o.a. Kilpatrick 2000, p. 12; Teubner 2000; Legrand 1996.

77 Bijv. Koopmans 1991, p. 62, wijst op de ontwikkeling van bepaalde Europabrede beginselen, zoals dat van proportionaliteit, en concludeert dat ‘by looking at what actually happens, we can see that a system of European public law is progressively taking shape’; vgl. ook Brenninkmeijer 1998, p. 67.

78 Prechal 2008, p. 419.

79 Vgl. Prechal 2001, p. 189; en voor een Nederlandse context ook Jans & De Jong 2002, p. 79.

80 Bell 1998, p. 151; De Groot 1992, p. 8; Delicostopoulos 2003; en vgl. Radaelli 2000, p. 12.

81 Delicostopoulos 2003, p. 605-606.

82 Over juridisering in Nederland (o.a.) Drupsteen 2004, p. 11-22; Jans & De Jong 2002, p. 70; vgl. ook Harlow 2002, p. 67.

83 Maar het is de vraag of overeenstemming in terminologie ook overeenstemming betekent over de inhoud van het concept, zo stelt Bell 1998, p. 151-154, over ‘proportionaliteit’.

indirecte bestuur van de EG,<sup>84</sup> en anderzijds via de eisen die het Hof van Justitie aan rechtsbescherming heeft gesteld.<sup>85</sup>

Een tweede groep van kritiek nuanceert de diepgang van de convergentie. Naast de stelling dat er feitelijk geen *ius commune* ontstaat, wordt hier gesteld dat deze convergentie ook niet zal ontstaan omdat er te grote verschillen bestaan tussen de verschillende rechtstradities van de lidstaten,<sup>86</sup> en overigens ook tussen de traditie van de EG zelf en de rechtsculturen van de lidstaten<sup>87</sup> of omdat de rechtspraak van het Hof minimalistisch van aard is.<sup>88</sup> In de integrationistische *ius commune*-visie is er weliswaar wel aandacht voor verschillen tussen de rechtsstelsels van de lidstaten, maar ontbreekt de overtuiging dat die verschillen onoverbrugbaar zouden zijn.<sup>89</sup> In de daartegenover staande visie zijn met name de verschillen tussen het common law-systeem van de Angelsaksische rechtstradities en de continentale stelsels niet te overbruggen.<sup>90</sup> Gesteld wordt dat zelfs als er al sprake zou zijn van convergentie op het niveau van de *regels*, er nog geen sprake hoeft te zijn van *daadwerkelijke* convergentie, die men zou moeten onderzoeken op het niveau van de bredere cultuur waarin de regels zijn ingebed.<sup>91</sup> Zo er al enige convergentie ontstaat, zal dat beperkt zijn tot onderwerpen die door het EG-recht worden bestreken, maar ‘it seems unlikely that the indirect, voluntary influence of European norms will produce an eventual convergence of national administrative laws in purely domestic cases’.<sup>92</sup> Deze visie is gebaseerd op een sterke verbinding tussen recht en cultuur.<sup>93</sup>

Als de recht- en cultuurverbinding wordt aangenomen, en dat lijkt de heersende opvatting in en over de rechtssystemen van het westen te zijn, zijn desalniettemin nuanceringen mogelijk van de onoverbrugbaarheid van de culturele verschillen. Enerzijds geldt immers dat de culturen van de EG-lidstaten onderling minder verschillen dan die tussen Nederland en (bijvoorbeeld) Micronesië,<sup>94</sup> waardoor

---

84 Zie Himsworth 2002, p. 103.

85 Schwarze 2000 a, p. 164. Zie ook Caranta 1995; De Groot 1992; en hoofdstuk 2, par. 2.

86 Voor het administratieve recht wordt door Bell 1998, op basis van Schwarze 1996, een indeling in tradities gemaakt. Nederland wordt ingedeeld bij de common law-traditie, terwijl verder nog een Frans-beïnvloede, en een Scandinavische traditie worden onderscheiden. Zie over ‘legal traditions’ ook Patrick Glenn 2007, p. 53-56.

87 Harlow 1999.

88 A. Ward 2007, p. 197.

89 Zie Schwarze 2000 a, p. 164.

90 Met name Legrand 1996; Merryman 1981; maar zie ook de discussie tussen Langbein 1985; Reitz 1989-1990; Chase 1997; Jackson 1997.

91 Het probleem van de propagenten van de ‘developing *ius commune*’-gedachte is dat ‘they present but a surface image of a legal system’, dergelijke studies ‘indicate nothing about the deep structures of legal systems’, stelt Legrand 1996, p. 56. Vergelijkbaar Merryman 1981, p. 379; Cotterrell 2007, p. 23-24.

92 Hilson 2003, p. 128.

93 Die verbinding tussen recht en cultuur kan meer of minder sterk worden gezien, zie hierover Ewald 1995; Tamanaha 2001; Varga 1992, p. 725. Zie voor kritische beschouwingen ook o.a. Teubner 2000; Reitz 2002; Legrand 1996; Krygier 1986; Bell 1998, p. 156-157; C.A. Jones 2006.

94 Het is vanwege zijn werk als Amerikaan in Micronesië, waar bijna al het recht uit de VS is geïmporteerd en tot zijn verrassing slechts weinig relevantie heeft voor het dagelijks leven van de Micronesiërs, dat Tamanaha tot het idee kwam een algemene rechtsleer te ontwerpen waarbij de link tussen cultuur en recht *niet* als vanzelfsprekend wordt beschouwd, Tamanaha 2001, p. xi.

convergentie binnen de EG gemakkelijker zou moeten zijn. De verschillen in administratief recht tussen het common law-systeem en het continentale systeem lijken bovendien kleiner (te worden) dan soms wordt voorgestaan.<sup>95</sup> Maar daar staat tegenover dat de verbinding tussen cultuur en administratief recht,<sup>96</sup> en tussen cultuur en procesrecht<sup>97</sup> juist sterk wordt geacht, wat convergentie bemoeilijkt. Die verbinding zou dan voor het materiële mededingingsrecht echter weer minder hecht zijn, omdat dit rechtsgebied én relatief nieuw is, én het mededingingsrecht vaak grensoverschrijdend van aard is,<sup>98</sup> én omdat de verbinding tussen recht en moraal in het economisch recht minder sterk zou zijn.<sup>99</sup> Ook zou convergentie in het mededingingsprocesrecht gemakkelijker kunnen zijn, omdat dit materiële rechtsgebied in ieder geval steeds als onderdeel van de kern van het *acquis communautaire* wordt gezien, waarvoor het (in de EG-context bepaalde) diversiteitsdenken minder relevant wordt geacht.<sup>100</sup> Bovendien, in het materiële mededingingsrecht lijkt juist wel (en zelfs mondiale) convergentie plaats te vinden. Ten slotte lijken sommige juridische culturen, zoals de Nederlandse, inherent opener te staan voor externe beïnvloeding dan andere.<sup>101</sup> Hoe deze nuances zich echter precies tot elkaar verhouden, is natuurlijk lastig vast te stellen.<sup>102</sup>

### 5.3 De wenselijkheid van geharmoniseerd bestuursrechtelijk *ius commune*

Vanwege de gestelde culturele verschillen in het recht komt men van de vraag of er feitelijk sprake is van bestuursrechtelijke convergentie terecht bij de vraag of deze convergentie *wenselijk* is. In de integrationistische *ius commune*-visie is dat het geval. De kritiek op die visie is met name dat over culturele verschillen heen wordt gestapt, en van bovenaf Europese oplossingen worden aangedragen die niet per se de beste zijn. Dat roept weerstand op (zie ook par. 2.4). Zoals er op mondiaal niveau een tegenbeweging is te zien, gericht tegen globalisering, lijkt er in Europees verband eveneens een dergelijke tegenbeweging te zien. Divergentie en diversiteit worden daarin als waarde boven, maar met name naast, integratie gezien.<sup>103</sup> Er is sprake van ‘an apparant shift in the paradigm of European governance from one of uniformity and harmonisation to one of flexibility and differentiation’.<sup>104</sup> Het lijkt er op dat tegelijkertijd, net als op mondiaal niveau, binnen Europa een integratietendens

---

95 Zie bijv. Koopmans 1992, p. 44-46. Bovendien, als via globalisering inderdaad een ontwikkeling gaande is van convergentie van de algemene cultuur én de stelling klopt dat juridische cultuur de algemene cultuur volgt, dan gaat het argument tegen *ius commune* vanwege de verbinding met nationale cultuur over zekere tijd niet meer op.

96 Zie bijv. Bell 1998. Anders: Tamanaha 2001, p. 87-88.

97 Zie Kahn-Freund 1974, p. 20; Harlow 2000, p. 80-81.

98 Vgl. de totstandkoming van een *lex mercatoria* in par. 5.1.

99 Tamanaha 2001, p. 86-87.

100 Bijv. De Búrca 2000, p. 134.

101 Zie bijv. Claes & De Witte 1998; Jans & De Jong 2002, p. 79.

102 Vgl. Cotterrell 2007, p. 26-27.

103 Zie over divergentie als waarde in algemene zin De Búrca & Scott 2000; Dashwood 2005, p. 44-48; Von Bogdandy 2006, p. 3-52; Van Gerven 2005; Thym 2006; Ott 2005. Meer specifiek over diversiteit in procedureel recht ook Dougan 2004; Harlow 1999, p. 272; Kilpatrick 2000. In het algemeen ook over de ‘forces tending to cause legal systems to diverge’ Merryman 1981, p. 372; en over de relatie tussen *vrijheid* en diversiteit ook Berlin 1969.

104 De Búrca & Scott 2000, p. 1. Vgl. Lyons 2000, p. 109.



en een divergentietendens is te zien.<sup>105</sup> Ook hier geldt dat de vrijwel niet te beantwoorden vraag luidt hoe deze beide tendensen zullen doorwerken op convergentie van bestuursprocesrecht.<sup>106</sup> In dat licht is een ‘leave-it-as-it-is approach’,<sup>107</sup> een afwachtende houding waarin wordt onderkend dat er sprake is van convergentie, maar deze niet per se verder hoeft te worden gestuurd, wellicht de meest pragmatische houding.

De weerstand is ook te zien in een deel van de kritiek vanuit het Nederlandse perspectief op de convergentietendensen (een derde groep van kritiek). Zo wordt gezegd dat, in gedeeltelijke tegenstelling tot de vaak vanuit het EG-recht gepropageerde visie dat een *ius commune* geldt als een ontwikkeling naar grotere rechtseenheid, dit niet geldt voor het nationale recht. Het overkoepelende systeem voor Europese rechten en de bijbehorende rechtsbescherming daarvan brengt juist een bedreiging mee van de ‘eenheid en consistentie’ van de nationale rechtsbescherming.<sup>108</sup> Dit komt met name door de verschillende sets van normen waarmee nationale rechters moeten werken (zie ook hoofdstuk 2, par. 2.4.2). Dit verschil in sets van regels kan worden opgeheven door vrijwillige, rechterlijke spill-over-effecten (vergelijk par. 4.2), maar ook door een Europese wettelijke uitputtende harmonisatiemaatregel. Maar dan stuit men op de ook vanuit het nationale perspectief naar voren gebrachte kritiek dat de eigenheid van het nationale Nederlandse systeem niet ‘zomaar’ opzij zou mogen worden gezet.<sup>109</sup> Aansluitend bij de hierboven genoemde kritiek vanuit de sterke verbinding van cultuur en recht en de waarde van diversiteit wordt gesteld: ‘waarom zou men eigen systemen en uitgangspunten die hun waarde in de loop der jaren hebben bewezen, moeten inruilen voor Europese eenheidsoplossingen?’<sup>110</sup> Bovendien kunnen de Europese eenheidsoplossingen leiden tot achteruitgang voor reeds verder ontwikkelde rechtsstelsels. Verdergaande convergentie en harmonisatie is dan niet de goede richting.

Deze discussie is voor dit proefschrift niet alleen relevant als context voor de analyse van de uitspraken van de Nederlandse mededingingsbestuursrechter, maar ook omdat deze analyse zal leiden tot de conclusie dat er wel of geen sprake is van convergentie op dit terrein. De uitkomst van dit onderzoek ondersteunt derhalve een van beide thesen: als materiële mededingingsrechtelijke convergentie (in Nederland) leidt tot procedurele convergentie, levert dat ondersteuning op voor de stelling dat zich feitelijk een bestuursprocesrechtelijk *ius commune* ontwikkelt. Een tegenovergestelde conclusie levert ondersteuning voor de stelling dat een dergelijk *ius commune* niet vanzelf ontstaat. De vraag of deze convergentie wel wenselijk is, kan in het licht van

---

105 Daarbij hoeft het een niet tegengesteld te zijn aan het ander (d.w.z. dat de visie waarbij flexibiliteit/diversiteit wordt gezien als een gevaar voor integratie/constitutionalisme niet per se juist hoeft te zijn); zie voor een genuanceerde benadering, Shaw 2000, p. 342: ‘the current praxis of the EU legal and political order sustains elements of *both* principles’ (cursief in origineel).

106 Een breder perspectief geeft Walker 2000.

107 Kadelbach 2002, p. 204.

108 Barkhuysen 2006, p. 16.

109 Vgl. Widdershoven 1996, p. 101.

110 Widdershoven 1996, p. 101 (maar niet per se zijn eigen mening).

de eisen van effectieve rechtsbescherming vervolgens verder worden beoordeeld (zie ook hoofdstuk 9).

De weergegeven discussie verplaatst zich vervolgens naar de vraag of het bestaande *ius commune* moet worden vastgelegd of dat zelfs verdergaande harmonisatiemaatregelen moeten worden genomen. Hoewel deze vraag grotendeels buiten het onderzoeksveld van dit proefschrift ligt (vooral omdat de analyse hier de Nederlandse context betreft en voor beantwoording van de harmonisatievraag een breder Europees perspectief zou moeten worden ingenomen), is de vraag naar harmonisatie zo verbonden met de *ius commune* convergentie-these dat zij niet onbesproken kan blijven. Zeer in het kort kan over de discussie over harmonisatie een van de standpunten ingenomen worden van principieel tegen,<sup>111</sup> via een laat-maar-waaienhouding waarin harmonisatie in ieder geval nu nog niet wenselijk of nodig wordt geacht,<sup>112</sup> naar een in principe positieve houding ten opzichte van harmonisatie<sup>113</sup> (hoewel ook dan lastige vragen, zoals het wat en hoe, moeten worden beantwoord).<sup>114</sup> Voor het mededingingsrecht is hierbij de vraag relevant of, als harmonisatie wenselijk wordt geacht, deelharmonisatie niet meer voor de hand ligt; dat wil zeggen, alleen voor het terrein van het mededingingsbestuursprocesrecht. Een aantal redenen voor een betere haalbaarheid van een deelproject is al aan de orde gekomen: wellicht is het mededingingsrecht vanwege het economische karakter van dit rechtsgebied minder gebonden aan cultuur; bovendien is sprake van een grote samenhang met materiële convergentie, zodat hier derivatieve procedurele convergentie aan de orde is. Bovendien is er al sprake van een zekere harmonisatie van procesrecht – een bewijsregel – in Verordening 1/2003. Daar komt bij dat het mededingingsrecht tot de kern van het *acquis communautaire* behoort, waarvoor het diversiteitsdenken

---

111 Vanuit het culturele diversiteitsperspectief bijvoorbeeld is harmonisatie minder voor de hand liggend (hoewel De Groot 1992, p. 11 stelt: 'it may be that the need for unification in Europe is so much greater than in the United States, *because* here, in contrast with the latter, there is *less* of a common legal culture' (cursief AG)). Principieel is ook de tegenwerping: wie profiteert van een geharmoniseerd procesrecht? Dat zijn met name 'a handful of multi-national corporations and firms which trade regularly across international boundaries – big players, well able to protect themselves against the transaction costs of divergence through in-house lawyers', Harlow 2000, p. 81.

112 Bijvoorbeeld omdat er (nog) te weinig convergentie is om harmonisatiemaatregelen te kunnen nemen, S.C. Vedder 1995, p. 75; of omdat harmonisatie een verdere ontwikkeling van het *ius commune* juist tegenwerkt, Schwarze 2000 a, p. 176-177; omdat het tijdsgewricht zich er niet voor leent, Widdershoven & De Lange 1996, p. 643; of dat een rechtsbasis voor harmonisatie ontbreekt, Prechal 1997, p. 31-33; Steyger 1996, p. 22; Vermeulen 2001; maar anders: Mortelmans 1996, p. 136; Boes & Stuyck 1996; Storme 1994; Kerameus 1995, p. 409-410.

113 Het zal duidelijk zijn dat er binnen de integrationistische *ius commune*-attitude geen principieel bezwaar tegen harmonisatie bestaat. Integendeel, deze vloeit logisch voort uit de verbinding van integratie, convergentie en *ius commune* (zie o.a. de hiervoor genoemde auteurs als Storme 1994; Van Gerven 1995 a; Caranta 1995; Brown 1997; McKendrick 2000; Schwarze 2000 a; Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003; Van den Bossche 2001; Steyger 1996). Kadelbach 2002, p. 205 noemt dit de 'federalist approach'. Zo zou harmonisatie niet alleen bijdragen tot de integratie, maar ook tot een versnelling van de ontwikkeling van het *ius commune* en zelfs tot acceptatie door de EU-burgers van die verdere integratie, stelt Schwarze 2000 a, p. 179-181, en draagt harmonisatie bij tot simplificatie van het bestuursrecht, rechtseenheid en rechtszekerheid, Barkhuysen 2006, p. 31.

114 Zoals de vraag of een dergelijke strategie politiek en juridisch haalbaar is; de complexe vraag *wat* er dan geharmoniseerd moet worden; zie Steyger 1996, p. 59 en 63; en vgl. Martínez López-Muniz 1992; Storme 1994; en de vraag naar het *hoe*, vgl. Storme 1994; Steyger 1996, p. 59-61; Vermeulen 2001, p. 181.

minder zou gelden dan voor de gebieden buiten de kern van het acquis.<sup>115</sup> Wellicht is derivatieve procedurele harmonisatie voor dit deelgebied een logischer stap.<sup>116</sup>

## 6 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk heb ik laten zien dat er verschillende soorten, vormen en processen van convergentie zijn. Deze theorie vormt de achtergrond voor de analyse van de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter. In de navolgende hoofdstukken wordt onderzocht welke vormen van convergentie zich in de praktijk bij die rechter voordoen. Dat de praktijk van convergentievormen weerbarstiger is dan de theorie, lijkt bij voorbaat al vastgesteld te kunnen worden; niettemin vormen de analytisch te onderscheiden processen en vormen een kader voor het ontwarren van het kluwen beïnvloedingsmogelijkheden. Het antwoord op het eerste deel van de onderzoeksvraag (of materiële wettelijke convergentie leidt tot procedurele convergentie, zie hoofdstuk 1, par. 2) zal ofwel zijn dat inderdaad sprake is van convergentie als gevolg van wettelijke materiële convergentie, ofwel dat wel sprake is van gelijkheid, maar dat dit niet een gevolg hoeft te zijn van die wettelijke materiële convergentie, ofwel dat in het geheel geen sprake is van convergentie, maar van divergentie.

In dit hoofdstuk heb ik ook de relatie tussen convergentie, integratie en harmonisatie van bestuurs(proces)recht uiteengezet en de vraag opgeworpen of zich een ontwikkeling voordoet naar een bestuurs(proces)rechtelijk *ius commune*. De vraag is of deze ontwikkeling moet worden gestimuleerd door harmonisatiemaatregelen. In het algemeen lijkt sprake te zijn van convergentie van bepaalde bestuursrechtelijke waarden en toetsingsmaatstaven van overheidsoptreden. Hoewel die convergentie van waarden en toetsingsmaatstaven ook het uitgangspunt voor het mededingingsprocesrecht is, betekent convergentie op dit algemene niveau nog niet dat er, als een soort niet tegen te houden, onvermijdelijk proces, een Europees procedureel bestuursrecht zal ontstaan. Juist de combinatie van integratie én de tegenbeweging van divergentie lijkt die (in de *ius commune*-attitude) onvermijdelijkheid te ondermijnen. Het tweede deel van de onderzoeksvraag – de beoordeling van de uitkomsten van de analyse in het licht van effectieve rechtsbescherming (zie hoofdstuk 1, par. 2) – past in dit kader. Zij kan de wenselijkheid van een verdergaande ontwikkeling naar een Europees bestuursrechtelijk *ius commune* ondersteunen, maar ook tot de conclusie leiden dat de nationale bescherming voldoende is, of zelfs beter, dan op grond van een wellicht nivellerende Europeanisering zal worden bereikt.

---

115 Zie De Búrca 2000, p. 134.

116 Vgl. Prechal 2001 b, p. 190.



## 4 Algemene uitgangspunten voor bewijs en toetsing

### 1 INLEIDING

In dit hoofdstuk bespreek ik de uitgangspunten voor bewijs en toetsing door de rechter in het nationale bestuursrecht en in het Europese bestuursrecht. In de analyse van de mededingingsrechtelijke uitspraken gaat het om het in kaart brengen van de beïnvloeding tussen beide niveaus, waarvoor de ‘nulmeting’ in dit hoofdstuk het vertrekpunt is. De nationale bestuursrechter en de Europese bestuursrechter worden over het algemeen pas in een geschil<sup>1</sup> betrokken nadat een bestuursorgaan, de NMa of de Commissie, een beslissing heeft genomen. Het bestuur is de ‘primaire rechtstoepasser’.<sup>2</sup> Dit gegeven heeft invloed op de wijze van vaststelling van de feiten en de bewijsvoering. De algemene uitgangspunten van bewijsrecht worden in paragraaf 2 besproken. De verlate betrokkenheid van een rechter in een geschil heeft ook invloed op diens toetsing.<sup>3</sup> Hoewel de rechter het recht interpreteert, heeft het bestuursorgaan een zekere mate van *beslisruimte*.<sup>4</sup> De beslisruimte, de mate van vrijheid voor het bestuursorgaan, hangt samen met de vraag of het bestuursorgaan een gebonden of een vrije bevoegdheid uitoefent en met de formulering van de voorwaarden waaronder de bevoegdheid kan worden uitgeoefend, maar hangt ook af van de taakopvatting en de verhouding tussen bestuur en rechter. De vrijheid voor het bestuursorgaan is in een rechtsstaat niet ongelimiteerd: controle is in handen van de rechter. Dat ook het bestuursorgaan het recht interpreteert, is in de nationale rechtssfeer expliciet, en in de EG-praktijk impliciet erkend doordat het bestuursorgaan bevoegd is wetsinterpreterende beleidsregels vast te stellen.<sup>5</sup> Niettemin heeft de rechter het laatste woord; de interpretatie van het bestuursorgaan is voorwaardelijk. De verhouding tussen rechter en bestuur in de toetsing door de rechter van beslissingen van het bestuursorgaan is aan de orde in paragraaf 3.

In het klassieke model van rechtsvinding komt ook aan de rechter geen interpretatieruimte toe. In dit model stelt de rechter de feiten vast en past hij vervolgens de juiste rechtsregel op die feiten toe.<sup>6</sup> Dit klassieke beeld leidt tot formele redeneringen waarbij de uitkomst van een geschil wordt gepresenteerd als de logisch enig mogelijk-

---

1 Zie voor verschillende definities van dit begrip Crommelin 2007, p. 208.

2 Klap 1994, p. 11.

3 Zie Klap 1994, p. 11.

4 Schlössels & Stroink 2006, p. 94. Ook wel ‘bestuurlijke keuzevrijheid’, Schueler e.a. 2007, p. 1; ‘discretionaire bevoegdheid’, Schlössels & Stroink 2006, p. 94; of ‘keuzevrijheid’, Lavrijssen 2004, p. 22; en in het Engels vooral ‘*discretion*’, Gil Ibáñez 1999, p. 199.

5 Artikel 2:85 Awb; zie Bestuursrecht I, p. 284; Van Kreveld 1983; Bröring 1998, en voor de Commissie: Gil Ibáñez 1999, p. 205.

6 Vgl. Conant 2002, p. 51.

ke uitkomst.<sup>7</sup> Het idee dat de rechter niet over rechtsvindingsruimte zou beschikken, is al geruime tijd losgelaten,<sup>8</sup> maar de formeel-logische redeneertrant is in uitspraken nog vaak te zien.<sup>9</sup> Modernere rechtsvindingstheorieën benadrukken dat er sprake is van *autonome rechtsvinding* op het niveau van de rechter. Het recht is geen gesloten systeem van door de wetgever vastgestelde regels, maar een open systeem, waarbij de rechter het recht ook buiten de vastgestelde regels kan vinden.<sup>10</sup> In sommige gevallen komt de rechter daarbij rechterlijke vrijheid (*judicial discretion*) toe. Daarover gaat paragraaf 4. Paragraaf 5 bevat enkele concluderende opmerkingen.

Dit vierde hoofdstuk van het proefschrift is gericht op het formuleren van uitgangspunten die gelden voor de navolgende analyse van mededingingsrechtelijke uitspraken. Daarnaast worden enkele algemene veronderstellingen aan het licht gebracht, die op hun juistheid in de analyse zullen worden getoetst (zie ook par. 5). Hoewel bewijsrecht en toetsing voor de analyse van hoofdstuk 5, waarin de toegang tot de rechter centraal staat, minder van belang is, gelden de algemene uitgangspunten ook daar; met name paragraaf 4 van dit hoofdstuk is daartoe relevant. De analyse van uitspraken van de mededingingsbestuursrechter, waarin de vraag of materiële wettelijke convergentie ook leidt tot convergentie in bewijsrecht en toetsing door de rechter zal worden beantwoord, is neergelegd in hoofdstuk 6 (kartelverbod), hoofdstuk 7 (concentratietoezicht) en hoofdstuk 8 (de afwijzing van klachten en het prioriteringsbeleid).

## 2 BEWIJSRECHT

Bewijsrecht geeft regels omtrent het bewijs van *feiten*.<sup>11</sup> Daarmee heeft bewijsrecht geen betrekking op evaluaties of kwalificaties van feiten, zij het dat dit onderscheid in de praktijk soms lastig is vol te houden (zie ook par. 3.4.1).<sup>12</sup> Bewijzen in juridische zin betekent ‘het met bepaalde bewijsmiddelen verschaffen van redelijke zekerheid’.<sup>13</sup> Zowel in het nationale recht als in het Europese recht geldt een vrije bewijsleer.<sup>14</sup> Het begrip ‘vrij’ is echter relatief. Hoewel er weinig gecodificeerde regels zijn, is ‘het bestuursrechtelijke bewijsrecht (...) contextueel bepaald en maar in beperkte mate vrij’.<sup>15</sup> De bestuursrechtelijke context is aan de orde in paragraaf 2.1; zij is op nationaal en Europees niveau vergelijkbaar. Ook doordat de uitgangspunten voor bewijs ‘have a sound basis in common sense and human experience’,<sup>16</sup> vertonen de *globale* uitgangspunten een grote mate van gelijkheid. De materiële

---

7 Zie bijv. Wiarda 1988, p. 12-14; en voor het EG-recht Maduro 1998.

8 Zie Asser & Scholten 1954; Wiarda 1988; Conant 2002, p. 51.

9 Zie Weiler 1998; Bengoetxea e.a. 2001.

10 Wiarda 1988, p. 148; Koopmans 1999; Barents 2005, p. 78.

11 Schuurmans 2005, p. 18.

12 Zie voor fundamentele kritiek op het onderscheid ook Van Klink & Taekema 2008, p. 4-5.

13 Tak 2005, p. 577.

14 O.a. Bestuursrecht II 2002, p. 199; Schuurmans 2005, p. 1; voor het EG-recht o.a. Barents 2005, p. 505.

15 Simon 1999, p. 33. Verordening 1/2003 bevat voor het mededingingsrecht overigens wel een bewijsregel.

16 Joshua 1987, p. 315.

bepaling oefent vervolgens haar invloed uit op het *specifieke* bewijsrecht.<sup>17</sup> In algemene zin worden de volgende onderwerpen van bewijsrecht onderscheiden: bewijsomvang (par. 2.2);<sup>18</sup> bewijslastverdeling (par. 2.3); bewijsmiddelen en bewijskracht (par. 2.4); en bewijsmaatstaf (par. 2.5). In paragraaf 2.6 bespreek ik enkele punten van kritiek. In paragraaf 2.7 ga ik ten slotte in op de samenhang tussen bewijs en de toetsing door de rechter.

## 2.1 Bestuursrechtelijke context

De bestuursrechtelijke context is van invloed op het bewijsrecht. Zo moeten de feiten door het bestuursorgaan al zijn vastgesteld. Het bestuursorgaan is in de nationale context daarbij gebonden aan artikel 3:2 Awb, waarin het vereiste van een zorgvuldige voorbereiding is neergelegd,<sup>19</sup> en in het EG-recht aan een vergelijkbare zorgvuldigheidsnorm. Deze zorgvuldigheidsnorm geldt voor het vaststellen van de feiten: zij moet deugdelijk zijn, ‘grondig en nauwgezet’.<sup>20</sup> Het motiveringsvereiste hangt daarmee sterk samen: het besluit moet rusten op een deugdelijke motivering.<sup>21</sup> Het motiveringsvereiste moet echter worden onderscheiden van de zorgvuldigheidsplicht; bewijsrechtelijke aspecten worden in de grond door het zorgvuldigheidsbeginsel geraakt. Het bewijs komt echter tot uiting door en in de motivering. Anders gezegd, in de motivering krijgt het bewijs een toetsbare vorm,<sup>22</sup> maar zij omvat meer dan bewijs alleen. Een gebrekkige motivering kan, maar hoeft derhalve niet noodzakelijkerwijs, te wijzen op een gebrek aan bewijs.

Omdat de feiten al door het bestuursorgaan zijn vastgesteld, gelden in het bestuursrecht andere regels dan in het civiele recht en het strafrecht. De bewijsvoering vindt niet plaats in het proces bij de rechter, althans niet primair, maar heeft zich al voltrokken. Die bewijsvoering door het bestuursorgaan is onderwerp van de toetsing. De vermenging van strafrecht en bestuursrecht in het punitief bestuursrecht kan dit beeld van gescheiden werelden echter compliceren. Een ander element dat het bewijsrecht beïnvloedt, is het van de bestuursrechter verwachte zoeken naar de materiële waarheid. Deze rechterlijke houding, die zowel geldt voor de nationale rechter als de Europese rechter, staat in de nationale context weliswaar onder druk door de voortschrijdende subjectiveringstendens (zie hoofdstuk 2, par. 3.3), maar is niet verlaten. De reden om niet de subjectief tussen partijen vaststaande waarheid als uitgangspunt te nemen, is gelegen in het objectiefrechtelijke karakter van het bestuursrecht. Zij brengt mee dat de bestuursrechter een actieve rechter is of dat in elk geval kan zijn.<sup>23</sup> De ongelijkheidscompensatie is hiervan een aspect die ook in het begrip ‘fair trial’ van artikel 6 EVRM besloten ligt.<sup>24</sup> De rechtsbeschermingsfunctie van het bestuursprocesrecht, als hoofdfunctie nog niet verlaten, brengt bovendien

---

17 Vgl. Asser 1992, p. 4; Schuurmans 2005, p. 17.

18 Ook wel bewijsthema, *probandum*, O.W. Brouwer 2001 a, p. 102.

19 Zie Schuurmans 2005, p. 47.

20 A-G Tizzano in zaak C-12/03 P, Tetra Laval, ov. 74. Zie Botteman 2006, p. 75.

21 Art. 3:46 Awb; art. 253 EG; zie ook Kerse & Khan 2005, p. 318-322.

22 Zie bijv. zaak T-112/99, Métropole M6, ov. 44.

23 Zie Bestuursrecht II 2002, p. 200-201; Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 24.

24 Simon 1999, p. 31.

mee dat niet van de juistheid van het besluit – een vermoeden van rechtmatigheid – kan worden uitgegaan.<sup>25</sup> In het punitief bestuursrecht past een dergelijk vermoeden in het geheel niet.

De subjectivering van het bestuursprocesrecht heeft nog een interessante component die in dit verband relevant is. Zij heeft in het algemeen betrekking op de houding van de rechter ten aanzien van de feiten, en meer specifiek op het al dan niet toepassen van een *bewijsfuik*.<sup>26</sup> In beginsel zijn er twee manieren om de toetsing van de feiten te benaderen: die van het ‘retrospectieve proces’ en die van de ‘volledige beoordeling’.<sup>27</sup> In de eerste benadering is de taak van de rechter het toetsen van het proces van feitenvaststelling door het bestuursorgaan, in de tweede benadering past de actieve rechter die op zoek gaat naar de materiële waarheid. In de eerste benadering past de (in de literatuur zo genoemde) bewijsfuik. Deze houdt in dat ‘feitelijke gegevens en bewijsmiddelen buiten beschouwing moeten blijven als de belanghebbende deze pas voor het eerst bij de rechter inbrengt, terwijl hij dit ook al in primo of in bezwaar had kunnen doen’.<sup>28</sup> Als hij dit niet doet, en het besluit op onjuiste feiten berust, betekent dit nog niet dat het besluit onrechtmatig is. Daarbij geldt wel, en dat is voor het Mededingingsrecht bijvoorbeeld voor de beoordeling van efficiënties van belang, dat de betrokkene in bezwaar voldoende is geïnformeerd over wat hij moet bewijzen.<sup>29</sup> Daartegenover staat de meer klassieke visie op de functie van het bestuursproces, waarbij door de rechter wordt getoetst of het besluit op een deugdelijke feitelijke grondslag berust. In samenhang met de zoektocht naar materiële waarheid leidt dit tot de conclusie dat een besluit onrechtmatig is, ook als de burger zijn bewijs pas in een later stadium heeft aangedragen. Het vinden van of in ieder geval het zoeken naar de materiële waarheid is hier ook gekoppeld aan het procedurele en economische idee van het minimaliseren van rechterlijke fouten.<sup>30</sup> De bewijsfuik is omstreden,<sup>31</sup> ook in het licht van artikel 6 EVRM, en wordt niet door alle rechters gehanteerd.<sup>32</sup> Het CBb lijkt haar af te wijzen.<sup>33</sup>

Voor het mededingingsrecht geldt dat de bestuursrechtelijke context mede wordt bepaald door het economische en Europese karakter van het recht. Ook is de mogelijkheid van het opleggen van sancties bij overtredingen karakterbepalend omdat daarmee een deel van het mededingingsrecht punitief van aard is. Economische bewijsregels doen hun intrede in het juridische domein, wat tot spanningen kan

---

25 Simon 1999, p. 31. Kritisch Tak 2005, p. 576; zie ook hoofdstuk 2, par. 2.3.

26 Zie uitgebreid Van de Griend 2007.

27 Bestuursrecht II 2002, p. 202. Zie ook Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 22; Verheij 2002; Van de Griend 2007, p. 59-70.

28 Crommelin 2007, p. 266.

29 Vgl. ABRvS 19 augustus 1999, Winterbewaarprei; zie hierover Van de Griend 2007, p. 62-64.

30 Vgl. Sanchirico 2006, p. 29; Gutiérrez 2007, p. 7.

31 De Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 22 acht het ‘nodig noch wenselijk voor het gehele bestuursrecht voor één van beide opvattingen te kiezen’. Zie ook Van de Griend 2007, p. 55-102; en zie ook Barkhuysen e.a. 2007, p. 80-84.

32 Bestuursrecht II 2002, p. 203; vgl. Crommelin 2007, p. 288; Simon 1999, p. 32.

33 Van de Griend 2007, p. 106.



leiden.<sup>34</sup> Ook de materiële bepalingen van het Europese mededingingsrecht kunnen bewijsregels beïnvloeden; de vraag is hier hoe ver. Daarnaast kent het EG-rechtelijk beginsel van effectieve rechtsbescherming een bewijsrechtelijke component: bewijsregels van nationaal recht mogen de bescherming van aan het EG-recht ontleende rechten niet onmogelijk maken (zie hoofdstuk 2, par. 2). Zo heeft het Hof bepaald dat nationale bewijsrechtelijke vermoedens onder omstandigheden in strijd kunnen zijn met dit beginsel,<sup>35</sup> maar over het algemeen is het de verwachting dat de beïnvloeding van dit EG-rechtelijke beginsel op het nationale systeem van bewijs minimaal zal zijn.<sup>36</sup> Het punitief karakter brengt mee dat ook de desbetreffende waarborgen van het EVRM gelden (zie hoofdstuk 2, par. 3.2.1). Ook dat kan invloed uitoefenen op de regels van bewijs.

## 2.2 Bewijsmaatstaf

De bewijsmaatstaf, ook wel bewijsstandaard genoemd,<sup>37</sup> drukt uit tot welke overtuiging feiten moeten vaststaan om als uitgangspunt te gelden voor het vaststellen van de bestuursrechtelijke beslissing. De bewijsmaatstaf is in het recht per definitie een andere dan die in de natuurwetenschap.<sup>38</sup> Dat adagium wordt vaak herhaald en klinkt voor juristen logisch, maar wat de rechterlijke overtuigingsmaatstaf dan wel is, is niet per definitie duidelijk.<sup>39</sup> Het is moeilijk om in algemene zin vast te stellen wat de bewijsmaatstaf in het bestuursrecht is, aangezien dit ‘afhangt van de concrete omstandigheden van het geval’.<sup>40</sup> De bestuursrechtelijke bewijsstandaard is ‘vanouds het criterium van “voldoende aannemelijkheid”’,<sup>41</sup> maar blijft in abstracto vaag. De bewijsstandaard is ook afhankelijk van de bevoegdheid en het type besluit dat aan de orde is.<sup>42</sup> Zoals in de navolgende analyse zal blijken, hangen de bewijsmaatstaf en de op het bestuursorgaan rustende onderzoeksplicht, die een uitdrukking is van

---

34 Zie over de verschillende niveaus waarop economie zich in het juridische domein dringt, ook Brunt 1999, p. 358-359.

35 Zaak 199/82, San Giorgio en zaak 109/88, Danfoss. Zie bijv. Widdershoven & De Lange 1996, p. 614; Prechal 2001 b, p. 177.

36 O.a. Widdershoven & De Lange 1996, p. 61; dit lijkt bevestigd door de preambule (punt 5) van Verordening 1/2003; zie recentelijk ook de bevestiging van het Hof dat bewijsrechtelijke regels primair onder de procedurele autonomie van de lidstaten vallen als het EG-recht in die bewijsregels niet voorziet, zij het met inachtneming van de beginselen van gelijkwaardigheid en effectieve rechtsbescherming, zaak C-55/06, Arcor AG, o.a. in AB 2008/326 m.nt. Widdershoven.

37 De discussie in termen van ‘standaarden’ is eigenlijk vreemd aan het continentale recht (Legal 2005, p. 108), maar heeft de interessante bijkomstigheid dat, omdat in het Engels ook de toetsingsintensiteit wordt uitgedrukt in termen van een standaard, de bewijsstandaard en de toetsingsstandaard in ieder geval taalkundig, maar daardoor (aangezien wij talige wezens zijn) ook gevoelsmatig dicht tegen elkaar aan komen te liggen (zie ook par. 2.7).

38 Vgl. Schuurmans 2005, p. 16; Tak 2005, p. 577.

39 Overigens is de natuurwetenschappelijke bewijsmaatstaf ook niet per definitie duidelijk; zie bijv. Popper 1963.

40 Schuurmans 2005, p. 21. Maar zie voor de stelling dat zij zich bevindt tussen de bewijsmaatstaf in het strafrecht (waar de hoogste standaard geldt) en die in het civiele recht (waar de standaard zou inhouden dat een feit meer waarschijnlijk is van wel dan van niet), O.W. Brouwer 2001 a, p. 102; en vergelijkbaar voor het EG-recht Reeves & Dodoo 2005-2006, p. 1039.

41 Bestuursrecht II 2002, p. 214; idem Simon 1999, p. 27.

42 Vgl. Schuurmans 2005, p. 17; Schreuder-Vlasblom 2008, p. 318; voor het EG-mededingingsrecht Bailey 2003, p. 855; Reeves & Dodoo 2005-2006, p. 1039-1041; Joshua 1987; en voor de *common law*-context Louveaux & Gilbert 2005; Reeves & Dodoo 2005-2006, p. 1038-1039.

de bewijsvoeringslast (zie par. 2.5) samen, omdat bij een ‘smallere’ onderzoeksplicht het bestuursorgaan minder onderdelen hoeft te onderzoeken alvorens tot, bijvoorbeeld, een inbreuk te concluderen. In de praktijk blijken ze niet noodzakelijkerwijs van elkaar te hoeven worden gescheiden. Maar bewijsmaatstaf en onderzoeksplicht zijn analytisch gezien twee verschillende concepten: bij een smalle of brede onderzoekverplichting – een ruime bewijsomvang of minder ruime bewijsomvang – blijft de bewijsmaatstaf in beginsel gelijk. De bewijsmaatstaf heeft echter wel invloed op de ‘diepte’ van het onderzoek: een hogere bewijsmaatstaf kan de inhoudelijke diepgang van de onderzoeksverplichting verzwaren. Hoe breed of hoe smal (het bewijzen van meer of minder dingen), en hoe diepgaand of hoe oppervlakkig (de dingen meer of minder bewijzen) de onderzoeksverplichting is, is echter vooral ook afhankelijk van de desbetreffende materiële bepaling.

Voor de bewijsmaatstaf gelden ondanks de steeds wisselende beïnvloeding van de context wel enkele uitgangspunten, die ook van toepassing zijn in het mededingingsrecht. Eén van de belangrijkste van deze uitgangspunten lijkt te zijn dat naarmate een besluit meer belastend is, er hogere eisen worden gesteld aan het bewijs, in de zin van een hogere bewijsmaatstaf, een vastere overtuiging.<sup>43</sup> In een strafrechtelijke context is de bewijsmaatstaf hoger; dat is van invloed in het punitief bestuursrecht: hier gelden bovendien de zwaardere eisen van het EVRM, waarbij uit de onschuldpresumptie een hoge bewijsmaatstaf voortvloeit. Zo kan verwacht worden dat het bewijs voor een overtreding waarvoor een sanctiebeschikking wordt opgelegd, overtuigender moet zijn dan voor het afwijzen van een klacht. Problematisch daarbij is echter dat direct, fysiek bewijs voor een kartelinbreuk steeds moeilijker te verkrijgen zal zijn; daarmee zal bij de bepaling van de bewijsmaatstaf door de rechter wellicht rekening moeten worden gehouden (zie ook par. 2.3).<sup>44</sup> In het Europese mededingingsrecht lijkt daarnaast een onderscheid te worden gemaakt tussen bewijs van de feiten en het ‘bewijs’ van de analyse van die feiten; de bewijsmaatstaf voor de feiten is hoger.<sup>45</sup> Ook zijn er, met name in het concentratietoezicht, *prospectieve* feiten aan de orde. Hoewel het in het concentratietoezicht vaak gemakkelijker zal zijn om bewijs boven tafel te krijgen – partijen voeren dit voor een groot gedeelte zelf aan – zou voor prospectieve feiten intuïtief een lagere bewijsmaatstaf aan de orde zijn. Het is logischerwijs onmogelijk te bewijzen dat iets zal plaatsvinden. Maar in het concentratietoezicht lijken door het Hof juist bij een meer speculatief betoog strenge eisen te worden gesteld aan de bewijsvoering.<sup>46</sup> Zij lijkt in een recente serie arresten te zijn verhoogd tot ‘a new and high burden of proof’ (zie ook hoofdstuk 7).<sup>47</sup> Ook buiten het concentratietoezicht speelt deze discussie. Eén van de vragen is

---

43 Vgl. Bestuursrecht II 2002, p. 215; Simon 1999, p. 27; Bailey 2003, p. 851.

44 Zie Joshua 1987; Louveaux & Gilbert 2005; OECD 2006, p. 7.

45 Vgl. conclusie van A-G Tizzano in zaak C-12/03 P, Tetra Laval, ov. 86; Kalbfleisch 2005 a; Louveaux & Gilbert 2005, p. 176.

46 Vgl. Platteau 2006, p. 54.

47 Temple Lang 2003 d, p. 267; Bailey 2003, p. 846-847. Anders: Vesterdorf 2003, p. 137. Zie ook Ragolle 2003; Bornkamm 2003; O’Keeffe 2003; Ottervanger & Veldhuis 2005; Reeves & Dodo 2005-2006; Guerrero 2003-2004; Botteman 2006.

of de bewijsmaatstaf voor inbreuken van artikel 81 en 82 EG enerzijds en het concentratietoezicht anderzijds uiteenlopen of (nog) hetzelfde zijn.<sup>48</sup>

### 2.3 Bewijsomvang

Voor de bewijsomvang geldt in de eerste plaats dat rechtsfeiten moeten worden bewezen. Rechtsfeiten zijn de feiten die nodig zijn om het rechtsgevolg te kunnen invoeren; welke dit zijn vloeit primair voort uit de toepasselijke norm.<sup>49</sup> Dit zijn de voor het rechterlijk oordeel relevante feiten.<sup>50</sup> Daarnaast dienen ook andere feiten ('blote feiten') te worden bewezen. Deze dienen ter bewijs van de rechtsfeiten.<sup>51</sup> De bewijsomvang betreft de breedte van de onderzoeksverplichting (zie par. 2.2). Sommige feiten hoeven niet te worden bewezen: feiten die al voldoende vaststaan, feiten van algemene bekendheid, ervaringsregels, processuele feiten en het recht.<sup>52</sup> De bewijsomvang lijkt in algemene zin in de Nederlandse bewijsrechtelijke beschouwingen minder een punt van discussie dan de overige aspecten van bewijsrecht. Maar een van de vragen is of de bewijsomvang voor de rechter zich ook uitstrekt tot 'technisch complexe beslissingen'.<sup>53</sup> Voor het mededingingsrecht blijkt het onderscheid tussen 'primaire' feiten en 'complexe feiten' van belang.<sup>54</sup> Op basis van primaire feiten, zoals marktaandelen of een concentratiegraadindex van een bepaalde markt (duidelijk is dat primaire feiten niet per se gemakkelijk zijn vast te stellen), kunnen samengestelde, complexe feiten worden afgeleid, zoals de positie van een onderneming op die markt.<sup>55</sup> Primaire feiten dienen ook als data voor economische modellen waarmee nieuwe, complexe feiten worden vastgesteld.<sup>56</sup> De grens tussen vaststelling van feiten en kwalificatie van die feiten is hier echter dun (zie par. 3.4.1). Beide typen feiten lijken te horen bij de bewijsomvang in mededingingsrechtelijke besluiten, maar het is wel de vraag of beide typen feiten door de rechter volledig kunnen worden beoordeeld (zie par. 3.4).

Een andere vraag betreffende de bewijsomvang, nu in samenhang met de bewijslastverdeling (zie ook par. 2.5), is of bepaalde feiten horen bij de primaire bewijsomvang of dat zij onderdeel uitmaken van tegenbewijs. Meer concreet: behoren feiten betreffende mededingingsrechtelijke efficiënties (bij het kartelverbod, het misbruikverbod, en in het concentratietoezicht) of objectieve rechtvaardiging (bij het misbruikverbod) tot de bewijsomvang bij een inbreukbeslissing of verbodsbeslissing van de NMa? Behoren deze feiten tot de rechtsfeiten die nodig zijn om het ge-

---

48 Hierover (zij stellen gelijkheid), Reeves & Dodoo 2005-2006, voetnoot 32; Bay & Ruiz Calzado 2005, p. 450. Maar zie recentelijk het arrest van het Gerecht in zaak T-170/06, Alrosa, ov. 108-110, over een verschil in *toetsing*.

49 O.a. Simon 1999, p. 29.

50 O.a. Bestuursrecht II 2002, p. 207.

51 Tak 2005, p. 578.

52 Bestuursrecht II 2002, p. 208-209; Tak 2005, p. 578; Schuurmans 2005, p. 18-20.

53 Tak 2005, p. 581: bij technisch complexe feiten is het niet aan de rechter om 'aanstonds het leveren van bewijs aan zich [te] trekken'.

54 Zie conclusie van A-G Tizzano in zaak C-12/03 P, Tetra Laval, ov. 86; en hierna, par. 3.4.1.

55 Vgl. Botteman 2006, p. 76.

56 Vgl. Botteman 2006, p. 73: 'econometric evidence entails something more complex than crude facts'.

volg – overtreding van het verbod, weigeren vergunning voor een concentratie – in te roepen?<sup>57</sup>

## 2.4 Bewijsmiddelen, bewijskracht, onrechtmatig bewijs, economisch bewijs

Wat de bewijsmiddelen betreft, is de rechter vrij. Dat wil zeggen dat er geen limitatief toegelaten bewijsmiddelen zijn voorgeschreven en aan de bewijsmiddelen geen voorgeschreven bewijskracht wordt toegekend.<sup>58</sup> Er zijn wel vuistregels, die vooral op gezond verstand zijn gebaseerd.<sup>59</sup> Wanneer de rechter van oordeel is dat het door de partijen geleverde bewijs onvoldoende is, staan hem verschillende instrumenten ter beschikking om zelf bewijsmiddelen te vergaren. Mede hierin ligt voor hem de mogelijkheid om zich daadwerkelijk als actieve rechter op te stellen. Zowel op nationaal niveau als op Europees niveau beschikt de rechter over de (discretionaire) mogelijkheid tot het verzoeken om inlichtingen en overlegging van stukken; het horen van partijen en getuigen; het doen van een opdracht tot deskundigenonderzoek; en plaatsopneming.<sup>60</sup>

### – Onrechtmatig bewijs

Doordat sprake is van een vrije bewijsleer, ontbreekt een vastgelegde regeling van *onrechtmatig verkregen bewijs*, zowel op nationaal niveau als op EG-niveau.<sup>61</sup> Dat betekent echter niet dat bestuursrechters bewijs niet zouden (kunnen) uitsluiten als dit onrechtmatig is verkregen; in het nationale belastingrecht is bijvoorbeeld een vrij uitgebreide jurisprudentie ontwikkeld, die inhoudt dat als onrechtmatig bewijs ook op rechtmatige wijze verkregen had kunnen worden, het bewijs kan worden toegelaten.<sup>62</sup> Over het algemeen wordt in het bestuursrecht bewijs dat via *strafrechtelijke weg* onrechtmatig is verkregen, door de bestuursrechter niet noodzakelijkerwijs uitgesloten, tenzij het bewijs is verkregen op een ‘wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat het gebruik ervan onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht’.<sup>63</sup> De bestuursrechtelijke jurisprudentie hieromtrent is redelijk uitgekristalliseerd.<sup>64</sup> Een

---

57 Vgl. Nazzini 2006 a, p. 523.

58 Zie bijv. Bestuursrecht II 2002, p. 213.

59 Bijvoorbeeld dat *contemporain* schriftelijk bewijs van meer waarde is dan later op papier gezette verklaringen; dat verklaringen *in flagrante* (bijvoorbeeld op video of op tape) van grote waarde zijn; dat hoe langer de tijd tussen de later afgelegde verklaringen en de gedragingen waarover wordt verklaard, hoe meer argwaan op zijn plaats is; dat verklaringen afgelegd ter verkrijgen van clementie met enig gezond wantrouwen dienen te worden beschouwd; zie ook Joshua 1987.

60 Artikelen 8:44-8:51 Awb; maatregelen ter instructie (artikel 45 van het Reglement Procesvoering Hof van Justitie), en maatregelen ter organisatie van de procesgang, zie hierover Barents 2005, p. 506-515.

61 Zie Bestuursrecht II 2002, p. 213; Schreuder-Vlasblom 2008, p. 322; over het EG-recht ook Joshua 1987.

62 Zie HR 1 juli 1992, BNB 1992/306; en hierover uitgebreid Embregts 2000; en verder Hartmann 1998, p. 198-199; Koeman 2000.

63 HR 1 juli 1992, BNB 1992/306, m.nt. P. den Boer. Daarbij gaat het vooral om bewijs ten aanzien van een derde dat onrechtmatig is verkregen in bijvoorbeeld een huiszoeking bij *een ander*, een punt dat in de annotatie wordt benadrukt; zie voor een toepassing hiervan ook Voorzieningenrechtbank Amsterdam 9 oktober 2003, A/Staatssecretaris van Financiën; HR 27 februari 2004, BNB 2004/225 C, m.nt. Zwemmer.

64 Zie met name Embregts 2003, p. 270-286; en ook Schreuder-Vlasblom 2008, p. 323.

regeling voor onrechtmatig *bestuursrechtelijk verkregen* bewijs, zoals in het mededingingsrecht aan de orde zou zijn (bijvoorbeeld bij schending van het recht om niet mee te werken aan een eigen veroordeling), is minder vaak aan de orde in nationale uitspraken. Sneller dan bij strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs lijkt bestuursrechtelijk onrechtmatig bewijs te leiden tot uitsluiting van het bewijsmateriaal: ‘schending van het zorgvuldigheidsbeginsel bij de bewijsgaring [kan] reeds leiden tot onrechtmatig verkregen bewijs’.<sup>65</sup> Ook in het EG-recht wordt door het Hof overwogen dat ‘het bewijs regelmatig moet worden verkregen met inachtneming van algemene beginselen en regels van procesrecht’.<sup>66</sup> In het EG-recht is juist in mededingingsrechtelijke context de bescherming van de rechten van verdediging tot ontwikkeling gekomen. Dat betekent dat het verkrijgen van bewijs in strijd met deze rechten van verdediging kan leiden tot uitsluiting van dat bewijsmateriaal, maar een duidelijk oordeel hierover is in jurisprudentie niet aan de orde.<sup>67</sup> Juist vanwege de vrije bewijsleer zijn er ook andere opties voor de rechter: het bewijsmateriaal hoeft niet te worden uitgesloten nu ook, bijvoorbeeld, de opgelegde sanctie kan worden verlaagd.<sup>68</sup> Voor het mededingingsrecht dient nog te worden opgemerkt dat sprake kan zijn van een ‘criminal charge’ in de zin van artikel 6 EVRM. Voor het punitieve bestuursrecht wordt, niet onverwacht, gepleit voor het vrijwel steeds uitsluiten van onrechtmatig bewijs,<sup>69</sup> maar ook het EHRM heeft zich hierover niet in dergelijk harde bewoordingen uitgelaten.<sup>70</sup>

Het leerstuk van onrechtmatig bewijs hangt samen met de vraag *hoe* het bestuursorgaan aan het bewijsmateriaal komt. Globaal gesproken zijn er twee manieren: via opsporing, meestal door ambtenaren van het bestuursorgaan, maar dat kan ook door anderen zijn, en via vrijwillige overdracht van bewijsmateriaal. Dat laatste zal in het mededingingsrecht vooral spelen bij besluiten op aanvraag, zoals een klacht of een concentratieprocedure, en in het punitieve mededingingsrecht (overtreding van het kartelverbod en het misbruikverbod) ook in het kader van verzoeken om clementie. Een optimale handhaving maakt gebruik van beide vormen van bewijsvergadering. *Onrechtmatigheid* doet zich vooral voor bij de eerste vorm; *betrouwbaarheid* van bewijsmiddelen is met name een probleem bij de tweede vorm. Hoewel de twee in elkaars verlengde liggen: reden om bijvoorbeeld het opvragen van documenten waarvan de overheid het bestaan niet weet onrechtmatig te achten is mede gelegen in het onbetrouwbare karakter daarvan. Dat geldt eveneens voor verklaringen onder dwang.<sup>71</sup>

---

65 Embregts 2003, p. 288; kritisch is Simon 1999, p. 27.

66 Barents 2005, p. 504; zie bijv. zaak C-237/98 P, Dorsch Consult, ov. 50-51.

67 Vgl. zaak C-276/01, Steffensen, waarin in een prejudiciële procedure het Hof het aan de nationale procesautonomie overlaat regels omtrent bewijs te formuleren (mits doeltreffend en equivalent), en opmerkt dat het niet uitsluiten van bewijs kan worden toegestaan mits er maar een ‘werkelijke mogelijkheid is om het bewijs op zinvolle wijze toe te lichten’ (ov. 77; zie over de formulering Widdershoven 2003), en daarbij aansluit bij de Mantovanelli-uitspraak van het EHRM van 18 maart 1997.

68 Kapteyn 1993 a.

69 Embregts 2003, p. 337.

70 Zie EHRM 18 maart 1997, Mantovanelli.

71 Vgl. EHRM 3 mei 2001, J.B., NJ 2003/354, m.nt. Sch.

– *Direct bewijs*

In het mededingingsrecht wordt van verschillende soorten bewijsmiddelen gebruik gemaakt. Vaak bestaat het bewijs uit direct bewijs en indirect bewijs.<sup>72</sup> Direct bewijs bestaat bijvoorbeeld uit documenten afkomstig van ondernemingen, waaruit het bestaan van een overeenkomst blijkt. Dit type direct bewijs heeft over het algemeen een grote bewijswaarde. Ook de steeds belangrijker wordende getuigenverklaringen van werknemers van betrokken ondernemingen die met de toezichthouder meewerken, bijvoorbeeld in het kader van clementiebeleid, zijn direct bewijs.<sup>73</sup> De bewijskracht van deze *verklaringen*, als deze niet ter zitting worden afgelegd maar zijn opgenomen in een partijdossier, staat minder vast. Over het algemeen wordt de waarde van mondelinge verklaringen afgelegd ter zitting hoger aangeschreven,<sup>74</sup> maar over het algemeen gaat de rechter niet vaak over tot het horen van getuigen ter zitting. Bij het bepalen van de bewijswaarde van verklaringen en de keuze om getuigen ter zitting te horen, kan een rol spelen dat de gedragingen waarover wordt gesproken, soms jaren geleden hebben plaatsgevonden, zodat het de vraag is hoe betrouwbaar de verklaringen zijn. In het kader van de garanties die gelden voor een procedure omtrent een *criminal charge* bepaalt het EVRM de randvoorwaarden voor het gebruik van getuigenverklaringen.<sup>75</sup> Daarbij geldt voor verdachten het recht, liefst ter zitting, van het kunnen ondervragen van getuigen a charge, en wellicht ook a décharge.<sup>76</sup> Dit kan worden gezien als uitwerking van het algemene verdedigingsbeginsel (zie hoofdstuk 2, par. 3.2.1). Een andere vraag betreffende de bewijskracht van getuigenverklaringen is de vraag of een bekennde verklaring al voldoende bewijs is van een inbreuk of dat ondersteunend bewijs, direct of indirect, vereist is.<sup>77</sup> Maar direct documentair bewijs, zeker in de vorm van een *smoking gun*, wordt steeds zeldzamer. Daarom is het in dit verband nuttig om er op te wijzen dat als algemeen uitgangspunt van bewijsrecht geldt dat door de rechter niet die bewijsmiddelen mogen worden verlangd die nagenoeg nooit beschikbaar kunnen zijn. Als de rechter dergelijke vrijwel nooit beschikbare bewijsmiddelen zou eisen, zou het vrijwel onmogelijk zijn de desbetreffende materiële regel toe te passen.<sup>78</sup> Deze ‘regel’ kan van belang zijn voor het mededingingsrecht, maar vraagt een bijna politieke keuze van de rechter.<sup>79</sup>

– *Indirect bewijs, economisch bewijs*

Indirect bewijs speelt een belangrijke rol in het mededingingsrecht, meestal als aanvulling op direct bewijs.<sup>80</sup> Indirect bewijzen betekent dat ‘the existence of facts in issue is proved by logical interference from other facts which are demonstrated’.<sup>81</sup> Indirect bewijs bestaat uit communicatiebewijs waaruit blijkt dat ondernemingen met

---

72 Zie OECD 2006, p. 7; Joshua 1987; Capobianco 2007, p. 49-50.

73 Vgl. Kerse & Khan 2005, p. 480.

74 Vgl. Tak 2005, p. 600; en vanuit een common-law-perspectief waar ‘*oral testimony*’ van oudsher belangrijk is, Joshua 1987.

75 Zie EHRM 20 november 1989, Kostovski, NJ 1990/245.

76 Vgl. De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 67-69.

77 Zie het standpunt van de Commissie in Commission 2006.

78 Hoogendijk-Deutsch 1992; geherformuleerd door Tak 2005, p. 593.

79 Vgl. Joshua 1987.

80 Gutiérrez 2007, p. 5; Harding & Joshua 2003, p. 144.

81 Joshua 1987.

elkaar hebben gesproken, maar niet waarover, zoals reisgegevens en telefoongegevens, en uit economisch bewijs. *Economisch bewijs* in kartelzaken kan verschillende vormen aannemen. Het kan betrekking hebben op bewijs van gedrag, zoals gelijktijdige prijsstijgingen; bewijs van marktstructuur, zoals een hoge concentratiegraad, en bewijs van *facilitating practices*, zoals informatie-uitwisseling.<sup>82</sup> Daarnaast kan economisch bewijs ook betrekking hebben op de beoordeling van efficiënties en het vaststellen van schade.<sup>83</sup> De scheidslijn tussen direct en indirect bewijs is niet definitief te trekken. Dat is een van de redenen waarom met name toezichhouders pleiten voor een holistische benadering, waarbij het gaat om het geheel aan bewijs.<sup>84</sup>

In het mededingingsrecht spelen vooral vragen over het *hoe* van het vertalen van economische waarden naar een juridische context: vragen omtrent de *bewijskracht* van indirect economisch bewijs.<sup>85</sup> De bewijskracht van economische studies, economische verklaringen van marktgedrag, al dan niet neergelegd in economisch deskundigenbewijs, is onduidelijk.<sup>86</sup> De rechter dient de bewijswaarde van de gebruikte economie, van economische data, economische definities en concepten en de keuze voor het juiste economische model te kunnen beoordelen, maar op grond waarvan?<sup>87</sup> Zijn economische data, modellen en uitkomsten ‘gewone’ feiten? Geldt dat ook voor de definities en economische concepten?<sup>88</sup> Het kan hier (en ook voor de toetsing) verhelderend zijn om te onderscheiden tussen het ruwe datamateriaal zelf, dat men ‘primaire feiten’ zou kunnen noemen,<sup>89</sup> daarnaast de selectie van geschikte data en de keuze voor een te gebruiken model als onderwerpen waarover ook tussen economen verschil van mening kan bestaan,<sup>90</sup> en ten slotte de definitie van economische concepten, waarover economen het onderling eens (kunnen) zijn; dit laatste betreft ‘right or wrong questions’.<sup>91</sup> Het is wel de vraag hoe groot het gedeelte van de economische discipline is dat *niet* ter discussie staat onder economen zelf.<sup>92</sup> Desalniettemin ligt het voor de hand dat als een dergelijk onderscheid wordt gemaakt, de bewijswaarde van ruwe data en concepten-zonder-meningsverschil een andere is dan de bewijswaarde van de modellen of theorieën. Of een dergelijk onderscheid in de mededingingsrechtelijke uitspraken is te zien, is onderwerp van dit onderzoek. Of het nuttig zou kunnen zijn, komt aan de orde in hoofdstuk 9.

---

82 OECD 2006, p. 8.

83 Gutiérrez 2007, p. 13; zie over de moeilijkheden van het juridisch ‘meten’ van de verschillende typen efficiënties ook al Brodley 1987.

84 Vgl. OECD 2006, p. 20.

85 Ook speelt wel de vraag of verschillende bewijsmaatstaven gelden (of zouden moeten gelden) voor verschillende vormen van bewijs: voor economisch bewijs zou een lagere bewijsmaatstaf gelden dan voor direct bewijs. Dat lijkt mij echter conceptueel niet de correcte vraag. De vraag zou niet moeten zijn of de bewijsmaatstaf *verschilt*, maar of de rechter beide vormen van bewijs even intensief kan of zou moeten *toetsen* (zie hierna, par. 3).

86 Zie bijv. Van der Wal & Parret 2001, p. 73; Botteman 2006.

87 Vgl. Kalbfleisch 2005 a.

88 Vgl. Botteman 2006, p. 73.

89 Vgl. Gutiérrez 2007, p. 6.

90 Vgl. Budzinski 2003, p. 14.

91 Brunt 1999, p. 362-363; Gutiérrez 2007, p. 6.

92 Vgl. Gutiérrez 2007, p. 10; Budzinski 2003.

– *Economische deskundigen*

De bewijskracht van economische *input* is in het mededingingsrecht onduidelijk. Het is daarbij een vraag of de wijze waarop de economische deskundigheid is verkregen, een rol speelt. Het lijkt logisch om de waarde van rapportages van door de rechter benoemde *partijneutrale deskundigen* groter te achten dan van partijdeskundigen. Voor partijneutrale deskundigen gelden vastgelegde procedurele regels, zowel op EG-niveau als op nationaal niveau,<sup>93</sup> en ook artikel 6 EVRM stelt hier randvoorwaarden.<sup>94</sup> Toch wordt juist van partijneutrale deskundigen niet vaak gebruik gemaakt.<sup>95</sup> Geopperd is wel dat de belangrijkste reden voor deze terughoudendheid, althans voor het Hof, is gelegen in het feit dat juist op die terreinen sprake is van beslisruimte voor de Commissie (zie ook par. 3.4.2).<sup>96</sup> Een andere reden voor terughoudendheid zou kunnen liggen in het slechts met tegenzin overdragen van de beoordeling van een deel van het aan de orde zijnde besluit aan anderen.<sup>97</sup> Het kan ook zijn dat er een praktisch probleem is bij het vinden van een geschikte neutrale deskundige<sup>98</sup> of een gebrek aan tijd in de procedure voor de rechter. Aan *partijdeskundigen* ontbreekt het niet in het mededingingsrecht. Voor hen geldt echter dat een wettelijke regeling omtrent benoeming, advisering en toetsingsprocedure ontbreekt, hoewel voor advisering aan het bestuursorgaan in de nationale bestuursrechtelijke jurisprudentie algemene eisen zijn ontwikkeld, die de zorgvuldigheid, de keuze van deskundige en de vraagstelling betreffen.<sup>99</sup> De objectiviteit van partijdeskundige standpunten kan problematisch zijn, zeker als het gaat om partijdeskundigen van private partijen.<sup>100</sup> Om aan die objectiviteitsproblemen tegemoet te komen, zou meer gebruik kunnen worden gemaakt van de bevoegdheid om partijgetuigen ter zitting te bevragen, inclusief door ‘cross-examination’ door bijvoorbeeld de partijdeskundige van de wederpartij.<sup>101</sup> Dit zou ook aan het probleem van asymmetrische informatie tussen *principal* en *agent* tegemoet kunnen komen.<sup>102</sup> Een mogelijke wijze om tegemoet te komen aan de betrouwbaarheidsvraag is ook om alleen voor de meer ‘objectieve’ onderdelen van economie (zie hiervoor) partijneutrale deskundigen te benoemen, en de partijdeskundigen te laten kibbelen over de onderdelen waarover economen van mening kunnen verschillen, zoals modellen en hun toepassing.<sup>103</sup> Daarvoor moet wel eerst duidelijk zijn waarover men het wel eens is, wat een actieve inbreng van de rechter kan vragen. Hier is een duidelijke samenhang met de wijze van toetsing door de rechter (zie par. 3.4). Zoals gezegd, maakt de nationale rechter in algemene zin

---

93 Zie o.a. (kritisch) Tak 2005, p. 549-560; Gutiérrez 2007, p. 20-21.

94 Zie EHRM 18 maart 1997, Mantovanelli, JB 1997/112.

95 Vgl. Evaluatie Commissie Awb III 2007, p. 24; voor het EG-mededingingsrecht: Barbier de La Serre & Sibony 2008, p. 949.

96 Barbier de La Serre & Sibony 2008, p. 955-956.

97 Barbier de La Serre & Sibony 2008, p. 961-964.

98 Vgl. Gutiérrez 2007, p. 10.

99 Zie Schreuder-Vlasblom 2008, p. 328-329.

100 Daarbij kan ook het gevaar optreden dat, omdat er maar een beperkt aantal deskundigen is, steeds dezelfde worden gevraagd en zij zich gaan vereenzelvigen met een bepaalde positie: zie Tak 2005, p. 607; Barbier de La Serre & Sibony 2008, p. 961.

101 Vgl. Botteman 2006; Brunt 1999, p. 365.

102 Vgl. Gutiérrez 2007, p. 34; Pindyck & Rubinfeld 2005, p. 627-633.

103 Brunt 1999, p. 367.



echter weinig gebruik van de eigen onderzoeksbevoegdheden. In de analyse zal blijken of dit voor het nationale mededingingsrecht anders is.

– *Commissiebeschikkingen*

Ten slotte is een interessant punt in het kader van de discussie over bewijsmiddelen en hun bewijskracht de plaats van Commissiebeschikkingen in een nationale procedure. Komt deze beschikkingen, ook buiten de partijen van de procedure waarin zij genomen zijn (zie over de Masterfoodsjurisprudentie hoofdstuk 6, par. 6), bewijskracht toe en wat is hun waarde voor de nationale mededingingsbestuursrechter?<sup>104</sup> Juist omdat er sprake is van een vrije bewijsleer, is de bewijskracht van deze beschikkingen niet bij voorbaat vaststaand, maar in algemene zin zijn ‘partijen niet zonder meer gebonden aan de vaststelling van de feiten door een ander bestuursorgaan’.<sup>105</sup> Maar als Commissiebeschikkingen als *precedenten* (daarover par. 4) worden gezien, kan dat anders liggen.

## 2.5 Bewijslastverdeling

De bewijslastverdeling bestaat uit de verdeling van bewijsvoeringslast (wie moet wat bewijzen), en uit het toedelen van bewijsrisico (voor wiens risico komt een niet-bewijzen). Bewijsmaatstaf en bewijslast hangen nauw samen. In de literatuur wordt niet altijd tussen beide onderscheiden, maar met name in Engelstalige literatuur over het EG-recht wel.<sup>106</sup> De bewijsmaatstaf kan ook worden uitgedrukt in termen van bewijslast: de bewijslast is zwaarder naarmate de aangelegde bewijsmaatstaf hoger is. Ook tussen de bewijsvoeringslast en de onderzoeksplicht is er een duidelijke samenhang, maar zij zijn te onderscheiden concepten (zie par. 2.2). Het verschil komt mede naar voren bij het *in gebreke* blijven van bewijs. Ondanks voldoende onderzoek kan de bewijsvoering toch tekortschieten; het bewijsgebrek betekent dan dat het besluit niet in stand kan blijven. Het kan ook zijn dat er een gebrek in bewijsvoering wordt geconstateerd die het gevolg is van het tekortschieten van het onderzoek; in dat geval kan de rechter terugverwijzen. Dat betekent echter wel dat het bestuursorgaan een nieuwe kans krijgt om het bewijs rond te krijgen, en dat kan in het punitief bestuursrecht de vraag oproepen of dat geen strijd oplevert met het beginsel van *ne bis in idem*. Bewijslast is in het bestuursrecht niet per se bewijsrisico, omdat de rechter zelfstandig onderzoek naar de feiten kan uitvoeren.<sup>107</sup> De bewijs-

---

104 Vgl. Andreangeli 2007.

105 Simon 1999, p. 27. Maar hij nuanceert deze stelling ook.

106 Engelstalige literatuur die betrekking heeft op vergelijkingen tussen het EG-recht en het nationale recht van het VK, is ook interessant omdat daarin verder wordt genuanceerd dan in de Nederlandse doctrine over het algemeen gebruikelijk is. Zo wordt bewijslast de ‘burden of adducing evidence’ genoemd, te onderscheiden van de ‘legal burden of proof’. De ‘burden of adducing evidence’ wordt onderverdeeld in een ‘evidential burden’ en een ‘tactical burden’, met als ‘essential difference [...]’, whereas the evidential burden is imposed by the operation of law, the tactical burden, although recognized by the Court, depends on ordinary common sense rather than force of law’, zie Brealey 1985, p. 254; Nazzini 2006 b, p. 523. Deze termen lijken in het Nederlandse recht op deze manier niet voor te komen. Ze hebben betrekking op mogelijke verschuivingen van de bewijslast vanwege presumpties of om andere redenen, en kunnen behulpzaam zijn bij het begrijpen van de beweging in de bewijslast over partijen.

107 Simon 1999, p. 27; idem voor het EG-recht: Brealey 1985, p. 261.

lastverdeling is formeel vrij. Toch geldt ook hier een aantal vuistregels.<sup>108</sup> Deze zijn primair afgeleid van de regels in de bestuurlijke fase, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht.<sup>109</sup> In de Nederlandse doctrine wordt wel als belangrijkste regel van bewijslastverdeling aangemerkt dat het bestuursorgaan de ‘juiste feitelijke grondslag van het bestreden besluit dient aan te tonen’.<sup>110</sup> In het punitieve bestuursrecht komt daar de onschuldpresumptie van artikel 6, lid 2 EVRM bij; hieruit vloeit ook voort dat de bewijslast op het bestuursorgaan ligt.<sup>111</sup>

– *Ambtshalve besluit en besluit op aanvraag*

Bij een ambtshalve genomen besluit ligt de bewijslast primair op het bestuursorgaan. Op het bestuursorgaan rust de onderzoeksplicht.<sup>112</sup> Bij een besluit op aanvraag verschuift dat in beginsel naar de aanvrager (zie artikel 4:2 Awb): de aanvrager dient de gegevens te verstrekken die noodzakelijk zijn voor de beslissing en waarover hij in redelijkheid kan beschikken.<sup>113</sup> Het bestuur kan hiertoe beleidsregels opstellen, bijvoorbeeld in de vorm van een formulier.<sup>114</sup> Maar helemaal zwart-wit is de verdeling niet; ook bij een besluit op aanvraag geldt de primaire regel dat op het bestuursorgaan een onderzoeksverplichting rust.<sup>115</sup> Daarnaast geldt dat het verschuiven van de primaire bewijslast naar de aanvrager bij een besluit op aanvraag kan worden gemitigeerd.<sup>116</sup> Als de aanvrager voldoende gegevens verschaft, kan van het bestuur onder omstandigheden aanvullend onderzoek worden gevergd.<sup>117</sup> Bovendien dient duidelijk te zijn welk bewijs wordt verlangd.<sup>118</sup> Een bewijsrechtelijk complicerende factor is de vraag onder welke omstandigheden een aanvraag mag worden afgewezen als er onvoldoende bewijs bij deze aanvraag wordt geleverd. Met andere woorden: in hoeverre moet het bewijs bij de aanvraag worden geleverd en hoe ver gaat de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan?<sup>119</sup> Daarbij dient mede te worden gewogen dat in het concentratietoezicht de bezwaarfase wettelijk is uitgesloten: dit zou mijns inziens een verhoging van de zorgvuldigheidsverplichting voor de NMa (moeten) meebrengen.

– *Tegenbewijs en pseudotegenbewijs*

Het is aan de andere partij om tegenbewijs te leveren. Dat kan over het algemeen op twee manieren. Ten eerste kan het tegenbewijs bestaan in het leveren van het *positieve* bewijs van nieuwe stellingen: in het mededingingsrecht bijvoorbeeld het bewijs van het niet van toepassing zijn van de mededingingsregels, omdat de

---

108 Zie voor het nationale recht o.a. Pieters 1996; Bestuursrecht II 2002, p. 210; Tak 2005, p. 575-611; Crommelin 2007, p. 268-269; en Schuurmans 2005. Voor het EG-recht bijv. Van der Wal & Parret 2001; Nicholson e.a. 2005; Joshua 1987.

109 Bestuursrecht II 2002, p. 210; Schuurmans 2005, p. 315.

110 Maar zie kritisch Tak 2005, p. 576, die stelt dat de rechter juist uitgaat van de rechtmatigheid van het besluit. Vgl. voor het EG-recht: Bailey 2003, p. 849.

111 Vgl. Tak 2005, p. 586; voor het EG-mededingingsrecht ook Joshua 1987.

112 Zie ook Schreuder-Vlasblom 2008, p. 324-325.

113 Zie o.a. Tak 2005, p. 589; Schreuder-Vlasblom 2008, p. 336-340.

114 Schreuder-Vlasblom 2008, p. 338.

115 Zie Schreuder-Vlasblom 2008, p. 339.

116 Zie Schuurmans 2005, p. 304-310.

117 Schreuder-Vlasblom 2008, p. 340.

118 Zie ABRvS 19 augustus 1999, Winterbewaarprei.

119 Vgl. Simon 1999, p. 28.

gedraging regels van zuiver sportieve aard betreft. Dit is *pseudotegenbewijs*, omdat het eigenlijk nieuw eigen bewijs is, gericht tegen de bevoegdheidsuitoefening van het bestuursorgaan. Het kan ook met de term ‘verweer’ (dat echter in een juridische procedure ook wel breder wordt bedoeld en derhalve verwarring kan oproepen) of met het Engelse *defence* worden aangeduid. Het tegenbewijs kan ook ‘echt’ tegenbewijs zijn (een *rebuttal*), gericht tegen de stellingen van het bestuursorgaan. Dit tegenbewijs betreft het zaaien van twijfel ten aanzien van de aan het besluit ten grondslag te leggen of gelegde feiten. In het mededingingsrecht kan het gaan om het aandragen van een onschuldige verklaring voor een gedraging, het betwijfelen van het economische bewijs van bijvoorbeeld de marktafbakening of het met eigen economische gegevens weerleggen van de mededingingsrechtelijke gevolgen.<sup>120</sup> ‘Echt’ tegenbewijs is dus ‘het bewijs dat wordt geleverd tegen feiten die als vaststaand worden aangenomen’,<sup>121</sup> en is pas aan de orde als er al iets is bewezen.<sup>122</sup> In het bestuursrecht geldt ten aanzien van tegenbewijs over het algemeen een *adstruc-tieplicht*; dat wil zeggen dat het volstaat om ‘gerede twijfel te zaaien’<sup>123</sup> of ‘beweringen aannemelijk maken en ten minste een begin van bewijs leveren’.<sup>124</sup> Daardoor kan de bewijslast verschuiven naar de andere partij. Voor pseudotegenbewijs geldt over het algemeen een hogere maatstaf, nu het *positief* bewijs betreft, dat minstens van een zo zwaar gewicht dient te zijn als het bewijs van de primaire stelling waartegen het niet zozeer is gericht, maar die daardoor wel in een ander daglicht komt te staan. Het tegenbewijs tegen een deskundigenrapport van het bestuursorgaan kan gebaseerd zijn op juridische gronden (bijvoorbeeld onzorgvuldigheid, vooringenomenheid) of de inhoud van het rapport betreffen. In het tweede geval ligt een tegenrapportage, contraexpertise, voor de hand, waarin ten aanzien van de inhoud van het deskundigenrapport van het bestuursorgaan voldoende twijfel zal moeten worden gewekt.<sup>125</sup>

#### – Bewijsvermoedens

Wettelijke of rechterlijke bewijsvermoedens kunnen de bewijslastverdeling veranderen. Een bewijsvermoeden houdt in ‘een voorlopig oordeel van de rechter dat de partij op wie de bewijslast rust, in haar opdracht is geslaagd’.<sup>126</sup> Over het algemeen, zo wordt gesteld, kan dat niet een verzwaring van de bewijslast van de burger opleveren, tenzij sprake is van een laakbaar handelen van diens kant.<sup>127</sup> Ook het mededingingsrecht kent bewijsvermoedens. Deze zijn althans door het Hof van Justitie geëxpliciteerd; het is de vraag of zij ook op nationaal niveau gelden. De mededingingsrechtelijke bewijsvermoedens werken soms wel ten nadele van de burger – in casu ondernemingen – zoals bij bewijsvermoedens in het kader van o.a.f.g.’s. Dit lijkt in strijd te zijn met het in artikel 2 Verordening 1/2003 neergelegde uitgangspunt van bewijslastverdeling (en met de onschuldpresumptie van artikel

---

120 Zie Parret 2008, p. 34-35; Brealey 1985, p. 255.

121 Schuurmans 2005, p. 23; Giesen 2001, p. 12.

122 O.a. Pieters 1996, p. 44.

123 Tak 2005, p. 586. Tegenbewijs is dus geen tegendeelbewijs. Vgl. ook Joshua 1987.

124 Van der Wal & Parret 2001, p. 85.

125 Vgl. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 332-333.

126 Simon 1999, p. 26; Schreuder-Vlasblom 2008, p. 341. Kritisch over bewijsvermoedens, met name het gebruik dat deze in het bestuursrecht, anders dan in het civiele recht, niet worden voorgelegd aan partijen: Tak 2005, p. 576.

127 Simon 1999, p. 30.

6 EVRM). Men zou veronderstellen dat slechts met goede redenen een bewijsvermoeden kan worden gehanteerd, zeker als dat zou resulteren in het moeten aantonen (door de onderneming die wordt beschuldigd) van een negatief feit, zoals bij het bewijsvermoeden van causaal verband bij o.a.f.g's. Voorzover ik heb kunnen nagaan, zijn het vooral redenen van doeltreffendheid en effectiviteit van de handhaving van het mededingingsrecht die ten grondslag liggen aan het hanteren van bewijsvermoedens, zowel die ten gunste van ondernemingen, als die ten nadele van ondernemingen. Voor het eerste geldt dat een bewijsvermoeden, bijvoorbeeld de 'veilige havens' in groepsvrijstellingen, onnodig werk en onnodige onzekerheid voorkomen: het zal vrijwel altijd zo zijn dat onder de drempels geen sprake is van een relevante mededingingsbeperking; het bewijsvermoeden is een billijke vertaling daarvan. Voor het tweede geldt dat het voor de toezichthouder zonder het bewijsvermoeden schier onmogelijk kan zijn om het bewijs 'rond' te krijgen. Ook wordt – pragmatisch – wel gesteld dat een vermoeden wordt gehanteerd omdat in die gevallen waarin het bewijs duidelijk wijst op een inbreuk 'the meticulous production of documentary evidence of each aspect of an infringement extending over a number of years appears to be an unnecessary administrative formality'.<sup>128</sup> Bovendien ligt hetgeen als tegenbewijs tegen het bewijsvermoeden moet worden ingebracht, vaak in het bewijsdomein van de andere partij. Dat degene in wiens 'bewijsdomein' het te bewijzen feit ligt, dat moet bewijzen, is ook een 'regel' in het nationale recht; zij overlapt echter niet geheel met het concept van een bewijsvermoeden. Daarbij moet worden opgemerkt dat tegenbewijs tegen een bewijsvermoeden eigenlijk geen tegenbewijs is, omdat het bewijsvermoeden nu juist inhoudt dat er geen oorspronkelijk bewijs hoeft te worden geleverd. Ook geldt dat hoe sterker of hoe ruimer het bewijsvermoeden wordt geformuleerd, aan des te hogere eisen het 'tegenbewijs' zal moeten voldoen. Dit kan problematisch zijn als het tegenbewijs het bewijs betreft van een negatief feit. Dit maakt in ieder geval duidelijk dat in het punitief mededingingsrecht bij de meer 'materiële' bewijsvermoedens die ten nadele van ondernemingen gelden (zoals het vermoeden van causaal verband bij o.a.f.g's), een spanning met de onschuldpresumptie steeds aanwezig is, meer dan bij procedurele bewijsvermoedens die ook ten nadele van de onderneming kunnen gelden (zoals toerekenbaarheid aan de moederonderneming van een inbreuk, waarbij het bewijsvermoeden pas aan de orde komt nadat de inbreuk is vastgesteld),<sup>129</sup> en anders dan bij bewijsvermoedens die gelden ten gunste van ondernemingen.

– *Uitzonderingen en bijzondere omstandigheden*

Het is bij uitzonderingen aan degene die zich daarop beroept, om bewijs te leveren.<sup>130</sup> Een dergelijke regel is voor het mededingingsrecht gecodificeerd in Verordening 1/2003. De bewijslastverdeling wordt derhalve naast bovengenoemde uitgangspunten ook beïnvloed door de bijzondere wet die aan de orde is.<sup>131</sup> Ook kunnen de 'bijzondere omstandigheden van het geval' aanleiding zijn tot een andere verdeling dan op grond van de hoofdregel of de bijzondere wetgeving voor de hand zou liggen.

---

128 Wessely 2001, p. 761.

129 Zie Brants 2008.

130 Simon 1999, p. 29; voor het mededingingsrecht: Van der Wal & Parret 2001, p. 66.

131 Simon 1999, p. 29-30.

Daarvan kan met name sprake zijn als een partij gemakkelijker toegang heeft tot het bewijsmateriaal.<sup>132</sup> Een aanleiding kan dan liggen in de bewijsnood bij de aanvragende partij. Dit kan, gezien de uitgebreide onderzoeksbevoegdheden van de NMa, voor het mededingingsrecht een relevante bewijslastmitigerende maatregel zijn.

## 2.6 Kritiek

Uit het voorgaande overzicht van algemene regels blijkt dat er zowel in de nationale doctrine als op EG-niveau kritiek bestaat op het bewijsrecht. Zo wordt het ontbreken van een formele bewijsregeling op beide niveaus als gemis gezien. Op nationaal niveau wordt erop aangedrongen om een regeling in de Awb op te nemen.<sup>133</sup> Op zijn minst zou de rechter moeten aangeven welke bewijsregels zij volgt, in het algemeen en in een bepaalde zaak.<sup>134</sup> Het expliciteren zou ook bijdragen aan de legitimiteit van de rechtspraak.<sup>135</sup> Partijen zouden *tijdens* de procedure van bewijsvermoedens of uitgangspunten op de hoogte moeten worden gesteld, zodat zij in ieder geval weten waartegen zij bewijs moeten leveren.<sup>136</sup> Een ander punt van kritiek betreft het beperkte gebruik van onderzoeksinstrumenten door de rechter; met name het horen van getuigen en partijdeskundigen, en het benoemen van neutrale deskundigen.<sup>137</sup> Er is hier in ieder geval een spanning tussen de zoektocht naar materiële waarheid en een beperkte taakopvatting voor de rechter in het zelf vaststellen van de feiten, die ook wel wordt bepleit (zie par. 2.1).<sup>138</sup> Anderzijds is wat dit laatste betreft ook wel opgemerkt dat ‘bij een besluit van de NMa of de OPTA dat berust op een uitvoerige marktanalyse (...) de rechter deze analyse niet snel door een externe deskundige zal (kunnen) laten overdoen’.<sup>139</sup> Maar het niet voldoende inhoudelijk benaderen van economisch bewijs kan ten koste gaan van de legitimiteit van de rechtspraak (zie ook par. 4).<sup>140</sup> Het is derhalve de vraag hoe deze weging in het mededingingsrecht uitvalt, waar het bewijs vaak economisch van aard is en het bewijzen van inbreuken steeds complexer. In hoofdstuk 9 wordt op deze kritiek teruggekomen.

## 2.7 Samenhang tussen toetsing en bewijs

Toetsing door de rechter en bewijsrecht hangen samen. Dat geldt omdat de toetsing door de rechter de toetsing van de bewijsvoering door het bestuursorgaan omvat.<sup>141</sup> De samenhang tussen bewijs en toetsing is ook te zien in de al genoemde samenhang

---

132 Zie Simon 1999, p. 30-31; Ottow 2006, p. 288; Tak 2005, p. 587. Een vergelijkbare regel is ook uit de jurisprudentie van het Hof af te leiden, zie Brealey 1985, p. 259.

133 Zie het genuanceerde oordeel van de Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 33; Tak 2005, p. 57. Over het EG-mededingingsrecht o.a. Van der Wal & Parret 2001, p. 88.

134 Zie bijv. Bestuursrecht II 2002, p. 209.

135 Bailey 2003, p. 848.

136 O.a. Pieters 1996, p. 48-49; Tak 2005, p. 576.

137 Zie Simon 1999, p. 32. Schuurmans 2007, p. 116 stelt vast dat hiervoor blijkbaar tweeërlei redenen zijn: praktische (er is al veel informatie, zittingsgericht werken) en principiële (het is niet de rol van de rechter, maar van het bestuur).

138 Schuurmans 2007, p. 117.

139 Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 27. Vgl. Tak 2005, p. 581.

140 In algemene zin Simon 1999, p. 33; Pieters 1996, p. 50; en over economie Barbier de La Serre & Sibony 2008, p. 969.

141 Vgl. Simon 1999, p. 29.

tussen het zorgvuldigheidsbeginsel, dat geldt bij het vaststellen van de feiten door het bestuursorgaan, en de motiveringsplicht van het besluit, dat ruimer is dan alleen voor de motivering van de feiten. In de praktijk toetst de rechter dan ook ‘veelal direct aan het motiveringsvereiste, zonder daarbij de onderliggende feiten inhoudelijk te toetsen’.<sup>142</sup> Ook wordt wel een band verondersteld tussen de mogelijkheid van de rechter om te beschikken over deskundigen, en de intensiteit van de rechterlijke toets.<sup>143</sup> De samenhang blijkt ook in de discussie bij toetsing van sancties. Is het in het algemene bestuursrecht zo dat bewijsrechtelijke gebreken hersteld kunnen worden – een vernietiging en terugverwijzing omdat het onderzoek niet zorgvuldig is geweest kan tot een nieuw onderzoek leiden waarin de bewijsvoering wel rond komt – in het strafrecht is dat over het algemeen niet mogelijk. Een gebrekkige bewijsvoering leidt tot een niet-veroordeling, en een nieuwe vervolging is in strijd met het beginsel van *ne bis in idem*. De vraag is in hoeverre dit beginsel op deze wijze geldt of zou moeten gelden in een bestuursrechtelijke punitieve context. Ook is de samenhang te zien bij de rechterlijke waarborg van de rechten van verdediging en de bewijsvoering door het bestuursorgaan. Zo kan het bewijs zijn verkregen in strijd met één van de rechten van verdediging (bijvoorbeeld zonder cautie); het is dan de vraag of het bewijs wel ten grondslag kan worden gelegd aan het besluit of als onrechtmatig moet worden aangemerkt. De samenhang tussen toetsing en bewijs geldt tenslotte voor de veronderstelde innige band tussen bewijsmaatstaf en toetsingsintensiteit. Hoewel ze van elkaar moeten worden onderscheiden, lijkt het een algemene veronderstelling te zijn dat hoe hoger de bewijsstandaard is, hoe stringenter de toetsing door de rechter.<sup>144</sup> Ook deze veronderstelling zal worden getoetst.

### 3 TOETSING DOOR DE BESTUURSRECHTER

De bestuursrechter dient een oordeel te vormen over de beslissing van het bestuursorgaan; dit is het voorwerp van de rechterlijke toets.<sup>145</sup> De *reikwijdte* van de toets betreft de vraag wát de rechter toetst (zie hierna).<sup>146</sup> Zowel in het nationale recht als in het EG-recht kan de reikwijdte beperkt zijn tot een onderdeel van de beslissing. De rechter toetst vervolgens áán bepaalde regels: de *inhoud* van de toetsing (par. 3.1).<sup>147</sup> De gronden van beroep verwijzen naar die regels en zijn in het nationale bestuursprocesrecht niet gelimiteerd, maar in het EG-recht wel. De rechter oordeelt

---

142 Ottow 2006, p. 219. Kritisch is Simon 1999, p. 33 die zich afvraagt of daarmee, zeker als zorgvuldigheidsgebreken worden gepasseerd door de rechter, het bewijsrecht niet wordt uitgehold; idem Pieters 1996, p. 50.

143 Zie Caranta & Marchetti 2009.

144 In het Engels zijn beide dan ook ‘standaarden’ (zie par. 2.2). De samenhang wordt o.a. gesignaleerd door Prete & Nucara 2005, p. 693; Bay & Ruiz Calzado 2005, p. 444; Kalbfleisch 2005 a, p. 5; Bailey 2004, p. 850; Reeves & Doodoo 2005-2006, p. 1037; Legal 2005, p. 113.

145 Vgl. Schuurmans 2005, p. 61.

146 De Bock 2004, p. 12. Voor de Nederlandse bestuursrechter inclusief *ambtshalve toetsing*: ‘het toetsen aan rechtsnormen buiten de grenzen van het geding zoals door appellant bepaald’, Crommelin 2007, p. 211.

147 De Bock 2004, p. 11; inclusief *ambtshalve aanvulling* van rechtsgronden dat ‘ziet op het, binnen de grenzen van het geding, door de rechter inbrengen aan een rechtsnorm die niet door partijen is aangevoerd’, Crommelin 2007, p. 211.

daarbij over de feiten, de regels en de procedure. Dit is het *object* van toetsing (par. 3.2). Ten slotte is de *wijze* van toetsing van belang (par. 3.3). Dit betreft de diepgang of intensiteit van de toets en daarmee de verhouding tussen beslisruimte voor het bestuursorgaan en toetsing door de rechter. Effectieve rechtsbescherming, waaronder het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming, kan eisen stellen aan rechterlijke toetsing (zie hoofdstuk 2, par. 4), maar over het algemeen wordt geen bepaalde toetsingswijze voorgeschreven.<sup>148</sup> Een in het mededingingsrecht belangrijk onderdeel van de toetsing betreft de toetsing van wat het Hof van Justitie ‘complexe economische beoordelingen’ noemt. In paragraaf 3.4 ga ik hier op in.

De *reikwijdte* van de toets blijft onbesproken, omdat dit onderdeel van toetsing in de analyse van de mededingingsrechtelijke uitspraken slechts een ondergeschikte rol speelt. De mogelijke verplichting tot ambtshalve toetsing, onderdeel van de reikwijdte van de toets, is vooral aan de orde bij de toegang tot de rechter, omdat de vraag of sprake is van een besluit en een belanghebbende ambtshalve wordt getoetst (zie hoofdstuk 5). De vraag of artikel 81 en 82 EG van openbare orde zijn en (daarom) ambtshalve moeten worden getoetst, speelt eigenlijk niet in de specifiek bestuursrechtelijke context van dit proefschrift, omdat deze artikelen door de NMa en door de rechter reeds op basis van de Europese en nationale regelgeving rechtstreeks worden toegepast.<sup>149</sup>

### 3.1 Inhoud van toetsing

Wat de inhoud van de toetsing betreft, is een verschil tussen het nationale en het Europese systeem dat de *toetsingsgronden* in het EG-recht zijn beperkt tot de in artikel 230 EG genoemde gronden: schending van het Verdrag; schending van wezenlijke vormvoorschriften; onbevoegdheid en misbruik van bevoegdheid. Feitelijk is er echter geen sprake van een beperking van gronden, omdat ‘schending van het Verdrag’ het ruimere ‘schending van recht’ betekent.<sup>150</sup> De communautaire toetsingsgronden vertonen enige gelijkenis met het nog steeds wel gehanteerde toetsingsschema van de Wet Arob: strijd met de wet; détournement de pouvoir; willekeur; en overige algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een ‘modernere’ weergave van de toetsingsgronden in het nationale bestuursrecht is echter: strijd met een geschreven rechtsregel; strijd met een ongeschreven rechtsregel; strijd met een algemeen rechtsbeginsel.<sup>151</sup> Dat is minstens zo ruim als de communautaire toetsingsgrond ‘strijd met het recht’.

Een belangrijk aspect van de inhoud van toetsing was de in de nationale doctrine zo genoemde *grondenfuik*, waarbij het de vraag was of gronden die niet in een eerder stadium naar voren zijn gebracht, mochten worden meegenomen bij toetsing in beroep. De grondenfuik was omstreden en werd al niet door alle rechters toegepast.<sup>152</sup> Het CBb bijvoorbeeld ‘acht buiten de voorfase gebleven gronden (...) in

---

148 Zie een recente bevestiging zaak C-55/06, Arcor AG, bijv. in AB 2008/326, m.nt. Widdershoven.

149 Zie over de vraag of artikel 81 en 82 EG van openbare orde zijn bijv. Mok 2005; Keessen 2006.

150 Barents 2005, p. 98; Bellamy 1993, p. 389.

151 Bestuursrecht II 2002, p. 112-113.

152 Van de Griend 2007, p. 129-190.

beginsel toelaatbaar, maar legt (...) een grens bij in de bezwaarfase onaangevochten gebleven, min of meer zelfstandige besluitonderdelen'.<sup>153</sup> Deze *onderdelenfuik* is gecodificeerd in artikel 6:13 Awb, en geldt ook voor het mededingingsrecht: de grens voor het aanvoeren van nieuwe gronden ligt dan bij de goede procesorde. Of deze fuik in overeenstemming is met het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming, is een vraag die in de literatuur is gesteld. De heersende mening lijkt te zijn dat als zij niet te strikt wordt geïnterpreteerd, er geen strijd met dit beginsel hoeft te zijn.<sup>154</sup> De EG-rechter zelf lijkt in rechtsreekse beroepen een milde houding aan te nemen.<sup>155</sup> Dat neemt niet weg dat in het Europese administratieve recht in het verzoekschrift wel alle gronden meteen moeten worden aangevoerd.<sup>156</sup>

### 3.2 Object van toetsing

Het object van toetsing omvat zowel voor de nationale bestuursrechter als voor het Hof ten eerste de desbetreffende bevoegdheidscheppende norm. Preciezer geformuleerd betreft het de toetsing van de uitoefening van de bevoegdheid door het bestuursorgaan, die is neergelegd in de wettelijke bepaling. Dit deel van het object van toetsing valt in twee delen uiteen. Op de eerste plaats of aan de *voorwaarden* voor toepassing van de norm is voldaan en het bestuursorgaan mocht optreden, en op de tweede plaats welke *rechtsgevolgen* daaraan zijn verbonden. Daarnaast omvat het object van toetsing de totstandkoming van de beslissing van het bestuursorgaan, de *procedure*. De toets kan ook de toetsing omvatten van *beleidsregels* van het bestuursorgaan. Deze zullen vrijwel steeds de bevoegdheidscheppende norm betreffen, maar kunnen ook op de procedure betrekking hebben.<sup>157</sup>

#### – De voorwaardenkant van de bevoegdheidscheppende norm

Om vast te kunnen stellen of aan de voorwaarden voor toepassing van de norm is voldaan, dient de rechter drie onderdelen te toetsen, waarvan het onderscheid in de praktijk vaak lastiger is dan in theorie.<sup>158</sup> Zij dient vast te stellen wat de norm is: dit betreft de *interpretatie* van de norm. Daarnaast moeten de *feiten* worden vastgesteld. Ten slotte moeten de feiten, in het licht van de norm, worden *gekwatificeerd*. Feitenvaststellende of wetsinterpreterende beleidsregels hebben betrekking op deze voorwaardenkant. Soms is er bij het vaststellen of aan de voorwaarden is voldaan, beslissruimte voor het bestuursorgaan. Aan de voorwaardenkant heeft deze de vorm van beoordelingsruimte of beoordelingsvrijheid, althans zo wordt de beslissruimte in de nationale doctrine genoemd (zie par. 3.3.4). De verbinding tussen toetsing en bewijs wordt hier duidelijk, omdat bij de toetsing van de voorwaardenkant van de

---

153 Van de Griend 2007, p. 147. Daarmee is de link met de reikwijdte van de toets duidelijk. Ook tussen de fase van beroep en hoger beroep kan een grondenfuik worden gehanteerd. In dat geval mogen niet in beroep aangevoerde gronden niet alsnog in hoger beroep worden ingebracht. Ook te dezen aanzien neemt het CBb een "rekkelijke" lijn' in, aldus Van de Griend 2007, p. 305; zie de codificatie van de onderdelenfuik in artikel 6:13 Awb, en ook daarover Van de Griend 2007.

154 Widdershoven e.a. 2007, p. 143-144; Van de Griend 2007, p. 194.

155 Zie Barents 2005, p. 485.

156 Barents 2005, p. 489.

157 Zie over beleidsregels vooral Bröring 1993; Bröring 1998.

158 Zie o.a. Schlössels & Stroink 2006, p. 97, en ook hierna, par. 3.4.1.



bevoegdheidscheppende norm de rechter onder andere moet bepalen wie de relevante feiten moet bewijzen en welke maatstaf daarvoor geldt.<sup>159</sup>

– *De rechtsgevolgenkant van de bevoegdheidscheppende norm*

Wat de rechtsgevolgen betreft, is het vooral de vraag of sprake is van mechanische wetstoepassing of dat het bestuur vrijheid toekomt. Met andere woorden, of er sprake is van een gebonden bevoegdheid of een vrije bevoegdheid. Keuzevrijheid is daarbij het uitgangspunt, gebondenheid de uitzondering. Beslisruimte voor het bestuursorgaan heeft hier het karakter van beleidsvrijheid (zie par. 3.3.4). Door beleidsmatige beleidsregels perkt het bestuursorgaan deze ruimte in.

– *Totstandkomingsprocedure van de beslissing, motivering en rechten van verdediging*

Het tweede onderdeel van het object van toetsing is de procedure. Dit omvat de totstandkoming van het besluit, het bestuurlijke voortraject en de procedurele eisen die aan het besluit worden gesteld. In theorie valt ook deze toets in twee delen uiteen; is aan de voorwaarden voor inroeping voldaan, waarbij de feiten moeten worden vastgesteld en gekwalificeerd en de regel geïnterpreteerd, en wat zijn de rechtsgevolgen van een schending van het procedurele voorschrift. Onderdeel van deze toets is de toetsing aan het motiveringsbeginsel van artikel 7:12 Awb. De motivering stelt de rechter in staat het besluit daadwerkelijk te toetsen en heeft niet alleen een functie als onderdeel van de rechten van verweer voor de geadresseerde, maar ook een op zichzelf staand belang. In de motivering landt het feitelijk bewijs, en in de motivering komt de zorgvuldigheid van het onderzoek en de eventuele noodzakelijke belangenafweging terecht; via de motivering kan deze worden getoetst door de rechter. Een ander belangrijk onderdeel van de toetsing van de procedure betreft de waarborging van de rechten van verdediging.

De waarborging van procedurele rechten, waaronder rechten van verdediging, is in het algemeen van groot belang;<sup>160</sup> zo dienen ondernemingen die worden beschuldigd van overtreding van een wettelijke norm, in staat te zijn hun verdediging te voeren. De rechten van verdediging waarborgen dat zij dat kunnen doen (zie ook hoofdstuk 2, par. 3.2.1). Als breed concept omvatten zij in ieder geval het recht om te worden gehoord; het recht om tijdig op de hoogte te worden gesteld van de beschuldiging en de inhoud daarvan; de onschuldpresumptie; het zwijgrecht; de cautieplicht; en de toetsing van een bestuurlijke boete in twee instanties.<sup>161</sup> Fundamenteel beschouwd zijn rechten van verdediging verbonden met de rechtsstaat en is 'het respecteren van rechten van verdediging tevens een minimumvereiste voor het verkrijgen van legitimatie en aanvaarding van gezag'.<sup>162</sup> In die zin zijn procedurele rechten ook buiten een punitieve context van belang. Rechten van verdediging spelen niet alleen een rol bij inbreukzaken, maar ook in het concentratietoezicht en de behandeling van

---

159 Vgl. Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 21.

160 De terminologie 'recht om gehoord te worden' (of hoorrechten) wordt vaak gebruikt als equivalent van 'rechten van verdediging' of 'rechten van verweer', maar lijken mij onderdeel van het bredere begrip.

161 Vgl. Barkhuysen 2004, p. 61-64; De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 63-88.

162 O.W. Brouwer 1999, p. 10.

klachten. Bij inbreukzaken dienen rechten van verdediging echter des te scherper te worden gewaarborgd, omdat sprake is van de mogelijkheid tot het opleggen van een sanctie en derhalve ook de waarborgen van het EVRM gelden.<sup>163</sup>

De rechter toetst de waarborging van de rechten van verdediging als onderdeel van de toetsing van de procedure. Volgens het Hof is die toetsing van ‘des te groter fundamenteel belang’ als het bestuursorgaan beschikt over een zekere beslisruimte.<sup>164</sup> Deze specifieke verbinding wordt in het nationale recht vooralsnog niet gelegd (zie ook par. 3.4.4). In het EG-mededingingsrecht zijn rechten van verdediging vooral in jurisprudentie van het Hof tot ontwikkeling gekomen, met name sinds de jaren negentig van de vorige eeuw. Een van de redenen daarvoor lijkt te zijn dat een algemene regeling ontbreekt, hoewel juist in het mededingingsrecht enkele rudimentaire rechten al vroeg in regelgeving werden neergelegd.<sup>165</sup> Het Hof heeft zich bij de ontwikkeling laten inspireren door de *common law*-ideeën van *fairness* en *due process* als de basis waarop dergelijke rechten kunnen worden gebaseerd.<sup>166</sup> Daardoor ligt in het EG-recht de basis voor bescherming met name in de algemene beginselen van het recht, hoewel soms ook ‘utilitarian or instrumental considerations’ een rol spelen.<sup>167</sup> Zo wordt wel gesteld dat de basis voor het recht op *legal privilege* niet een fundamenteel rechtsprincipe is, maar het bijdragen tot ‘increased compliance with the law’.<sup>168</sup> Ook het zwijgrecht zou, gedeeltelijk, kunnen worden gebaseerd op de noodzaak tot het verkrijgen van betrouwbare informatie.<sup>169</sup> Bij de ontwikkeling van de rechten van verdediging baseert het Hof zich op de tradities van de lidstaten en speelt het EVRM een belangrijke en steeds meer op de voorgrond tredende rol.<sup>170</sup> Het EVRM is weliswaar niet bindend voor de EG, maar het Hof kent aan het EVRM ‘bijzondere betekenis toe’,<sup>171</sup> en richt zich bij de invulling van fundamentele rechten steeds meer op afstemming met de EHRM-invulling (zie hoofdstuk 1, par. 5.4). Ook codificeert de Mededingingswet de bescherming van *legal privilege* en het beginsel van *nemo tenetur*, beide om aan te sluiten bij de waarborgen, geboden door het EVRM en het Hof.<sup>172</sup> Daarnaast bevat de Mededingingswet de cautieplicht, die overigens noch uit het EVRM noch uit het EG-recht is af te leiden, maar is ingegeven door aansluiting bij nationaal strafrecht.<sup>173</sup>

---

163 Vgl. Drabek 2001, p. 533; zie ook hoofdstuk 1, par. 5.4 en hoofdstuk 2, par. 4.1.

164 Zie gev. zaken T-109/02 e.a., Bolloré, ov. 93.

165 Zie Lenaerts & Vanhamme 1997 voor een overzicht; en ook uitgebreid Kerse & Khan 2005.

166 Zie Lenaerts & Vanhamme 1997, p. 534; Drabek 2001, p. 535.

167 Zie Wils 2006, p. 15.

168 Wils 2006, p. 15, inclusief tegenargumenten.

169 Wils 2006, p. 15. Daarnaast geldt dat ook toegang tot het dossier niet als een zelfstandig rechtsbeginsel hoeft te worden gezien, maar als een wijze waarop de plicht tot het horen van belanghebbenden kan worden uitgeoefend; zie gev. zaken T-10/92 e.a. Cimenteries CBR e.a., ov. 38.

170 Zie al zaak 4/73, Nold.

171 Zie bijv. zaak C-94/00, Roquette Freres, ov. 23; zaak 374/87, Orkem, ov. 29 stelt eerder hetzelfde. Zie verder Wils 2006, en over de verhouding tussen het Hof en het EHRM ook Douglass-Scott 2006 b; Ameye 2004; Widdershoven 2008 b; Harpaz 2009.

172 Zie hierover ook Jans e.a. 2002, p. 245; het *legal privilege* is vooral ingegeven door convergentiemotief met EG-recht (zie MvT, p. 82-83); het zwijgrecht door zowel EVRM als EG-jurisprudentie (zie MvT, p. 84-85).

173 Zie MvT, p. 84.

In het nationale recht kunnen onderdelen van de rechten van verdediging met name gevonden worden in de Awb. Daarin is de bewoording niet altijd te herkennen als een aan een beschuldigde onderneming toekomend *recht*, maar is zij soms als op het bestuursorgaan liggende *plicht* geformuleerd.<sup>174</sup> De oorsprong is in de Awb dan ook niet primair gelegen in algemene rechtsstatelijke bescherming van burger tegen overheid, maar op het idee van een zo goed mogelijke voorbereiding door de overheid van de besluiten die zij neemt. Het is bij de toetsing door de rechter dan ook mogelijk dat aan niet-serieuze inbreuken wordt voorbijgegaan op grond van artikel 6:22 Awb.<sup>175</sup> Het recht om gehoord te worden, als onderdeel van de rechten van verdediging, kan worden onderscheiden in verschillende deelrechten, waarvan het recht om een visie uiteen te zetten, al dan niet mondeling en in aanwezigheid van de andere betrokkenen, en het recht op toegang tot ‘het dossier’ in ieder geval deel uitmaken.<sup>176</sup> De ratio voor het recht om gehoord te worden kent derhalve twee kanten: het horen kan worden gezien als het waarborgen van het aan de betrokkene toekomende recht, maar ook als het optimaliseren van het besluit van de toezichthouder, die door het horen eerder over alle relevante informatie zal beschikken. De Europeesrechtelijke jurisprudentie omtrent rechten van verdediging oscilleert tussen deze twee redenen, zo blijkt uit analyse.<sup>177</sup> Toch lijkt in de jurisprudentie van het Hof de verdediging van het aan de betrokkene toekomende recht de meest uitgesproken reden voor het waarborgen van rechten van verdediging.<sup>178</sup> Dan ligt het ook voor de hand dat het hoorrecht voor een beschuldigde of beklagde onderneming, die immers bedreigd wordt met een sanctie, verderstrekkend is dan het hoorrecht voor bijvoorbeeld een klager,<sup>179</sup> met een daartussenin liggende bescherming voor betrokkenen in het concentratietoezicht. In het tweede perspectief, het optimaliseren van de informatieverstrekking aan het bestuursorgaan, hoeft dat verschil er niet zo te zijn en is bovendien een *recht* op bijvoorbeeld toegang tot het dossier minder vanzelfsprekend. De achtergrond van het hoorrecht is onder de Awb juist *niet* primair het beschermen van het recht dat aan de betrokkene toekomt,<sup>180</sup> maar ‘dat het bestuursorgaan uitgaat van de juiste feiten en een juist gewicht toekent aan de voor de burger van betekenis zijnde, hem betreffende belangen’.<sup>181</sup> Dat betekent dat ‘overbodig horen’ moet worden voorkomen.<sup>182</sup> Het informatievergaringsperspectief treedt derhalve, anders dan in het EG-recht, op de voorgrond. In de Mededingingswet is echter ook een aantal bepalingen opgenomen ter aanvulling op de algemene bepalingen van de Awb

---

174 Bijvoorbeeld de zorgvuldige belangenafweging en het horen in dat kader, vgl. Widdershoven & De Lange 1996, p. 596. Dat geldt ook de terinzagelegging die het bestuursorgaan in staat stelt de belangen af te wegen. Dat neemt niet weg dat dergelijke algemene verplichtingen gepaard kunnen gaan met (al dan niet afdwingbare) rechten (vgl. hoofdstuk 2, par. 2.4.1).

175 Zie daarover in de Europese context ook Jans & De Jong 2002, p. 71-74.

176 Zie bijv. Jellema 2002; Van de Hel & De Grave 2006; O.W. Brouwer 2001 a; O.W. Brouwer 1999; Barbier de la Serre 2006; Levitt 1997; Drabek 2001.

177 Zie Barbier de la Serre 2006.

178 Zie ook Kekelekis 2004, p. 518.

179 Dit blijkt ook uit jurisprudentie, zie bijv. zaak T-64/89, Automec I, ov. 46.

180 ‘Hoewel het horen van een belanghebbende ook andere functies kan dienen, zoals het bieden van een mogelijkheid tot rechtsbescherming vooraf of het bieden van gelegenheid tot inspraak, hebben deze functies bij het vormgeven aan de verplichting belanghebbenden vooraf te horen geen rol gespeeld’, zie Tekst & Commentaar Awb, opmerking 1 bij 4.1.2.

181 Tekst & Commentaar Awb, opmerking bij 4.1.2.

182 Tekst & Commentaar Awb, opmerking bij artikel 4:8.

die wel een beschermingsgrondslag kennen. Van belang is dat in verschillende artikelen is bepaald dat ‘in afwijking van’ de Awb, ‘belanghebbenden’ steeds worden uitgenodigd schriftelijk of mondeling hun zienswijze te geven (de uitzonderingen van de Awb op de hoorplicht gelden daarbij niet). Deze uitsluiting van de toepassing van de Awb is ingegeven door convergentiemotieven, in die zin dat de bescherming van het recht dat aan de belanghebbende toekomt wordt vooropgesteld, anders dan in de Awb over het algemeen het geval is.<sup>183</sup> Deze afwijking geldt ten aanzien van het rapport, het document dat de NMa in sanctieprocedures opstelt (zowel bij ‘materiële sancties’ als ‘procedurele’ sancties), en bij het wijzigen van een last onder dwangsom.

Voor de wijze van toetsing en de gevolgen die worden verbonden aan een schending van de waarborgen, kan het uitmaken of sprake is van een fundamenteel rechtsbeginsel ter bescherming van de burger of van een meer instrumentele benadering. Bij een meer instrumentele functie is meer ruimte voor een *belangenafweging*, in die zin dat het belang van effectieve opsporing kan worden gewogen tegenover het belang van het waarborgen van rechten van verdediging.<sup>184</sup> Met andere woorden, hoe principiëler het rechtsbeginsel, hoe minder ruimte voor inbreuk daarop en hoe stringenter de toetsing door de rechter zou moeten zijn.

### 3.3 Toetsingswijze

De *wijze van toetsing* door de rechter betreft de toetsingsintensiteit en daarmee de kern van de relatie tussen rechter en bestuur. Verschillende toetsingswijzen kunnen worden onderscheiden.

#### 3.3.1 Volledige heroverweging of rechtmatigheidstoets

Een eerste onderscheid wordt gemaakt tussen volledige heroverweging door de rechter en rechtmatigheidstoetsing door de rechter; in het Engels het verschil tussen een *decision on the merits* en *judicial review*.<sup>185</sup> Zowel in het Nederlandse mededingingsbestuursrecht als in het Europese mededingingsrecht is sprake van een rechtmatigheidstoets.<sup>186</sup> Dit betekent dat de rechter over het algemeen niet zal oordelen over de vraag of zij dezelfde beslissing zou hebben genomen als het bestuursorgaan, maar of de genomen beslissing rechtmatig is en binnen de grenzen van de bevoegdheid blijft. Het betreft primair een toetsing *ex tunc*. In het EG-recht, zo zegt het Hof, spreekt de rechter zich ‘niet uit over de doelmatigheid van de keuzen die zijn

---

183 Zie advies van de SER en de Commissie Economische Mededinging, p. 32, en de weerslag daarvan in MvT, p. 91-96; zie ook de n.n.a.v.v., hoofdstuk 13, par. 1.

184 Wils 2006; Drabek 2001, p. 531; Joshua 1994. Het is overigens opvallend dat zowel Joshua als Wils (ooit) deel uitmaakten van de Commissie.

185 Vgl. Bailey 2004, p. 133, maar volledige heroverweging wordt ook wel *full review* genoemd (Parret 2005, p. 362); zie Wade & Forsyth 2004, p. 33 over de ‘radically different’ systemen. Wilsher 2007, p. 275, nuanceert dit verschil echter.

186 Zie Bestuursrecht II 2002, p. 112-113. Voor het EG-recht bijv. Tiili & Vanhamme 1999, p. 885-886; Bailey 2004, p. 1330-1331. In sommige andere landen is in het mededingingsrecht wel sprake van een volledige heroverweging, bijvoorbeeld in de UK, zie Wilsher 2007, p. 277; Bellamy 1993, p. 389; en in Zweden, zie Edwardson 2009.

gemaakt door de instellingen'.<sup>187</sup> Bij de toetsing van *sancties* daarentegen, is wel sprake van volledige rechtsmacht, deze vloeit ook uit artikel 6 EVRM voort. De rechter beoordeelt niet alleen de rechtmatigheid, maar ook de juistheid van de opgelegde sanctie.<sup>188</sup> In het Europese systeem betekent dit, dat de rechter, *anders* dan bij de 'gewone' rechtmatigheidstoets, de sanctie zelf kan vaststellen.<sup>189</sup> In het nationale systeem kan de rechter dat ook.<sup>190</sup> De nationale rechter kan daarnaast *ook* zelf voorzien bij een rechtmatigheidstoets, zij het dat van die bevoegdheid alleen onder specifieke omstandigheden gebruik wordt gemaakt; slechts als één juridisch juist besluit mogelijk is en de rechter zelf over de benodigde expertise beschikt. Dat zijn hindernissen in het mededingingsrecht.<sup>191</sup>

### 3.3.2 Volle of beperkte rechtmatigheidstoets

De intensiteit van de rechtmatigheidstoets kan verschillen. Het uitgangspunt is dat de rechter het bestuursorgaan weinig tot geen ruimte biedt en vol toetst. Daar tegenover staat een beperkte toets. De in de EG-rechtelijke doctrine vaak gebruikte terminologie spreekt van de binnen *judicial review* mogelijke *comprehensive review* of *limited review*.<sup>192</sup> De beperkte toets kan het karakter van een marginale toets hebben, in welk geval voor bepaalde onderdelen van het object van toetsing slechts wordt getoetst of de grenzen van de redelijkheid niet zijn overschreden (zie par. 3.3.4). De wijze van toetsing is niet vastgelegd of voorgeschreven.<sup>193</sup> Zij hangt af van het vinden van de balans tussen recht doen aan rechtspreken en het respecteren van

---

187 Zaak 1/54, Frankrijk/Hoge Autoriteit; Barents 2005, p. 82; Gil Ibáñez 1999, p. 247.

188 Zie bijvoorbeeld de MvT bij het wetsvoorstel voor een vierde tranche van de Awb over deze 'full jurisdiction', die in de praktijk over het algemeen wordt gevolgd (TK 2003-2004, 29702, nr. 3, p. 128): 'De toetsing door de rechter van de bestuurlijke boete moet op grond van artikel 6 EVRM volledig zijn ("full jurisdiction"). De Nederlandse jurisprudentie laat zien dat bij bestraffende sancties indringend wordt getoetst op evenredigheid: de zwaarte (hoogte) van de sanctie moet zijn afgestemd op de ernst van de gedraging. De rechter laat dan zijn in het algemeen terughoudende opstelling bij de toetsing van bestuursbesluiten varen (...). Bij deze evenredigheidstoets dient ook de *verwijtbaarheid* van het beboetbare feit te worden betrokken (...). Naast de hoogte van de boete dient ook een volle toetsing plaats te vinden ten aanzien van het bewijs van de feiten die de overtreding constitueren. De onschuldpresumptie van artikel 6, tweede lid, EVRM kan meebrengen dat de rechter bij de beoordeling ook feiten meeneemt die het bestuursorgaan niet kon kennen op het moment van het nemen van het boetebesluit. De bewijslast ten aanzien van deze feiten rust op het bestuur (...).'

189 Zie artikel 229 EG, artikel 31 Verordening 1/2003; Barents 2005, p. 143. Daarbij, zo stelt Van Heezik 2009 is het Hof niet gebonden aan het beginsel van *reformatio in peius*, en zou het Hof dus een hogere boete kunnen opleggen.

190 De nationale rechter, zo lijkt me, is wel gebonden aan het verbod van *reformatio in peius*, hoewel dat in het kader van mededingingsrechtelijke boetes niet betekent dat als enerzijds de boete wordt verlaagd (omdat de inbreuk minder lang heeft geduurd), zij anderzijds niet kan worden verhoogd (bijvoorbeeld omdat de ernst zwaarder is dan aangenomen door de NMa), mits het totale bedrag niet hoger wordt. Gelet op de vorige voetnoot is hier in ieder geval enige spanning te zien, die in het licht van de Bosphorus-jurisprudentie van het EHRM (zie hoofdstuk 1, par. 5.4; en hoofdstuk 2, par. 4.1, vergelijk ook hoofdstuk 3, par. 4.3) tot interessante vragen leidt. Zie voor codificatie van de bevoegdheid tot zelf voorzien na vernietiging van een boete, het al genoemde wetsvoorstel voor een vierde tranche van de Awb, TK 2003-2004, 29702, nr. 3, o.a. p. 128.

191 Zie artikel 8:72 lid 4 Awb, en hierover Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 43.

192 Bailey 2004, p. 1332-1332; zie voor variaties in terminologie ook Ehlermann & Atanasiu 2002, p. 74-75; Legal 2005, p. 109; Tiili & Vanhamme 1999, p. 889.

193 Zie voor het EG-recht bijv. Parret 2005, p. 362; Bailey 2004, p. 1358.

de rollen van rechter en bestuur. Een belangrijk element daarvan is de vraag in hoeverre sprake is van beslissruimte voor het bestuursorgaan, zoals die kan worden afgeleid uit de desbetreffende bevoegdheidsheppende norm. Ook de rolverdeling tussen gewone rechter en hogerberoepsrechter kan van invloed zijn (zie par. 3.3.5). Grenzen aan een beperkte toets worden voor de nationale rechter gegeven door het beginsel van effectieve rechtsbescherming (zie hoofdstuk 2, par. 4.2). Noch EVRM noch EG-recht lijken echter categoriaal een marginale toets te verbieden.<sup>194</sup>

### 3.3.3 Volle toets

Sommige onderdelen van de beslissing worden altijd vol getoetst. Dat geldt ook bij een marginale toets, omdat deze is verbonden aan de beslissruimte van het bestuursorgaan. Die beslissruimte bevindt zich echter niet op alle onderdelen van het object van toetsing. Zo is de toetsing aan procedurele voorschriften, inclusief motiveringsplicht en zorgvuldige voorbereiding, vol, althans nooit expliciet beperkt.<sup>195</sup> Ook is de uitleg van de wettelijke bepaling, de interpretatievraag, uiteindelijk steeds aan de rechter. Daarom kunnen ook wetsinterpreterende beleidsregels vol worden getoetst.<sup>196</sup> Daarnaast worden de feiten in theorie altijd vol getoetst,<sup>197</sup> hoewel deze stelling in de praktijk niet altijd blijkt op te gaan.<sup>198</sup> Dat geldt ook voor de feitenvaststellende beleidsregels.<sup>199</sup> Bij een volle toets stelt de rechter zijn eigen oordeel over de voorliggende kwestie vast. Toch is de volle toets niet volledig, omdat hij, zoals gezegd, is beperkt tot een rechtmatigheidstoets en niet ook doelmatigheid omvat.

In het Europese mededingingsrecht is een volle toets het uitgangspunt voor zowel artikel 81- en 82-beschikkingen,<sup>200</sup> als het concentratietoezicht.<sup>201</sup> In *Cimenteries* overweegt het Gerecht bijvoorbeeld dat de toetsing een ‘grondig onderzoek’ betreft van ‘zowel de materiële vaststelling van de feiten als de juridische beoordeling van de feiten’.<sup>202</sup>

Een volle toets is desalniettemin niet altijd even intensief.<sup>203</sup> Zij is wel steeds vol ten aanzien van de interpretatie van het recht – dit is niet een punt waarop rechters geneigd zijn ruimte te gunnen aan anderen – maar hoewel ook de toets van de feiten normaal gesproken vol is, kan zij duidelijk in diepgang verschillen. Een toetsing van de feiten kan in de Nederlandse context al snel de vorm krijgen van een toetsing ‘voornamelijk aan de kant van formele beginselen, zoals het zorgvuldigheids- en

---

194 Zie Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 31; Schuurmans 2007, p. 121.

195 Zie Van der Meulen 2005; en voor het EG-recht bijv. Nicholson e.a. 2005, p. 126-127.

196 Bröring 1998, p. 188.

197 Duk 1988, p. 161; Schuurmans 2005, p. 72. Dit geldt ook in het EG-recht: Nicholson e.a. 2005, p. 128-129; Legal 2005, p. 110.

198 Zie voor een dogmatisch vreemde eend in de bijt ABRvS 15 november 2002, AB 2003/96, m.nt. Schuurmans; vgl. Schlössels 2003 a, p. 246.

199 Bröring 1998, p. 118-119.

200 Zie Tiili & Vanhamme 1999, p. 889; Bailey 2004, p. 1332; Ehlermann & Atanasiu 2002, p. 74-75; Hofmann 2003, p. 120.

201 Vgl. Hofmann 2003, p. 120. In zaak T-170/06, *Alrosa*, o.v. 108-110 is er echter wel expliciet een verschil in toetsing aangegeven van toezeggingen in het concentratietoezicht en toezeggingen onder artikel 81 en 82 EG.

202 *Gev. zaken T-25/95 e.a., Cimenteries*, ov. 719; vgl. ook zaak C-282/98 P, *Enso Española*, ov. 37-40.

203 Vgl. Parret 2005, p. 364.

motiveringsbeginsel, [waardoor] de rechter niet steeds genoodzaakt is zelf een eindoordeel over de feiten te geven'.<sup>204</sup> Zoals gezegd (zie par. 2.1), hangt de houding van de rechter onder meer af van de taakopvatting die hij zichzelf toedeelt in de verhouding met het bestuur: gaat het om het vaststellen van de juiste feiten of gaat het om de toetsing van de zorgvuldigheid van de feitenvergaring door het bestuursorgaan? In de eerste opvatting past een intensievere toets van de feitenvaststelling dan in de tweede opvatting; de tweede opvatting is in de praktijk vaak aan de orde. Daarnaast hangt de intensiteit van de toetsing van de vaststelling van de feiten ook af van de vraag of er sprake is van 'complexe economische beoordelingen', die ook de feiten kunnen betreffen (zie par. 3.4).

#### 3.3.4 *Beperkte toets*

Een beperkte toets doet zich voor wanneer sprake is van beslisruimte voor het bestuur. Er zijn in algemene zin verschillende redenen voor een beperkte toets. Ten eerste kan een reden zijn gelegen in de desbetreffende bepaling. Daarin kan sprake zijn van een discretionaire bevoegdheid voor het bestuursorgaan. Ten tweede kan de reden het technische of specialistische gehalte van de beslissing zijn. Ten derde, daarmee wellicht overlappend, is het mogelijk dat er sprake is van een gebrek aan kennis en expertise bij de rechter, eventueel gekoppeld aan de onmogelijkheid om deskundig advies in te winnen. Ten slotte kan een reden voor een beperkte toets zijn gelegen in de voorafgaande heroverweging door een onafhankelijk orgaan, bijvoorbeeld in administratief beroep: om redenen van efficiëntie wordt dan afgezien van hernieuwde toetsing.<sup>205</sup> Van de hier genoemde redenen lijkt de eerste, de discretionaire bevoegdheid in de wettelijke norm, de in de doctrine en rechtspraak meest geëxpliciteerde reden.

##### *– Beleidsruimte, beoordelingsruimte, beoordelingsvrijheid*

Om te kunnen vaststellen of er sprake is van een discretionaire bevoegdheid voor het bestuur is het al genoemde onderscheid tussen een vrije en een gebonden beschikkingsbevoegdheid van belang. Bij een *gebonden* bevoegdheid is er maar één beslissing mogelijk. Er is geen vrijheid voor het bestuursorgaan, omdat de wettelijke regeling precies voorschrijft wanneer welke beslissing moet worden genomen. De rol van het bevoegde bestuursorgaan is beperkt tot mechanische wetstoepassing.<sup>206</sup> De rechter kan de uitoefening van een gebonden bevoegdheid op alle onderdelen vol toetsen. Bij een *vrije* beschikkingsbevoegdheid is er wel beslisruimte voor het bestuursorgaan. Die beslisruimte valt volgens de Nederlandse doctrine in tweeën of zo men wil in drieën uiteen: beoordelingsruimte, beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid.<sup>207</sup> Het onderscheid is van belang voor de intensiteit van de rechterlijke toets en voor het vervolg op een vernietiging door de rechter en komt – onder andere labels, maar met een vergelijkbare juridische inhoud – ook in het EG-recht voor. Voor een helder onderscheid is het nuttig aan te sluiten bij de verschillende onderdelen van het

---

204 Schuurmans 2007, p. 116.

205 Zie over deze redenen in algemene zin o.a. Legal 2005, p. 109.

206 Zie o.a. Ballegooij 2004, p. 67. Vgl. ook Gil Ibáñez 1999, p. 200.

207 Voor het Nederlandse recht gaat dit onderscheid terug op de publicatie van Duk 1988, die stelt dat beleidsruimte en beleidsvrijheid hetzelfde betekenen.

object van toetsing (zie par. 3.2),<sup>208</sup> beoordelingsruimte en beoordelingsvrijheid liggen aan de voorwaardenkant van de bevoegdheidscheppende norm, beleidsvrijheid (of beleidsruimte) ligt aan de gevolgenkant daarvan.<sup>209</sup>

*Beleidsvrijheid*, in de Engelstalige Europeesrechtelijke literatuur vaak aangeduid met *discretion*,<sup>210</sup> leidt tot een marginale redelijkheidstoets door de rechter. De marginale toets betreft echter alleen het onderdeel waar de beleidsruimte zich voordoet, dat wil zeggen de rechtsgevolgenkant van het object van toetsing. De reden voor de afstandelijke toets is vooral gelegen in de rolverdeling tussen rechter en bestuur.<sup>211</sup> De belangenafweging door het bestuursorgaan, het ‘belangrijkste kenmerk’ van beleidsruimte, dient bij het bestuursorgaan te blijven en niet door de rechter te worden overgedaan.<sup>212</sup>

*Beoordelingsruimte* ontstaat doordat in de wettelijke bevoegdheidsbepaling aan de voorwaardenkant ruimte wordt gegeven aan het bestuursorgaan. Die ruimte kan ontstaan omdat ofwel de toepassingscondities niet precies genoeg zijn gedefinieerd, doordat vage normen zijn opgenomen in de bepaling of omdat de beoordeling uitdrukkelijk aan het bestuursorgaan is overgelaten.<sup>213</sup> Voor de toetsing door de rechter maakt dit verschil. De beslissruimte die inherent is aan *vage normen*, is beperkt; het gaat om ‘objectief’ vage normen.<sup>214</sup> De uitleg daarvan betreft een interpretatievraag, die door de rechter ten volle wordt getoetst.<sup>215</sup> Dit geldt ook in het Europese recht.<sup>216</sup> In theorie is er bij de uitleg van vage normen geen ruimte voor een belangenafweging door het bestuursorgaan.<sup>217</sup> Maar hoewel geen sprake is van belangenafweging in de klassieke zin van het woord, zijn ook bij de uitleg van vage

---

208 Vgl. Schueler e.a. 2007, p. 1.

209 In eerdere literatuur wordt ook wel een ander onderscheid gemaakt. Zo onderscheidt Van Kreveld 1983, p. 6-8 ‘objectieve beoordelingsruimte’ van ‘subjectieve beoordelingsruimte’, die hij ‘beoordelingsvrijheid’ noemt. Het onderscheidende criterium is niet het onderdeel van het object van de toetsing, maar de marginale of volle toets: objectieve beoordelingsruimte (overeenkomend met de hierna genoemde objectieve vage normen), leidt niet tot een marginale toets, subjectieve beoordelingsruimte (die zowel beleidsvrijheid als de overige vormen van beoordelingsruimte zoals hierna gedefinieerd omvat) leidt wel tot een afstandelijker toets. Tiili & Vanhamme 1999 maken voor het EG-recht een vergelijkbaar onderscheid.

210 Bailey 2007, p. 130. Maar *discretion* wordt ook wel gebruikt als overkoepelende term voor beslissruimte. Ook wel *policy related discretion*, Odudu 2002 a, p. 20-21; of *pouvoir discretionair*, Tiili & Vanhamme 1999, p. 885.

211 Zie over de vraag wat dit (bijvoorbeeld) betekent voor beslissruimte bij de verandering van artikel 81 lid 3 EG in een rechtstreeks werkende uitzondering o.a. Bailey 2004, 1355.

212 Schlössels & Stroink 2006, p. 95; Bestuursrecht I, p. 292; en voor het EG-recht: Hofmann 2003, p. 120; Tiili & Vanhamme 1999, p. 885.

213 Zie Van Wijk e.a. 2008, p. 149.

214 Zie over het verschil tussen objectief en subjectief in vaagheid o.a. Van Kreveld 1983, p. 6-7. Van Kreveld maakt ook nog een onderscheid tussen een ‘grote mate van vaagheid’ en een meer gewone vaagheid die de meeste termen vertonen. Een *voorbeeld* van een ‘erg’ vaag begrip is volgens hem ‘goed koopmansgebruik’. Schlössels & Stroink 2006 noemen als voorbeelden van vage begrippen: ‘bouwwerk’ en ‘werkloos’. Bröring 1998, p. 29 noemt: ‘passende arbeid’, ‘voertuig’, ‘gezamenlijke huishouding’ en ‘redelijke termijn’. Zie over vage normen ook Klap 1994.

215 Zie o.a. Schlössels & Stroink 2006, p. 98; Tak 2005, p. 516; Bröring 1998, p. 30.

216 Bailey 2007, p. 125.

217 Duk 1988, p. 165.



normen soms keuzes mogelijk waarover men van mening kan verschillen.<sup>218</sup> In het mededingingsrecht bijvoorbeeld gaat het om termen als ‘mededingingsbeperkende strekking’ en ‘mededingingsbeperking’, waarbij keuzes van economische aard moeten worden gemaakt, of in ieder geval moeten worden beslecht (zie over de onduidelijkheid van deze begrippen ook hoofdstuk 6, par. 2.1.2). Dat neemt niet weg dat de uiteindelijke keuze hier in theorie steeds door de rechter wordt gemaakt (zie par. 4).

Wat *beoordelingsvrijheid* precies inhoudt en waar beoordelingsruimte beoordelingsvrijheid wordt, blijft ook in de literatuur enigszins onduidelijk, maar het verschil tussen ruimte en vrijheid is voor toetsing door de rechter wel van belang. Het begrip ‘beoordelingsvrijheid’ wordt soms voorbehouden aan, en omvat in ieder geval, de expliciete toekenning van ruimte in de bepaling door het opnemen van woorden als ‘naar het oordeel van’.<sup>219</sup> Er is dan sprake van een ‘expliciete subjectivering’.<sup>220</sup> Tegelijkertijd kan beoordelingsvrijheid ook de impliciete ruimte omvatten die ontstaat doordat in de wettelijke bepaling begrippen zijn opgenomen die ‘naar hun aard op een bepaalde mate van beoordelingsvrijheid’ wijzen. Het gaat dan om ‘subjectieve’ vaagheid, ‘die een waardeoordeel van het bestuursorgaan ten aanzien van de feiten veronderstellen’.<sup>221</sup> Het gaat daarbij – anders dan bij objectief vage normen – met name om de *kwalificatie van feiten*.<sup>222</sup> Deze beoordelingsvrijheid wordt door de rechter – anders dan bij objectief vage normen – afstandelijk getoetst. Het onderscheid tussen objectief vage normen en subjectieve vaagheid bij beoordelingsvrijheid is echter in theorie al lastig vast te stellen, laat staan in de praktijk.<sup>223</sup>

Hoewel zowel beleidsvrijheid als beoordelingsvrijheid (maar beoordelingsruimte door vage normen dus niet) afstandelijk wordt getoetst, is het verschil tussen deze beide, naast het feit dat beleidsvrijheid de rechtsgevolgenkant betreft en beoordelingsvrijheid de voorwaardenkant, dat er bij beoordelingsvrijheid geen ruimte zou zijn voor belangenafweging.<sup>224</sup> Beleidsmatige beleidsregels, die zowel beleidsvrijheid als beoordelingsvrijheid kunnen betreffen, worden eveneens marginaal getoetst.<sup>225</sup> Het verschil tussen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid is soms echter lastig vast te stellen.

---

218 Klap 1994, p. 9; Bailey 2007, p. 125.

219 O.a. Bestuursrecht I, p. 290.

220 Van Kreveld 1983, p. 7.

221 Zie Bestuursrecht I, p. 98; Schlössels & Stroink 2006, p. 95 noemen als voorbeeld van dergelijke subjectieve vage begrippen: ‘rechtvaardige verdeling van de woonruimte’, ‘uiterlijk aanzien van de gemeente’, ‘openbare orde’ en ‘gevaar’. Van Kreveld 1983, p. 7 noemt eveneens ‘doelmatige verdeling van de woonruimte’.

222 Schlössels & Stroink 2006, p. 97; Bestuursrecht I, p. 289.

223 Zie bijv. Bestuursrecht I, p. 292; Van Kreveld 1983, p. 91. Dit blijkt ook uit de voorbeelden uit de literatuur: zo wordt het begrip ‘openbare orde’ door Bröring 1998, p. 29 genoemd als voorbeeld van een objectief vage norm, terwijl dit bij Schlössels & Stroink een subjectief vaag begrip is.

224 Duk 1988; Bestuursrecht I, p. 293-294.

225 Bröring 1998, p. 116.

– *Europeesrechtelijke terminologische equivalentie?*

Het onderscheid tussen beoordelingsruimte en beoordelingsvrijheid komt als zodanig niet terug in de Europeesrechtelijke doctrine. Hoewel ook het terminologische onderscheid tussen beoordelingsvrijheid en beoordelingsruimte enerzijds en beleidsvrijheid anderzijds niet altijd duidelijk wordt gehanteerd, worden deze soorten beslisruimte in literatuur wel onderscheiden.<sup>226</sup> Duidelijk is dat ook in het EG-recht het Hof aan de instellingen beslisruimte gunt wanneer sprake is van discretionaire ruimte, terwijl er geen beslisruimte is wanneer het gaat om de interpretatie van een objectief bedoelde *vague norm*. De *margin of appreciation*, die in de Nederlandstalige jurisprudentie van het Hof soms wordt vertaald met beoordelingsmarge, soms met beoordelingsvrijheid, en soms met discretionaire bevoegdheid,<sup>227</sup> zou, ter onderscheiding van beleidsvrijheid, gelijk zijn aan de beoordelingsvrijheid/ruimte in bovenstaande zin. Maar de *margin of appreciation* leidt *niet* noodzakelijkerwijs tot een beperkte toets.<sup>228</sup> Daardoor gaat de Nederlandse terminologie soms wrikken. Dat geldt ook wanneer de beslisruimte ‘*complexe economische analyses*’ betreft en dan wél leidt tot een afstandelijker toets (zie par. 3.4). Ook in de Europeesrechtelijke praktijk is het soms lastig vast te stellen of sprake is van een *vague norm* of van beoordelingsvrijheid en hoever de betreffende beslisruimte reikt.<sup>229</sup> Natuurlijk, opgemerkt kan worden: ‘it is a matter of semantics whether one wants to call this “the limited judicial review”, a margin of discretion or a margin of appreciation’,<sup>230</sup> maar er is een verschil in de juridische betekenis van de concepten van beleids- en beoordelingsvrijheid (en onderling tussen deze concepten) en de beperkte toets (zie ook par. 3.4.2). Een juiste en vooral consequente aanduiding is derhalve wel degelijk belangrijk, en die blijkt lastig te vinden (zie par. 3.4.4).

– *Inhoud*

In de nationale rechtssfeer lijkt er overeenstemming te zijn dat als sprake is van beleidsvrijheid of beoordelingsvrijheid (maar niet bij objectief *vague* normen), de

---

226 Odudu 2002 a; Bailey 2004; Bailey 2007; maar anders Tiili & Vanhamme 1999.

227 De begrippen lijken door elkaar te worden gebruikt, net als in het Engels de termen *power of appraisal* en *margin of appreciation*. Vergelijk bijvoorbeeld de Engelse versie van het arrest T-102/96, Gencor, waarin het gaat om ‘a certain discretion’ c.q. ‘discretionary margin’, met zaak 42/84, Remia, waarin sprake is van een ‘margin of appraisal’. In de Nederlandse versie van het arrest Gencor wordt dit ‘een discretionaire bevoegdheid’ en ‘beoordelingsmarge’, maar in de Nederlandse versie van zaak T-342/99, Airtours, en gev. zaken C-68/94 & C-30/95, Kali & Salz, waarin in het Engels dezelfde terminologie wordt gebruikt als in de Engelse versie van Gencor, is dit ‘een *zekere* discretionaire bevoegdheid’. Zo zijn er meer voorbeelden te vinden van terminologische verwarring. Zie hierover bijv. Parret 2005; Prete & Nucara 2005; Wesseling 2001.

228 Zo wordt wel gesteld dat: ‘[it] may be followed by comprehensive review in one case and by marginal review in another, and both are fully correct’, Tiili & Vanhamme 1999, p. 899; vgl. Bailey 2004, p. 1339. Ook in de Nederlandse terminologie kan deze stelling juist zijn, omdat onder ‘power of appraisal’ zowel beleidsvrijheid (met een marginale toets) als beoordelingsruimte (die bij *vague* normen tot een volle toets leidt en bij de kwalificatie van de feiten soms tot een marginale toets) kan worden begrepen. Maar als wordt vervolgd met: ‘on the contrary, the less frequently used term “discretionary power” (*pouvoir discretionnaire*) is unambiguously linked to marginal review (...)’, Tiili & Vanhamme 1999, p. 899, dan ontstaat verwarring: als daarmee beleidsvrijheid wordt bedoeld, dan is deze stelling ook in de Nederlandse terminologie juist, maar juist beleidsvrijheid wordt onder ‘discretionary powers’ in dit geval niet begrepen.

229 Vgl. Bailey 2007, p. 125.

230 Wesseling 2001, p. 372.

rechter slechts *marginiaal* mag toetsen.<sup>231</sup> De marginale toets houdt in dat de rechter ‘tot vernietiging (...) pas mag overgaan wanneer hij de opvatting van het bestuursorgaan over de toepasselijkheidscondities *kennelijk onredelijk* vindt, indien hij meent dat het bestuursorgaan *in redelijkheid niet* tot dit oordeel *heeft kunnen* komen’.<sup>232</sup> Overigens, maar terzijde omdat dit hoofdstuk een beschrijving van theorie weergeeft en niet beoogt die verder te ontwikkelen, lijkt het helderder om de marginale toets voor te behouden aan beleidsvrijheid, waar belangen worden afgewogen, en de niet-volle toets van beoordelingsvrijheid een beperkte toets te noemen die de kwalificatie van de feiten betreft, maar waar geen sprake is van een daadwerkelijke belangenafweging. Dit zou in ieder geval de wijze van toetsing van complexe economische analyses verhelderen (zie par. 3.4). Het verschil tussen beleidsvrijheid enerzijds en beoordelingsvrijheid anderzijds ligt ook in de mogelijkheden voor een nieuw besluit dat bij een vastgesteld gebrek kan volgen. Bij beoordelingsvrijheid kan bijvoorbeeld sprake zijn van een motiveringsgebrek, wat (omdat het een vernietiging wegens een formeel gebrek betreft) kan betekenen dat materieel hetzelfde besluit opnieuw wordt vastgesteld. Als bij beleidsvrijheid de vernietiging een materieel gebrek in de belangenafweging betreft, zal vervolgens niet materieel hetzelfde besluit kunnen worden genomen. Steeds geldt echter dat de marginale toets is beperkt tot bepaalde onderdelen van het object van toetsing: zij betreft nooit het gehele besluit, omdat én de overige onderdelen van het object van toetsing vol kunnen worden getoetst, zoals de procedure en de interpretatie van begrippen, én omdat marginale toetsing geen beperking van gronden betreft waaraan getoetst kan worden. Steeds kan ook voor het gedeelte van het object van toetsing waar beslissruimte zich voordoet en waarbij marginaal getoetst kan worden, ten volle een toetsing aan algemene beginselen van bestuur aan de orde komen: zorgvuldigheid, motivering en beginselen als formele gelijkheid blijven vol aan de orde.<sup>233</sup>

De door de Europese rechter aangelegde beperkte toets in het geval van beslissruimte komt grotendeels overeen met de kennelijke onredelijkheidstoets. Getoetst wordt of bij de uitoefening van de bevoegdheden ‘geen kennelijke dwaling of misbruik is begaan en of het betrokken gezagsorgaan zich niet kennelijk heeft begeven buiten de grenzen aan zijn appreciatieve bevoegdheid gesteld’.<sup>234</sup> Ook hier blijft een volle toets aan zorgvuldigheid en motivering intact, sterker nog, deze lijkt aan belang te winnen (zie par. 3.4.3). Daarnaast lijkt er een ontwikkeling gaande – in ieder geval in het concentratietoezicht – waarbij de toets niet meer beperkt is tot *kennelijke onredelijkheid*: ‘the error does not have to reach a level of seriousness or gravity to tip the Court’s opinion towards a decision of annulment’.<sup>235</sup> Dat zou betekenen dat de beslissruimte voor de Commissie een ‘hollow concept’ is geworden.<sup>236</sup>

---

231 Bijv. Bestuursrecht I, p. 291, 294 en p. 407.

232 Van Wijk e.a. 2002, p. 150 (cursivering in origineel).

233 Zie vooral Van der Meulen 2005, p. 162.

234 Barents 2005, p. 83. Zie ook Parret 2005, p. 364.

235 Botteman 2006, p. 83. Diens analyse is echter beperkt tot concentratietoezicht.

236 Botteman 2006, p. 87.

### 3.3.5 Toetsing in hoger beroep

Tussen het Europese systeem en het nationale systeem is er een verschil in de respectievelijke rol van het Hof van Justitie en het CBb als rechter in hoger beroep. De rol van het Hof in hoger beroep is beperkt tot *rechtsvragen*. Het CBb kent die beperking niet. Grieven betreffende de feiten worden derhalve door het Hof niet ontvangen. Dit betekent dat ‘een hogere voorziening slechts kan worden gebaseerd op middelen inzake schending van rechtsregels, met uitsluiting van iedere feitelijke beoordeling’.<sup>237</sup> Derhalve is het Hof niet bevoegd ‘om de bewijzen te onderzoeken die het Gerecht tot staving van die feiten in aanmerking heeft genomen (...) het [staat] enkel aan het Gerecht te beoordelen, welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijzen’.<sup>238</sup> De toetsingwijze die het Hof daardoor aanlegt, is in hoger beroep, anders dan de toets van het CBb, niet zozeer gerelateerd aan de beslissingsbevoegdheid van het bestuursorgaan, maar aan deze beperkte rol als hogerberoepsrechter. Het Hof toetst beperkt.<sup>239</sup> Overigens spreekt het Hof zich wel uit over de toetsing van feiten door het Gerecht: dit betreft een rechtsvraag. Zo toetst het Hof ‘de wijze waarop het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en daaraan rechtsgevolgen heeft verbonden’.<sup>240</sup> Bovendien kunnen feitelijke vragen soms als rechtsvraag worden herschreven.<sup>241</sup> Toch is dit een belangrijk verschil in het systeem, omdat daardoor de rollen van het CBb en het Hof veel minder vergelijkbaar zijn dan die van Gerecht en rechtbank (zie ook hoofdstuk 3, par. 4.1).

## 3.4 Complexe economische beoordelingen

Mededingingsrechtelijke zaken gaan vaak over economische kwesties. In veel gevallen zijn deze het centrale materiële geschilpunt. De rol van economie en economisch bewijs lijkt met het volwassen(er) worden van het mededingingsrecht alleen maar toe te nemen (zie ook hoofdstuk 1, par. 5.2). Deze verandering van karakter kan invloed hebben op de relatie tussen rechter en bestuursorgaan. In de mededingingsrechtelijke jurisprudentie van het Hof komt al sinds jaar en dag de relatie tussen de Europese rechter en de Commissie ten aanzien van de toetsing van de economische beoordelingen tot uitdrukking in een standaardoverweging betreffende de toets van complexe of ingewikkelde beoordelingen die de Commissie uitvoert. Deze, of een vergelijkbare, overweging komt voor in arresten over inbreukbeschikkingen, oude artikel 81, lid 3 EG-ontheffingsbeschikkingen en in het concentratietoel-

---

237 Zaak C-7/95 P, John Deere, ov. 22.

238 Zaak C-7/95 P, John Deere, ov. 22.

239 Zie ook Bailey 2004, p. 1333. Volgens A-G Cosmas (15 juli 1998, zaak C-51/93 P, Hercules, ov. 29) kan ‘de toetsing in hogere voorziening slechts ten doel hebben, na te gaan, in hoeverre de feitenrechter (...) juridisch correct rekening heeft gehouden met alle factoren die van wezenlijk belang zijn voor de beoordeling van de zwaarte van een bepaalde gedraging in het licht van artikel 85. Hogere voorziening strekt zich echter niet uit tot de wijze waarop het Gerecht deze factoren heeft beoordeeld’.

240 Zaak C-7/95 P, John Deere, ov. 21.

241 Vgl. Reeves & Doodoo 2005-2006, p. 1059.

zicht.<sup>242</sup> De zogenoemde ‘complexe economische beoordelingen’ zijn reden voor een beperktere toets door de Europese rechter:

‘De toetsing door de gemeenschapsrechter van de ingewikkelde economische analyse door de Commissie moet zich noodzakelijkerwijs beperken tot de vraag of de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid.’<sup>243</sup>

Deze overweging is al lang onderdeel van het arsenaal van het Hof, terwijl ondertussen de rol van economie in het mededingingsrecht sterk is gegroeid. Bovendien heeft de komst van het Gerecht de dynamiek tussen rechter en de Commissie veranderd. Deze deferentie roept een aantal vragen op: hoe is de beslisruimte voor het bestuursorgaan te kwalificeren in het licht van de gebruikte terminologie in de Nederlandse bestuursrechtelijke doctrine zoals die hiervoor is uiteengezet? Welke redenen zijn er (nog) voor een dergelijke beperkte toets? Welke toets wordt daadwerkelijk aangelegd? In deze paragraaf ga ik derhalve dieper in op de toetsing van complexe economische analyses door het Hof. In de hoofdstukken hierna zal blijken welke rol deze toetsingswijze speelt in de uitspraken van de Nederlandse mededingingsbestuursrechter.

#### 3.4.1 Feiten, kwalificatie of interpretatie

Als startpunt voor de analyse van de vraag waar de beperkte toets van complexe economische analyses in de nationale doctrine kan worden geplaatst, dient te worden bezien op welk deel van het object van toetsing zij betrekking heeft. Zij heeft in ieder geval *geen* betrekking op de rechtsgevolgenkant, maar alleen op de voorwaardenkant van het object van toetsing (par. 3.2).<sup>244</sup> Vervolgens is het de vraag of het bij complexe economische analyses gaat om de vaststelling van feiten, kwalificatie van feiten of om interpretatie van de norm. In eerste instantie lijkt het bij complexe economische beoordelingen vooral te gaan om de toetsing van de *kwalificatie van feiten*. Het gaat om kwalificaties die de markt betreffen: economische feiten als de afbakening van de relevante markt, de structuur van de markt, toetredingsbarrières en dergelijke.<sup>245</sup>

Zo is de beoordeling van het feit dat een onderneming met een bepaald marktaandeel, gezien de positie van de rest van de spelers op de markt, al dan niet een machtspositie inneemt, een vraag die volgens het Hof een complexe economische analyse vergt.<sup>246</sup> De

---

242 Zie hierna. Overigens ook bij staatssteun, zie A-G Cosmas 23 november 1999, zaak C-83/98 P, Ladbroke Racing, ov. 15; bij beoordelingen van ‘technische’ aard, zoals de beoordeling of een bepaald apparaat van gelijke wetenschappelijke waarde is in de zin van de Overeenkomst van Florence, A-G Jacobs 11 juli 1991, in zaak C-269/90, TUM; en bij landbouwzaken, zie zaak 138/79, Roquette, ov. 25.

243 Zaak C-204/00 P, Aalborg, ov. 279, met verwijzing door het Hof naar o.a. zaak 42/84, Remia.

244 Bij belangenafweging kunnen wel complexe oordelen spelen, maar het hier bedoelde concept wordt daarvoor in de EG-jurisprudentie niet gebruikt.

245 Vgl. Bellamy 1993, p. 390.

246 Zie bijv. gev. zaken C-204/00 P e.a., Aalborg, ov. 279.

vraag of een concentratie moet worden verboden, gelet op de te verwachten marktontwikkelingen, is eveneens een complexe vraag van economische aard.<sup>247</sup> Dat geldt ook voor de vraag of een non-concurrentiebeding is toegestaan als de looptijd drie, vijf of zeven jaar is.<sup>248</sup> Ook de vraag of een aanbestedingsregeling op microniveau of op macroniveau moet worden bekeken om te oordelen of de regeling voldoet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3 EG,<sup>249</sup> de mededingingsrechtelijke beoordeling van informatie-uitwisseling tussen ondernemingen,<sup>250</sup> en toezeggingsbesluiten vergen beoordelingen van complexe economische aard.<sup>251</sup>

Ondersteuning voor de stelling dat het hier gaat om beslisruimte die de kwalificatie van feiten betreft, kan ook rechtstreeks worden gevonden in de woorden van het Gerecht: ‘wat de aard van het rechterlijk toezicht betreft, bestaat er een wezenlijk verschil tussen, enerzijds, de feitelijke gegevens en constatering van de rechter de eventuele onjuistheid in het licht van de hem voorgelegde argumenten en bewijselementen kan vaststellen, en, anderzijds, de beoordelingen van economische aard’.<sup>252</sup> De ruimte die het Hof bij de kwalificaties aan de Commissie geeft, zou in nationaalrechtelijke terminologie derhalve kunnen worden gezien als een vorm van beoordelingsvrijheid. Er is geen sprake van expliciete beoordelingsvrijheid, maar van *onduidelijke* toepassingsvoorwaarden. Deze beslisruimte betreft derhalve impliciete, subjectieve, beoordelingsvrijheid (zie par. 3.3.4). Dergelijke beslisruimte in de kwalificatie van de feiten wordt ook in de Nederlandse doctrine gekoppeld aan een afstandelijke toets door de rechter: *so far, so good*.

Het is echter, zeker bij het gebruik van economische instrumenten, lastig de grens te bepalen tussen de vaststelling van de feiten en de economische kwalificatie daarvan.<sup>253</sup> Zo bleek in de uiteenzetting over bewijsmiddelen (par. 2.3) dat ook bij het *vaststellen van feiten* economische analyse een rol speelt. Dit geldt ook bij het vaststellen van op het eerste gezicht niet al te ingewikkelde feiten: ‘analysis in economics starts at a very primary level to the point that there is no such thing as pure economic facts, any quantification being the result and not the origin of an intellectual construction’.<sup>254</sup> Bij de feitenvaststelling kan bovendien de keuze voor het gebruik van een bepaalde economische theorie of economisch model doorslaggevend zijn voor de uiteindelijke juridische beoordeling van op grond van het model verkregen ‘complexe’ feiten. Over het algemeen kan worden gesteld dat complexe economische analyses en het gebruik van economisch gereedschap geen betrekking hebben op de vaststelling van de primaire feiten, die steeds vol worden getoetst, maar op de feitelijke analyse die daarop volgt. Het betreft een fase die tussen de vaststelling van primaire feiten en de kwalificatievragen in ligt, en waarbij de

---

247 Bijv. zaak T-102/96, Gencor, ov. 164 en 165; gev. zaken C-68/94 & 30/95, Kali & Salz, ov. 223 en 224, zaak C-12/03 P, Tetra Laval, ov. 38.

248 Zaak 42/84, Remia.

249 Zaak T-29/92, SPO, ov. 286-289.

250 Gev. zaken C-204/00 P e.a., Aalborg, ov. 279.

251 Zaak T-170/06, Alrosa.

252 Zaak T-210/01, General Electric, ov. 62.

253 O.a. Reeves & Dadoo 2005-2006, p. 1058-1061; Nicholson e.a. 2005, p. 129 en p. 145.

254 Legal 2005, p. 115.

primaire feiten met behulp van economische theorie worden geanalyseerd.<sup>255</sup> Deze intermediaire fase van feitenvaststelling is in de jurisprudentie van het Hof ook onderdeel van de complexe economische analyses.

Dat kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit een door Advocaat-Generaal Tizzano gemaakt onderscheid waar hij erop wijst dat de toets van feitelijke vaststellingen ‘duidelijk diepgaander’ is, nu het ‘er om gaat objectief na te gaan of bepaalde elementen inhoudelijk juist zijn, en of de daaruit getrokken conclusies, om vast te stellen of bepaalde vaststaande feiten tot bewijs kunnen dienen van *andere, nog vast te stellen feiten*, correct zijn’. De ruimte bij complexe economische beoordelingen is daarentegen ‘inherent’ aan de bij dit type beoordelingen horende ‘ruime discretionaire bevoegdheid’.<sup>256</sup>

Op dit intermediaire niveau spelen ook vragen over de kwalificatie van *economische theorieën en concepten* zelf: zijn dit feiten die ten volle getoetst kunnen worden door de rechter of onderdeel van complexe economische beoordelingen? Van ‘objectieve’ concepten, concepten waarover economen het eens zouden moeten kunnen zijn omdat er een juist of onjuist antwoord mogelijk is (zie par. 2.4), is dit verdedigbaar (maar dan is het de vraag of de afstandelijke toets daarbij wel past, zie par. 3.4.3),<sup>257</sup> zij het dat dit niet duidelijk blijkt uit jurisprudentie van het Hof. Ook van de *feitelijke keuze* om een bepaalde interpretatie van een economische theorie of een bepaald model te gebruiken, is het vooralsnog onduidelijk of deze keuze vol getoetst kan worden of een complexe economische analyse inhoudt.<sup>258</sup> Dat laatste is juist hier niet onlogisch: bij het maken van die keuze moeten de economische theorieën immers worden vergeleken en op waarde worden geschat.<sup>259</sup> De keuze houdt een waardeoordeel in, waarvan het de vraag is of de rechter deze wel vol kan of moet willen toetsen. Maar als deze keuzes ook onderdeel uitmaken van de complexe economische analyses, zou een grotere rol voor economie in het mededingingsrecht kunnen betekenen dat de rol van de rechter beperkter wordt, doordat hij economische beoordelingen, inclusief de keuze voor een bepaalde economische theorie of een bepaald model, beperkt toetst.<sup>260</sup> Bovendien wordt het beeld gecompliceerd, omdat een belangrijk element in het vaststellen van ‘complexe’ economische feiten naar aanleiding van een model de data-input is; de keuze welke primaire gegevens het model mede moet omvatten, bepaalt mede de uitkomst. De data dienen volledig en betrouwbaar te zijn om economisch correct te zijn,<sup>261</sup> wat een feitelijke vraag lijkt, maar al een lastige economische beoordeling kan vergen. Het voorgaande leidt ertoe dat de beslissruimte bij complexe economische beoordelingen ook betrekking kan hebben op de *feitenvaststelling*, zij het dat het daarbij over het algemeen niet gaat om primaire feiten. Die worden vol getoetst.<sup>262</sup> In de nationale doctrine is deze beslis-

---

255 Zie Louveaux & Gilbert 2005, p. 176; Clough 2003-2004, p. 731.

256 A-G Tizzano in zaak C-12/03 P, Tetra Laval, ov. 86 (cursief AG).

257 Vgl. Brunt 1999, p. 363.

258 Zo toetst het Gerecht uiteindelijk de theorie van de hefboomwerking van conglomerataconcentraties op kennelijke onredelijkheid (T-5/02, Tetra Laval, ov. 208); vgl. Temple Lang 2003 d, p. 265.

259 Zie Botteman 2006, p. 76; Brunt 1999, p. 363.

260 Bijv. Wesseling 2001, vt.nt. 44 over het concentratietoezicht; vergelijkbaar over artikel 82 EG: Mertikopoulou 2007, p. 245.

261 Gutiérrez 2007, p. 14.

262 Zie ook Parret 2005, p. 365; Schuurmans 2007, p. 218.

ruimte echter niet te vangen onder het kopje beoordelingsvrijheid, nu dat kopje is gereserveerd voor de kwalificatie van feiten (zie par. 3.3.4).

Om het doctrinaire onderscheid zoals dat op nationaal niveau gemaakt wordt verder te verwarren, lijkt het bij de complexe economische beoordelingen soms zelfs te gaan om de uitleg van *vage normen*. In theorie is een interpretatievraag ook in het EG-recht ten volle voorbehouden aan de rechter (zie par. 3.3.3).<sup>263</sup> In het mededingingsrecht speelt echter het probleem dat ‘the *interpretation of the terms* (...) requires additional expertise (...) for which the Commission needs to include scientific knowledge. While the Commission may avail of this knowledge in house, the courts are restricted to reviewing the administrative decision on the basis of legal arguments’.<sup>264</sup> Ook het onderscheid tussen kwalificatie van economische feiten en uitleg van vage normen is in de praktijk soms lastig te maken (zie ook par. 3.2). In theorie is er wel een verschil tussen ‘pure’ interpretatievraagstukken en economische kwalificaties, maar dat neemt niet weg dat ook bij interpretatievraagstukken keuzes moeten worden gemaakt (zie ook par. 3.3.4). Deze keuzes kunnen niet-juridische keuzes zijn, waarbij verschillende keuzes ‘juist’ kunnen zijn. De rol van economische theorie bij de interpretatie van de norm lijkt dit probleem te versterken. Complexe economische analyses liggen zo dicht tegen interpretatievragen aan, zo zij deze al niet mede omvatten. Toch neemt het Hof van Justitie voor interpretatievragen vooralsnog *niet expliciet* afstand in de toetsing.

#### 3.4.2 Redenen voor beperkte toets van complexe economische analyses

Voor de beperktere toets van complexe economische analyses van de Commissie is een aantal redenen aan te voeren. Ten eerste wordt soms gesteld dat de beslissruimte die de communautaire rechter de Commissie gunt, is ingegeven door kennisgebrek of door het technische gehalte van de beslissingen.<sup>265</sup> Niet dat er een gebrek is aan intellectuele capaciteit bij de rechter,<sup>266</sup> maar er kan wel sprake zijn van een houding waarbij wordt gebogen voor expertise die de rechter niet eigen is en die hij zich ook niet snel eigen kan maken.<sup>267</sup> Ook op nationaal niveau wordt een dergelijke reden voor een minder volle toetsing van de *feiten* wel geopperd.<sup>268</sup> Daarbij lijkt het, in

---

263 Zie ook de conclusie van A-G Cosmas in zaak C-83/98 P Ladbroke Racing, ov. 13, die voor staatssteun helder het onderscheid maakt tussen de interpretatie van het ‘objectief begrip’ staatssteun en ‘de kwalificatie van een maatregel als staatssteun’.

264 Hofmann 2003, p. 123 (cursivering AG). Vgl. Parret 2005, p. 345.

265 Dit argument is in de literatuur met name naar voren gebracht bij de gevolgen van modernisering van artikel 81 EG, bijv. bij Pijetlovic 2004, p. 362; Ehlermann 2000, p. 585. Daarbij lijkt soms te worden verondersteld dat gebrek aan kennis bij de Europese rechter leidde tot een afstandelijke toets van ontheffingsbeschikkingen, zie Parret 2005, p. 65, waarbij wordt voorbijgegaan aan de beleidsvrijheid van artikel 81 lid 3 EG (oud), ook reden voor afstandelijke toets, vgl. Wesseling 2001, p. 372.

266 Zie o.a. Tiili & Vanhamme 1999, p. 890; Bailey 2004, p. 1337.

267 Bailey 2004, p. 1336 stelt: ‘judges typically defer, to an extent, to an expert when he or she answers a question which is beyond the normal rule of resolving issues of law and fact.’ Zie ook A-G Jacobs in C-269/90, TUM, ov. 1, waar dit de reden lijkt te zijn voor een afstandelijke toets bij beoordelingen van technische aard die ‘alleen door een wetenschapsbeoefenaar [kunnen] worden beantwoord’; vgl. ook Gutiérrez 2007, p. 5.

268 Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 27.



theorie althans, nog wel een verschil uit te maken of de economie al door de wetgever in de norm is opgenomen, zodat de keuze voor een bepaalde theorie reeds door de wetgever is gemaakt,<sup>269</sup> of dat zij later tijdens het handhavingsproces en door het bestuursorgaan bij de toepassing van de norm wordt geformuleerd. In het eerste geval zou men kunnen denken dat de rechter terugtreedt voor de keuze van de wetgever. In het tweede geval dient de rechter de beoordeling die is gemaakt door het bestuursorgaan, te toetsen. Daarvoor lijkt kennis over de keuzemogelijkheden onontbeerlijk. Het is juist hier dat de Europese rechter aanneemt dat sprake is van complexe economische beoordelingen en terugtreedt in intensiteit van toetsing.

Een tweede argument voor de beperkte toets van complexe economische analyses houdt verband met de inrichting van de procedures bij de communautaire rechter: het zou te lang duren als de rechter het economische onderzoek van de Commissie nog eens over zou doen. Dit is vooral een rechtseconomisch efficiëntieargument. Bovendien zouden de Europese rechterlijke procedures niet zijn ingericht op ‘cross-examining oral evidence of complex facts’, een argument dat vooral ook lijkt te gelden in vergelijking met het *common law*-systeem.<sup>270</sup>

Een derde reden voor de beperkte toets van complexe economische analyses komt overeen met de reden die wordt gegeven voor de beperkte toets van beslissruimte in de nationale doctrine en jurisprudentie. Een verdeling van taken ligt besloten in de relatie tussen het bestuur en de rechter, waarbij de rechter de economische keuzes daar wil laten waar deze volgens het institutionele evenwicht thuishoren (vergelijk par. 3.3.4). Dat is op EG-niveau bij de Commissie: ‘the CFI must avoid arrogating a function reserved to the Commission by the Treaty’.<sup>271</sup> Zo stelt A-G Tizzano bijvoorbeeld dat ‘de verdeling van bevoegdheden tussen de Commissie en de gemeenschapsrechter, die de grondslag van het communautaire institutionele systeem vormen’ in de weg staan aan ‘inhoudelijk ingaan op de complexe economische beoordelingen van de Commissie’ door de rechter.<sup>272</sup>

Er is echter gewezen op een probleem met deze laatste redenering: zij haalt het leerstuk van beslissruimte en de daaraan gekoppelde marginale toetsing en de technische of economische aspecten van een beoordeling door elkaar.<sup>273</sup> Met andere woorden, als de reden voor marginale toetsing alleen maar kan zijn gelegen in de taakverdeling, inherent in de bevoegdheidscheppende norm, dan is het de vraag of complexe economische analyses wel zouden moeten leiden tot een afstandelijke toetsing. Het maakt dan ook uit welke reden ten grondslag wordt gelegd aan de afstandelijkere toets. Als er immers sprake is van een gebrek aan expertise, zou dat betekenen dat de reden voor afstand vermindert wanneer de rechter zich bekwaamt door opgedane ervaring of door de mogelijkheid van ingehuurde expertise. Dat de toetsingsintensiteit toeneemt bij het opdoen van ervaring, lijkt een algemene veronderstelling te zijn (met name verbonden aan de intensiever geworden toetsing in het

---

269 Vgl. Brunt 1999, p. 358.

270 Bailey 2004, p. 1336.

271 Bailey 2004, p. 1337; Legal 2005, p. 115.

272 A-G Tizzano in C-12/03 P, Tetra Laval, ov. 89; vgl. ook zaak T-170/06, Alrosa, ov. 108-110.

273 Barbier de La Serre & Sibony 2008, p. 956.

Europese recht met de oprichting van het meer gespecialiseerde Gerecht),<sup>274</sup> maar zij gaat *juridisch gezien* alleen op als het laten van beslissruimte aan het bestuursorgaan vanwege complexe economische beoordelingen is ingegeven door een gebrek aan expertise.

Als de reden voor afstandelijker toetsing is gelegen in overwegingen van praktische aard, ook wel in de nationale context naar voren gebracht als inherent zijnde aan het zittingsgericht werken, dan kunnen, indien gewenst, de praktische omstandigheden worden aangepast. De mogelijkheid tot het aan de tand voelen van partijdeskundigen door de wederpartij kan worden ingevoerd, al dan niet formeel.<sup>275</sup> Een dergelijke oplossing is lastiger voor efficiëntie-overwegingen, die een (niet-juridische) beleids-politieke keuze betreffende de besteding van middelen omvat, maar die in een uiteindelijke beoordeling voor een toetsingsmodel wellicht een rol spelen. Als de reden voor beperkte toets echter ten fundamentele is gelegen in de gewenste rolverdeling tussen rechter en bestuur, dan zal er minder snel aanleiding zijn voor een verandering in die toetsing. Ten aanzien van de hiervoor genoemde kritiek dat in dit argument geen reden voor afstandelijke toetsing gelegen kan zijn als het gaat om complexe economische analyses, kan het nuttig blijken ook hier het onderscheid te maken tussen economie en economie: tussen 'objectieve' inhoud van economische concepten die juist of niet juist zijn, en de te maken keuzes tussen verschillende, mogelijk op zich juiste modellen.<sup>276</sup> Het eerste betreft kennis; de rechter kan zich hierin bekwaamen of deze kennis inwinnen. Deze onderdelen van economie zijn *technisch* complex, maar er is geen onderliggende reden waarom de rechter deze technische complexiteit niet zou kunnen of mogen doorgronden. Juist het argument dat er een gespecialiseerde rechter is aangewezen, kan een volle toets rechtvaardigen. Het tweede betreft waardeoordelen, waarvan het inherent is in de normstelling, en het daaraan gekoppelde respect voor institutionele verhoudingen, dat deze primair door het bestuur worden genomen. Hier zou men kunnen (blijven) spreken van complexe economische oordelen, leidend tot beslissruimte voor het bestuursorgaan. Ook al zou de rechter alle kennis van de wereld hebben om deze keuze te doorgronden, het blijft een keuze die in de huidige verdeling van taken behoort tot de taak van het bestuursorgaan. Hierna zal blijken of dit onderscheid nuttig is in de praktijk.

### 3.4.3 Toetsing en de techniek van de communicerende vaten

De toets van complexe economische analyses is beperkter dan een volle toets. Zij 'dient te worden beperkt', en wel 'tot de vraag of de procedurevoorschriften in acht zijn genomen, of de motivering afdoende is, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid'.<sup>277</sup> Maar in de praktijk lijkt de toets zeker niet zo beperkt als een

---

274 O.a. Bornkamm 2003, p. 372.

275 Vgl. Gutiérrez 2007, p. 34.

276 Vgl. Brunt 1999, p. 362-363.

277 Zaak T-29/92, SPO, ov. 288; idem zaak 42/84, Remia, ov. 34. Verder o.a. gev. zaken 142 & 156/84, BAT en Reynolds, ov. 3; gev. zaken T-39 & 40/92, CB en Europay, ov. 109; gev. zaken 56 & 58/64, Consten en Grundig; gev. zaken C-204/00 P e.a., Aalborg, ov. 279; gev. zaken C-68/94 & C-30/95, Kali en Salz, ov. 223-224; zaak C-12/03 P, Tetra, ov. 38-39.

marginale toets in het nationale recht zou zijn (zie par. 3.3.4), of zoals de wel daadwerkelijk beperkte toets van beleidsvrijheid ook in het EG-recht is (wat reden kan zijn om ‘marginale toets’ te reserveren voor beleidsvrijheid, zie par. 3.3.4).<sup>278</sup> De toets is in de praktijk intensiever dan ‘op papier’, al is dat laatste in een papiergericht beroep als juristerij een wat gevaarlijke opmerking, nu vrijwel alles zijn weerslag heeft op papier. Ik bedoel daarmee dat de geëxpliciteerde toetsingwijze, die lijkt te gaan in een marginale toetsingsrichting, vervolgens toch intensiever is.<sup>279</sup> Zij is dat in ieder geval *geworden*.<sup>280</sup> Als belangrijke reden voor de intensievere toetsing wordt wel aangevoerd dat het Gerecht nu juist is opgericht met het oog op een intensieve beoordeling van de feiten.<sup>281</sup> Een andere reden is dat de ontwikkeling van het mededingingsrecht en de ‘increasing sophistication of (...) resources available at the Commission’ de rechter de reactie van een verhoogde intensiteit in toetsing uitlokt.<sup>282</sup> De lengte van rechterlijke uitspraken is dan evenredig aan de lengte van beslissingen van het bestuursorgaan.<sup>283</sup> De normatieve vraag is dan ook gerechtvaardigd of (steeds) meer economie in Commissiebeschikkingen, en daardoor in jurisprudentie, wel een optimaal juridisch en rechtseconomisch resultaat biedt.<sup>284</sup> De intensivering van de toets kan worden gezien bij de complexe economische beoordelingen van artikel 81 en 82 EG,<sup>285</sup> en geldt zeker voor concentratiezaken.<sup>286</sup>

In de jurisprudentie van het Hof is de intensiever geworden toets niet alleen uit de daadwerkelijke toets af te leiden, maar ook te lezen: ‘dat het Hof de beoordelingsmarge van de Commissie in economische kwesties erkent, neemt niet weg dat de gemeenschapsrechter de interpretatie van de Commissie van economische gegevens mag toetsen. Met name dient de gemeenschapsrechter immers niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, te controleren, maar hij moet ook controleren of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand, en of zij de daaruit getrokken conclusies

---

278 Zo wijst het arrest in zaak C-12/03 P, *Tetra Laval*, ov. 38, er op dat de beslisruimte bij beleidsvrijheid groter is dan de beslisruimte bij complexe economische analyses – met name de Engelse versie maakt dit duidelijk: de Commissie beschikt in concentratiezaken met complexe economische beoordelingen over ‘a certain discretion’ (vertaald zonder adjectief met ‘beoordelingsmarge’), en niet over de door haarzelf voorgestane ‘wide discretion’ (vertaald met adjectief als ‘ruime beoordelingsmarge’). Er is echter wel een discrepantie met de later gebruikte bewoordingen in zaak T-87/05, *EDP*, ov. 63, waarin een ‘wide discretion’, dit keer vertaald met ‘ruime beoordelingsvrijheid’, wordt gesteund, maar met onjuiste of in ieder geval wonderlijke verwijzingen naar eerdere jurisprudentie. Zie hierover Bay & Ruiz Calzado 2005, p. 437; Weitbrecht 2006, p. 50; Bailey 2007, p. 130.

279 Vgl. de algemene veronderstelling van de ‘realisten’: ‘what judges say they are doing is one thing, what they are *really* doing is another’, Leiter 2008, p. 8 (cursief in origineel).

280 Bellamy 1993, p. 390. Zie ook Wright 2007, p. 416-417, en de vele annotaties bij zaak C-12/03 P, *Tetra Laval*.

281 Zie o.a. Clough 2003-2004, p. 729.

282 Reeves & Dodoo 2005-2006, p. 1054.

283 Legal 2005, p. 113.

284 Gutiérrez 2007, p. 7.

285 Gilliams 2003 verwijst naar gev. zaken T-25/95 e.a., *Cimenteries*, par. 719. Wilsher 2007, p. 275-276, verwijst naar de zaken T/112-99, *Métropole M6* en zaak T-374/94, *ENS*; Wesseling 2001, voetnoot 44 verwijst naar zaak T-528/93, *Métropole*. Ook Parret 2005, p. 364 en Bailey 2004, p. 1357 verwijzen in dit verband naar zaak T-374/94, *ENS*.

286 Zie de bespreking van zaken als T-310/01, *Schneider Legrand* en C-12/03 P, *Tetra Laval*, bij o.a. Temple Lang 2003 d, p. 267; Clough 2003-2004, p. 733-734; Hofmann 2003, p. 120; Bailey 2003, p. 846.

kunnen schragen'.<sup>287</sup> Zo blijkt de beperktheid van de toets dan alleen nog maar uit het feit dat de rechter 'inzonderheid niet bevoegd [is] zijn economische beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie'.<sup>288</sup> Veel explicieter wordt het meestal niet, maar wel kan worden afgeleid dat bij toezeggingbesluiten onder artikel 81 en 82 EG deze niet-afstand betekent dat de evenredigheid van de toezegging, ook al is deze door de betreffende onderneming zelf voorgesteld, vol kan worden getoetst.<sup>289</sup>

Het is van belang er op te wijzen dat in de jurisprudentie van het Hof een verbinding wordt gelegd tussen de afstandelijker toetsing van complexe economische beoordelingen en een intensivering van de toets aan *procedurele waarborgen*. De redenering is dat als de rechter niet de inhoud van een deel van feitenvaststelling en kwalificatie kan beoordelen, hij in ieder geval de voorwaarden waaronder die beoordelingen hebben plaatsgevonden, kan toetsen.<sup>290</sup> Er is sprake van een compensatiemechanisme of techniek van communicerende vaten, waarbij transparantie van de procedures, zorgvuldigheid en motiveringsplicht aan belang winnen; zij worden expliciet aangehaald als belangrijke toetsingsgronden.<sup>291</sup> De controle op procedurele waarborgen wordt 'ingezet om een goede materieelrechtelijke uitkomst van de zaak te bereiken'.<sup>292</sup> Dit draagt bij tot een toetsing die strikter is dan op het eerste gezicht zou lijken. Deze intensieve toets aan procedurele, formele eisen zou kunnen leiden tot wat in de nationale context wel in negatieve zin een beperkte formalistische toets wordt genoemd, maar kan in de praktijk op EG-niveau juist werken als het via de achterdeur bereiken van een vrij volle, intensieve toets van de materiële juistheid van een besluit, ook al is ten aanzien van die materiële vaststelling sprake van beslissruimte door het bestuursorgaan.

Steeds geldt echter dat het lastig blijkt om vast te stellen wat de juiste toets is en wanneer de grenzen van die toets worden overschreden.<sup>293</sup> Bovendien kan de vraag worden gesteld of de toets in artikel 81 en 82 EG-zaken en concentratiezaken nu wel of niet verschilt.<sup>294</sup> Wat ondertussen wel duidelijk is, is dat de toetsing door de rechter van de complexe economische analyses intensiever is dan een marginale toets, maar toch niet zo intensief is als normaal gesproken zou gelden voor de 'gewone' volle toets, zowel in het EG-recht als in het nationale recht.<sup>295</sup>

---

287 Zaak C-12/03 P, Tetra Laval, ov. 38-39, en ov. 82-89 van de conclusie van A-G in deze zaak. Vergelijkbaar T-210/01, General Electric, ov. 63.

288 Zaak T-342/00, Petrolessence, ov. 101. Idem in zaak T-177/04, EasyJet, ov. 128.

289 Zaak T-170/06, Alrosa, ov. 108-110. Omdat het Gerecht dit zelf contrasteert met de toets van toezeggingbesluiten in het concentratietoezicht, lijkt dit te impliceren dat daarvan de evenredigheid niet wordt beoordeeld, wat dan een uitzondering op de intensivering zou zijn voor dit specifieke element.

290 Zie o.a. Barbier de La Serre & Sibony 2008, p. 969.

291 Zoals in de al genoemde zaken als C-269/90, TUM; en meer recent in zaak T-170/06, Alrosa.

292 Schuurmans 2007, p. 136.

293 Vgl. de conclusie van A-G Tizzano in zaak C-12/03 P, Tetra Laval met het arrest van het Hof in die zaak; hierover ook Prete & Nucara 2005, p. 699.

294 Vgl. Clough 2003-2004, p. 729 die stelt dat zij hetzelfde is met (daarna gewezen) zaak T-170/06, Alrosa.

295 Vgl. ook Botteman 2006.

#### 3.4.4 *Inpassing in de nationale context*

Uit het voorgaande volgt dat de afstandelijker toets vanwege complexe economische beoordelingen niet gemakkelijk past in de nationaalrechtelijke terminologie voor beslisruimte en toetsing door de rechter zoals die is uiteengezet in dit hoofdstuk. Duidelijk is dat er geen sprake is van beleidsvrijheid. De beslisruimte betreft immers steeds de voorwaardenkant van de bevoegdheidsscheppende norm: met name de toepassing van economische concepten in een juridische omgeving. De begrippen ‘beoordelingsvrijheid’ en ‘beoordelingsruimte’ die voor beslisruimte aan de voorwaardenkant worden gebruikt, passen echter ook niet helemaal, tenzij men bereid is een van deze begrippen – beoordelingsvrijheid komt het meest in de buurt – op te rekken naar een grotere omvang, waarvoor in de Nederlandse doctrine geen ruimte lijkt te zijn.<sup>296</sup> Men zou kunnen stellen dat de toets van complexe economische beoordelingen niet een marginale toets is, evenmin een volle toets, maar zich daar ergens tussenin bevindt.<sup>297</sup> Dat stuit echter op juridisch-dogmatische bezwaren: ofwel de toets is een marginale redelijkheidstoets ofwel een al dan niet intensieve rechtmatigheidstoets en er dient te worden onderscheiden waar de beslisruimte, en daarmee het gedeelte dat marginaal wordt getoetst, zich bevindt.<sup>298</sup> Bij deze complexe economische beoordelingen is dat nu juist problematisch. Bovendien is de verbinding tussen de meer afstandelijke toets van de inhoudelijke beoordelingen en een focus op het toenemende belang van procedurele waarborgen zoals het Hof dat doet, in nationale jurisprudentie ongebruikelijk:<sup>299</sup> de toets aan deze eisen is *steeds* vol,<sup>300</sup> altijd al, *ook* bij een marginale redelijkheidstoets en dus *ook* als voor een deel afstandelijk wordt getoetst (terwijl het Hof impliceert dat de procedurele toetsing aan belang kan winnen, en dus van minder belang is bij een volle materiële toets). In ieder geval is duidelijk dat het begrip ‘beoordelingsvrijheid’ past zoals een pinda-kaasdekseltje past op een potje marmite: net niet.<sup>301</sup> Men zou kunnen stellen dat het hier een kwestie van semantiek betreft; het etiket verandert niet de inhoud van het begrip en dit zijn nu eenmaal de etiketten waarmee de Nederlandse doctrine werkt. Toch is het op zijn minst wel prettig als het etiket ook daadwerkelijk wordt begrepen als van toepassing zijnde op *déze* inhoud, en dat is met het ‘nationale’ begrip beoordelingsvrijheid niet het geval. Het begrip ‘beoordelingsmarge’, zoals het Hof dat ook wel gebruikt, is een veel minder vastomlijnd begrip in de nationale doctrine en zou daarom al beter passen. Deze beoordelingsmarge bij complexe economische analyses leidt in ieder geval in het EG-mededingingsrecht tot een beperkte, maar niet marginale toets door de rechter, is gekoppeld aan een verzwaarde procedurele toets, en kan zich bevinden in de secundaire feitenvaststelling, de kwalificatie van feiten, in de keuze voor economische concepten en theorieën, en wellicht ook in de uitleg van vage normen.

---

296 Maar, zoals gezegd, in de praktijk wellicht wel, zoals bij de Afdeling, zie Schuurmans 2003.

297 Kalbfleisch 2005 a, p. 4; Lavrijssen 2004; vgl. ook Klap 1994, p. 195.

298 Van der Meulen 2005.

299 Vgl. Schuurmans 2007, p. 137.

300 Zie voor een voorbeeld van een intensieve toets aan procedurele waarborgen CBb 9 september 2008, AB 2008/300.

301 In tegenstelling tot het marmitedekseltje dat *precies* past op het potje medium Heinz sandwichspread in *Pluk de dag*, C. Buddingh 1966.

Een probleem bij het inpassen in de Nederlandse doctrine is ook dat er over de taakopvatting van de bestuursrechter verschillende stromingen zijn, waarin het al dan niet tot de taak van de rechter behoort de feitenvaststelling vol en intensief te toetsen (zie par. 2.1). Bij de lankmoedigen zal eerder ruimte zijn voor beslisruimte bij complexe economische beoordelingen, aangezien daarin ‘feitelijke waarderungen, normatieve keuzen ten aanzien van de aangewezen methode van feitenonderzoek’ gerespecteerd dienen te worden.<sup>302</sup> In het nationale recht zijn er dan ook elkaar tegensprekende tendensen te bespeuren, die van invloed kunnen zijn op de toetsingsintensiteit waarin deze toetsing van complexe economische analyses een plaats zou moeten innemen. Enerzijds is er de ontwikkeling naar een minder intensieve toets, het minder centraal stellen van rechtsbescherming, waarbij een minder actieve rechter geen bezwaar is.<sup>303</sup> Tegelijkertijd wint definitieve geschilbeslechting aan belang, waarvoor de rechter zich juist ook intensief dient te bemoeien met het geschil, dat vaak zal gaan over de vaststelling en kwalificatie van feiten. Daarmee komt men van een discussie over de inpassing van de toetsingswijze bij complexe economische beoordelingen in het nationale doctrinaire begrippenkader echter al terecht in een normatieve waardering daarvan. Wat die *waardering* betreft wordt op de daadwerkelijk aangelegde toets van complexe economische analyses kritiek geleverd. Zoals hiervoor genoemd, geldt die kritiek ten aanzien van de kennelijke redenen van het Hof voor de beperktere toets, waarbij verschillende concepten op één hoop zouden worden gegooid. Aan die kritiek kan gedeeltelijk tegemoet worden gekomen door een duidelijker onderscheid tussen de onderdelen van economie die ter toetsing voor liggen (par. 3.4.2). De kritiek heeft echter ook betrekking op de uitvoering van de toets door het Hof en het Gerecht. De begrenzing en met name de inhoud van de daadwerkelijk aangelegde toets zijn, zo wordt gesteld, voor verbetering vatbaar. Zo is de toetsing van economische dataverwerking, economische modelkeuze en uitvoering van berekeningen onduidelijk en voor explicitering vatbaar.<sup>304</sup> Ook op nationaal niveau is wel kritiek geuit op de feitelijke toetsing van economische beoordelingen gericht op de ‘niet optimale’ toetsing door de mededingingsbestuursrechter (met name de rechtbank).<sup>305</sup>

Ten slotte is er nog een fundamentele component van kritiek: als steeds meer economie in mededingingsrechtelijke besluiten wordt gelegd, een kennelijk onstuitbare ontwikkeling, is het de vraag of zelfs het benadrukken van procedurele waarborgen wel voldoende is voor legitimiteit van mededingingsrechtspraak: ‘the technical correctness of judicial decisions complements their procedural legitimacy (...). The legitimacy of the courts’ decisions does not derive only from procedure: their technical accuracy reinforces their procedural legitimacy’.<sup>306</sup> Hoewel legitimiteit van rechtspraak een vaag begrip is (zie ook par. 4),<sup>307</sup> is kennis van zaken, in ieder geval

---

302 Schuurmans 2007, p. 118 (wat overigens niet per se haar mening weergeeft).

303 Marseille 2004; Schuurmans 2005, p. 3.

304 Zie Botteman 2006.

305 Kalbfleisch 2005 a, p. 6.

306 Barbier de La Serre & Sibony 2008, p. 969, maar vergelijk over normatief relativisme en het belang van *fairness* ook hoofdstuk 2, par. 2.1.

307 Zie voor verschillende definities bijv. Law 2008, p. 63.

gepercipieerde kennis van zaken, daarvan zeker een onderdeel.<sup>308</sup> Een niet-inhoudelijke toets kan aan de legitimiteit van rechtspraak derhalve afbreuk doen, zeker als hij door het relevante publiek (in het mededingingsrecht meestal geen leken), wordt uitgelegd als ingegeven door beperkte kennis. Zelfs als hij wordt gebaseerd op argumenten van balans tussen rechter en bestuur bestaat het gevaar van een (gepercipieerd) gebrek aan daadwerkelijke beoordeling van het optreden van het bestuursorgaan.

#### 4 RUIMTE VOOR DE RECHTER EN DE ROL VAN PRECEDENTEN

In moderne theorieën over rechtsvinding komt naar voren dat de rechter in ieder geval in zogenoemde ‘hard cases’ discretionaire ruimte toekomt. Hierin ligt ruimte voor rechtsvinding door de rechter.<sup>309</sup> De discretionaire ruimte waarover rechters beschikken, verschilt; voor de Europese rechters wordt zij vrij groot geacht. De ruimte bevindt zich vooral bij de beoordeling van grensgevallen, de randgebieden van de taal en de juridische norm. De *judicial discretion* ligt in de ‘uncertainty at the borderline’.<sup>310</sup> Deze discretionaire ruimte betekent dat er een keuze moet worden gemaakt tussen verschillende juridisch verdedigbare oplossingen.<sup>311</sup> Daarbij zou de vraag die de rechter zich stelt, of zou moeten stellen, de vraag zijn ‘what the law is for’, een vraag die niet alleen het doel van de wet betreft in de betekenis, maar ook een morele dimensie heeft.<sup>312</sup> Direct moet echter worden aangetekend dat rechterlijke instanties over het algemeen de minimalistische school van het uitspraken doen aanhangen; hun uitspraken zijn eerder oppervlakkig, ‘shallow’, beperkt tot de diepgang van de voorliggende casus en zich niet uitstrekkend tot de diepte van het fundamentele juridische discours, en ook smal, ‘narrow’, en daardoor beperkt tot alleen *déze* zaak, niet zozeer een regel formulerend voor toekomstige zaken.<sup>313</sup> Er zijn natuurlijk uitzonderingen, waar de rechter, met name de hoogste rechter, juist wel *sweeping* diepe en brede uitspraken doet, maar de rechterlijke neiging om juist in ‘hard cases’ het minimaal nodige te doen, schijnt een gegeven. Bovendien kan gesteld worden dat het ook niet de taak van de rechter is om iets anders dan de ‘optimale afdoening van de zaak en dus de casuïstiek’ centraal te stellen.<sup>314</sup> De taak van in ieder geval de Nederlandse bestuursrechter is in deze optiek niet het treffen van algemene regelingen, dat is juist ‘riskant’.<sup>315</sup> In dit verband is het echter ook van belang dat, zoals eerder aangestipt (par. 1), er een verschuiving plaatsvindt van heteronome naar meer autonome vormen van rechtsvinding. Daardoor wordt rechtspraak belangrijker.<sup>316</sup> Daardoor valt wellicht juist niet te ontkomen aan rechterlijke algemene regelingen. De rechterlijke oplossing moet echter wel voldoen aan een

---

308 Vgl. Law 2008, p. 71.

309 Bv. Wiarda 1988; Koopmans 1999; Leiter 2008, p. 22.

310 Hart 1961, p. 124; zie ook Klap 1994, p. 9; Van Kreveld 1983, p. 93.

311 Zie Bengoetxea et al. 2001 Anders: Dworkin 1998, die (kort gezegd) stelt dat de gekozen oplossing ook de enige juiste oplossing is. Hierover, ook in historisch perspectief, Leiter 2008, p. 8.

312 Dwyer 2008, p. 838.

313 Zie voor een beschrijving van dit minimalisme, en de problematische kanten daarvan, Sunstein 2008.

314 Schreuder-Vlasblom 2008, p. 7.

315 Schreuder-Vlasblom 2008, p. 7.

316 Zie Wiarda 1988, p. 38.

aantal criteria om voldoende legitimiteit te bezitten. Deze criteria omvatten op formeel niveau de beginselen van formele rechtvaardigheid, waarbij gelijke gevallen gelijk worden behandeld, en coherentie.<sup>317</sup> Het recht wordt als een min of meer gesloten systeem gezien, met homogeniteit en coherentie daarvan als een belangrijke component.<sup>318</sup> Deze beginselen vormen een inperking van de rechterlijke beslissingsruimte. Coherentie wordt op deze wijze mede bepaald door de keuze voor een *leidend principe*. Dit is hier zeker interessant, omdat in het EG-recht als onderliggend principe mede de totstandkoming van de interne markt en het creëren van een eigen rechtsorde kan worden aangewezen. Zo heeft het Hof in de beginfase van de EG de eigen rol gedefinieerd, niet als klassiek-internationaal, maar als een constitutionele rol spelend in een eigen rechtsorde. Deze integrationistische visie geeft de jurisprudentie een richting waarvan daarna maar met moeite zou kunnen worden afgeweken.<sup>319</sup> Het onderliggende principe beïnvloedt vervolgens ook de Europese mededingingsrechtelijke interpretatie, maar is afwezig in een nationale context, wat voor de materiële convergentie relevant kan zijn.

Coherentie wordt ook in dit licht mede bepaald door *precedentwerking* van jurisprudentie.<sup>320</sup> Precedentwerking is verbonden met de doctrine van *stare decisis*, waardoor er een verplichting bestaat een uitspraak op voorgaande jurisprudentie te baseren. Dat geldt niet alleen voor de dicta van eerdere uitspraken, maar ook voor de overwegingen daarvan, die eveneens bindende werking hebben.<sup>321</sup> Daarmee vindt een redenering plaats van geval tot geval. In de Nederlandse context geldt dat uitspraken geen precedentwerking hebben, althans niet formeel. Uitspraken hebben wel een meerwaarde dan alleen die geldend tussen partijen, maar er is geen sprake van *binding precedent*, geen juridische plicht om te volgen. Toch is ook in het Nederlandse bestuursrecht te zien dat een redenering van geval tot geval steeds vaker voorkomt, in plaats van een redenering van regel naar geval.<sup>322</sup> Hoewel formeel slechts sprake is van '*jurisprudence constante*' en niet van precedentenjurisprudentie, lijkt ook het Hof zijn eigen uitspraken steeds meer als precedenten te beschouwen.<sup>323</sup> Dit geldt zowel voor jurisprudentie betreffende prejudiciële vragen als voor vernietigingsberoepen. Het Hof verwijst in zijn arresten veelvuldig naar bestaande jurisprudentielijnen en een nieuwe of afwijkende lijn wordt expliciet gemotiveerd.<sup>324</sup> Daardoor is er *feitelijk* sprake van een systeem dat in de buurt komt van een prece-

---

317 Zie Wiklund 2003. Legitimiteit wordt in een veel informelere visie (ook) bepaald door de perceptie van het publiek, waarbij impopulaire uitspraken de legitimiteit zouden verminderen. Law 2008 poneert echter dat het niet gaat om populariteit of impopulariteit, maar om 'judicial power', wat voor een deel is gebaseerd op, opnieuw, perceptie. Nog een andere verklaring voor legitimiteit is traditiegetrouwheid – in de goede zin van het woord – van rechterlijke uitspraken, vgl. daarover Krygier 1986.

318 Vgl. o.a. Bell 1998, p. 160; Barkhuysen 2006.

319 Vgl. Stone Sweet & Mc Cown 2003, Wiklund 2003.

320 Connors 2008, p. 681; Shapiro 2008, p. 942.

321 Conant 2002, p. 63-65; Connors 2008; maar over de betekenis wordt nogal verschillend gedacht, zie Shapiro 2008, p. 930.

322 Koopmans 1999.

323 Stone Sweet & Mc Cown 2003; Wiklund 2003.

324 Arnall 2006, p. 633. Anders: Conant 2002, p. 65: '(...) the ECJ still looks more like a civil-law court when it diverges from previous case law, usually ignoring the discrepancy and avoiding any explicit overturning of earlier decisions'.



dentensysteem. Tussen het Gerecht en het Hof ligt de relatie echter subtieler. Het Gerecht ziet zichzelf niet als formeel gebonden aan uitspraken van het Hof.<sup>325</sup> Toch wijkt het Gerecht slechts incidenteel, en dan ook expliciet, af van jurisprudentielijnen die het Hof heeft uitgezet.<sup>326</sup>

In de verhouding tussen de nationale rechters en de EG-rechters is verbindendheid formeel evenmin aan de orde (natuurlijk zijn prejudiciële arresten wel verbindend binnen de procedure waarin zij zijn gewezen en is hun betekenis – als rechtsinterpretatie – een andere dan bij arresten gewezen in rechtstreekse beroepen), en is er geen sprake van een precedentenstelsel. De verhouding tussen hen, als ‘gewone’ EG-rechters is er een van gelijkheid, niet van hiërarchie. Desalniettemin geldt voor de nationale rechter wel de verplichting om voor een beoordeling in eenzelfde zaak voorrang te geven aan de communautaire interpretatie.<sup>327</sup> Ook in het algemeen beschouwen nationale rechters de jurisprudentie van het Hof als een bron van recht,<sup>328</sup> wat het nuttig effect van het EG-recht ondersteunt. De door het Hof geformuleerde rechtsbeginselen worden als zodanig ook door nationale rechters herkend en toegepast.<sup>329</sup> Dat neemt niet weg dat er ook tegengestelde tendensen van verzet tegen de suprematie van het Hof zijn te bespeuren, en zelfs afwijzingen van jurisprudentie van het Hof.<sup>330</sup> Voor uitspraken van het EHRM geldt, zoals gezegd, dat zij als gezaghebbende interpretatie deel uitmaken van het EVRM. Als het EVRM wordt ingeroepen baseert de nationale rechter zich vooral ook op de interpretatie daarvan door het EHRM. De tendens van onderlinge afstemming tussen EHRM en Hof in de uitleg van de waarborging van fundamentele rechten is in dit licht coherentiebevorderend, mits door de Bosphorus-lijn van het EHRM nu juist niet een situatie wordt gecreëerd van een dubbele standaard en een verschil tussen EG-bescherming en EVRM-bescherming.<sup>331</sup>

Het was bij de start van dit onderzoek de verwachting dat de rol van Europese jurisprudentie voor de nationale mededingingsrechter groot zou zijn, zowel voor het materiële recht als voor meer procesrechtelijke onderwerpen als bewijsrecht en toetsing door de rechter. De vraag is of de jurisprudentie van het Hof door de nationale rechter daarbij als precedent wordt beschouwd, zowel daar waar de wet hem dat voorschrijft, als vrijwillig.<sup>332</sup> Dat zou diens beslissruimte inperken. Het is daarbij nuttig een onderscheid te maken tussen de gevallen waarin de jurisprudentie van het Hof gebruikt wordt als leidend bij de interpretatie van het recht (een begrip, een norm), en waar de jurisprudentie wordt gezien als richtinggevend voor de kwalificatie van feiten, die gelijksoortig zijn aan feiten die ten grondslag liggen aan een uitspraak van het Hof, en *daarmee* voor de juridische beoordeling daarvan. Het eerste zal ik in het navolgende een juridisch precedent noemen; het tweede een

---

325 Zie Arnall 2006, p. 637.

326 Vgl. Arnall 2006, p. 637.

327 Vgl. zaak C-344/98, Masterfoods, en hierover o.a. hoofdstuk 6, par. 6.

328 Bijv. Hunnings 1996.

329 Vgl. Arnall 2006, p. 627.

330 Zie Conant 2002, p. 63; en over de Nederlandse rechter: Claes & De Witte 1998,

331 Zie daarover bijvoorbeeld Costello 2009.

332 Vgl. Kalbfleisch 2005 a.

feitenprecedent. De grens is niet steeds duidelijk, met name omdat sommige vragen op het snijvlak van interpretatie en kwalificatie liggen, zoals bijvoorbeeld de vraag wanneer sprake is van een doelbeperking, aan de orde in hoofdstuk 6. Daarnaast is de vraag opgekomen wat de rol is van beschikkingen van de Commissie: worden deze (ook) ingezet als precedent in de nationale mededingingsrechtelijke uitspraken (en zo ja, als bron van recht of als bron voor een redenering van geval tot geval), of zijn zij ‘gewoon’ bewijsmiddel?

## 5 HET VERVOLG

In dit hoofdstuk zijn de algemene uitgangspunten voor bewijsrecht en toetsing door de rechter uiteengezet. Deze uiteenzetting dient als vertrekpunt voor de analyse van convergentie in de uitspraken van de Nederlandse mededingingsbestuursrechter; slechts als de startposities zijn bepaald, kan in kaart worden gebracht of sprake is van convergentie. Het bepalen van deze startpositie stuit echter op problemen, omdat zowel vaste regels voor bewijs als vaste regels voor toetsing ontbreken. De algemene uitgangspunten zijn niettemin zoveel mogelijk geschetst.

Daarbij zijn verschillende vragen en hypothesen aan de orde gekomen. Zij zijn behulpzaam voor het onderzoek naar de vraag of sprake is van convergentie in het bewijs en de toetsing in het mededingingsrechtelijk bestuursrecht. *Algemene vragen* zijn bijvoorbeeld of het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming van invloed is op het mededingingsrechtelijke bewijsrecht en de toetsing door de rechter, of artikel 6 EVRM een rol speelt in het bewijsrecht en de toetsing, en of inderdaad een duidelijke samenhang tussen toetsingsintensiteit en bewijsmaatstaf kan worden ontwaard. Ook hebben algemene vragen betrekking op de materiële convergentie, bijvoorbeeld in hoeverre het door het Hof gekozen coherentiebevorderende principe van de integrationistische benadering ook de inhoud van het nationale mededingingsrecht beïnvloedt. Daarnaast is het een vraag in hoeverre de discretionaire ruimte voor de nationale mededingingsrechter reeds wordt beperkt door Europese jurisprudentie, danwel door beschikkingen van de Commissie. Specifiek *bewijsrechtelijk* te toetsen hypothesen en vragen hebben onder andere betrekking op de bewijsvoering in het mededingingsrecht; op de gehanteerde bewijsmaatstaf bij verschillende typen mededingingsrechtelijke besluiten, inclusief besluiten met een punitief karakter, met een ‘moeilijke bewijsvoering’, of met feiten met een prospectief karakter; hoe wordt omgegaan met onrechtmatig verkregen bewijs; welke bewijswaarde wordt gehecht aan partijdeskundigen, Commissiebeschikkingen, partijverklaringen afgelegd ter zitting of als onderdeel van het partijdossier; en welke bewijslastverdeling geldt in het mededingingsrecht. Hypothesen en vragen over de *toetsing* door de rechter hebben vooral betrekking op de toetsingsintensiteit: wanneer is er sprake van een marginale toets of een volle toets. Belangrijk onderdeel van deze vraag is hoe complexe economische beoordelingen, waaronder economisch bewijs, geplaatst en beoordeeld worden door de nationale rechter en of daarbij, net als in het EG-recht, de toetsing aan procedurele waarborgen aan belang wint. Daarnaast is de verhouding tussen EG-recht, EVRM en nationaal recht in de uitleg van de rechten van verdediging punt van onderzoek. Ook de hypothese dat het opdoen van ervaring zal leiden tot een meer indringende toets wordt onderzocht.

In ieder geval deze onderwerpen komen in de analyse van de uitspraken van de Nederlandse mededingingsbestuursrechter terug, steeds tegen het licht van de algemene vraag in hoeverre de nationale rechter bij deze onderwerpen wordt beïnvloed door het Europese mededingingsrecht en de Europese rechter; of sprake is van convergentie ten aanzien van het materiële mededingingsrecht, de toegang, het bewijsrecht en de toetsing. Die analyse is derhalve niet (althans niet bedoeld) normatief van karakter. Aan een normatieve beoordeling van de gevonden ontwikkelingen kom ik vervolgens toe in hoofdstuk 9.



## 5 Toegang tot de rechter

### 1 INLEIDING

In dit hoofdstuk staan de vragen centraal door wie en waartegen in mededingingsrechtelijke zaken beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank Rotterdam, en hoger beroep bij het CBb. In Awb-terminologie gaat het om de interpretatie van de begrippen belanghebbende en besluit. Daarbij is een van de centrale vragen of, en zo ja, op welke wijze, de mededingingsbestuursrechter zich bij de interpretatie van deze Awb-begrippen laat inspireren door Europeesrechtelijke jurisprudentie over de toegang tot de rechter. Hoewel de toegangsbegrippen grotendeels worden bepaald door de Awb, en deze los staat van het geconvergeerde materiële mededingingsrecht, kan het EG-recht de toegang tot de rechter op verschillende manieren beïnvloeden (zie ook hoofdstuk 3, par. 4).

Om de vraag te kunnen beantwoorden of er sprake is van convergentie als het gaat om toegang tot de mededingingsbestuursrechter en of daardoor wordt afgeweken van de algemene interpretatie van de Awb-begrippen om aan te sluiten bij de Europese interpretatie, dient eerst te worden vastgesteld wat die algemene interpretatie is. Deze ‘nulmeting’ is nodig voor zowel de toegang op nationaal niveau als op Europees niveau. Dit hoofdstuk is derhalve als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 bevat een weergave van de stand van zaken ten aanzien van de vraag wie in beroep kan bij de bestuursrechter, zowel op nationaal niveau (par. 2.1), als op Europees niveau (par. 2.2). In paragraaf 3 volgt de analyse van de uitspraken van de nationale mededingingsbestuursrechter vanuit het perspectief van convergentie, voorzover betrekking hebbend op het belanghebbendebegrip. Paragraaf 4 geeft de stand van zaken weer ten aanzien van de vraag waartegen beroep kan worden ingesteld, op nationaal niveau (par. 4.1) en op Europees niveau (par. 4.2). In paragraaf 5 volgt de analyse van de uitspraken van de nationale mededingingsbestuursrechter op dit punt. Het hoofdstuk sluit af met een conclusie over de convergentie en een evaluatie (enigszins vooruitlopend op hoofdstuk 9), van de door mij voorgestelde oplossingsrichtingen ter tegemoetkoming aan enkele kritiekpunten (par. 6).<sup>1</sup>

---

1 Niet alleen de begrippen belanghebbende en besluit bepalen de toegang tot de rechter. Toegang kan ook breder worden opgevat, en zo de vraag omvatten welke gronden in bezwaar, beroep en hoger beroep mogen worden aangevoerd, en welke gronden niet (meer). Het gaat dan om de (in de nationale context zo genoemde) fuiken-jurisprudentie. Dit punt blijft hier grotendeels buiten beschouwing, maar volledigheidshalve merk ik op dat er in het EG-recht in ieder geval geen argumentatieve fuik wordt gehanteerd. Argumenten die niet in de voorprocedure zijn aangevoerd, mogen in eerste instantie bij het Gerecht worden ingediend (m.u.v. expliciet door de klager erkende feiten). Hoewel het beroepsrecht voor particulieren beperkt is, is hier vervolgens in de procedure sprake van een minder strikt beleid ten opzichte van die beroepsgerechtigden dan uit de nationale jurisprudentie van in ieder geval de Raad van State zou kunnen worden afgeleid. Sinds artikel 6:13

Dit hoofdstuk is het eerste van de hoofdstukken waarin de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter onder de loep worden genomen om de convergentievraag te beantwoorden. Nadat in de hoofdstukken hierna een analyse volgt over convergentie bij de toepassing van het kartelverbod (hoofdstuk 6), het concentratietoezicht (hoofdstuk 7) en de afhandeling van klachten (hoofdstuk 8), zullen in hoofdstuk 9 de conclusies uit deze analyse, waaronder de conclusies omtrent de toegang tot de rechter in mededingingsrechtelijke zaken, worden gezien in het licht van de eisen van het nationale en Europese beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals benoemd in hoofdstuk 2. Omdat ‘toegang’ echter als zelfstandig onderwerp los staat van de volgende hoofdstukken, kunnen daarop vooruitlopend al enkele knelpunten worden gesignaleerd en oplossingen worden geformuleerd. De waarde van de oplossingen zal in hoofdstuk 9 echter in een ruimer verband nader worden onderzocht.

## 2 BEROEPSGERECHTIGDEN

De eerste toegangsvraag betreft de vraag welke hoedanigheid de rechtzoekende moet bezitten om te kunnen worden toegelaten tot de bestuursrechter, op nationaal niveau (par. 2.1) en op Europees niveau (par. 2.2).

### 2.1 Het belanghebbendebegrip van de Awb

#### 2.1.1 *Belanghebbende en procesbelang*

Onder de Awb geldt dat een *belanghebbende* beroep kan instellen (artikel 1:2 Awb). Ook moet sprake zijn van *procesbelang*. De Mededingingswet sluit aan bij de algemene invulling van deze begrippen en zodoende, anders dan voor het materiële mededingingsrecht, niet bij het Europese mededingings(proces)recht.

#### – *Belanghebbende*

In jurisprudentie en de literatuur wordt wat belanghebbendheid betreft een onderscheid gemaakt tussen de directbelanghebbende, de geadresseerde van een besluit,

---

(nieuw) kent ook het nationale recht geen argumentatieve fuik; wel is sprake van een codificatie van de onderdelenfuik; zie hierover vooral Van de Griend 2007, p. 172-196; Widdershoven e.a. 2007, p. 133-134. Vanuit de convergentie in het mededingingsrecht is interessant dat de rechtbank (23 juli 2008, Nooyen Weg & Waterbouw) opmerkt, dat medewerking aan een versnelde procedure bij de NMa, waarbij bij de NMa door de onderneming de feitelijke en juridische beoordeling van de zaak niet betwist wordt, niet betekent dat deze betwisting dan wel in beroep zou kunnen, en voor dit standpunt ‘steun vindt’ in jurisprudentie van het Hof (zaak C-297/98 P, Sca Holding; zaak T-224/00, Archer Daniels Midland; gev. zaken T-236/01 e.a., Tokai Carbon). Ook past de rechtbank, maar zonder verwijzing naar het EG-recht of de specifieke korte termijnen in het concentratietoezicht, wel een ‘fuik’ toe, zowel ten aanzien van de NMa (in rechtbank, 7 december 2005, CZ beoordeelt de rechtbank de stelling van de NMa niet die pas in het verweerschrift wordt ingebracht omdat er ‘alleen ruimte [zou zijn] voor beoordeling van deze stelling indien deze deel had uitgemaakt van het bestreden besluit’), als ten aanzien van fuserende partijen (in rechtbank 19 april 2007, NVV: ‘eerst ter zitting hebben eiseressen kritiek geuit (...). Wat daar verder ook van zij, het aanvoeren van deze grief in dit stadium van de procedure is in strijd met de goede procesorde’), maar de laatste is in ieder geval expliciet gebaseerd op het beginsel van goede procesorde.

en de derdebelanghebbende. Vaker dan bij de directbelanghebbende zal er bij de derdebelanghebbende discussie kunnen ontstaan over diens belanghebbendheid. Over het algemeen wordt uitgegaan van eenzelfde belanghebbende-begrip in de fase bij het bestuursorgaan leidend tot een besluit, en in bezwaar en in beroep,<sup>2</sup> en van eenzelfde begrip voor het gehele bestuursrecht.<sup>3</sup> Dit neemt niet weg dat het kan zijn dat in de verschillende fases nieuwe of andere partijen als belanghebbenden moeten worden beschouwd. Er is sprake van belanghebbendheid in de zin van de Awb indien er een eigen belang is dat objectief bepaalbaar is, dat actueel is, dat een persoonlijk belang is, dat rechtstreeks betrokken is bij het besluit.<sup>4</sup>

In het navolgende zal blijken dat voor het mededingingsrecht geldt dat concurrenten over het algemeen aan deze voorwaarden voldoen (par. 3.2.1),<sup>5</sup> maar dat voor het overige vooral de voorwaarden *persoonlijk* (in de zin van niet boven-individueel; zie par. 3.2.2); en *rechtstreeks betrokken* (in plaats van afgeleid en te ver verwijderd van het besluit; zie par. 3.2.3) de toegang tot de rechter kunnen hinderen. Daarnaast kan de belanghebbendheid van rechtspersonen, opkomend voor *collectieve en algemene belangen*, ook in het mededingingsrecht soms problematisch zijn (zie par. 3.2.5). Ook blijkt dat in het mededingingsrecht de rol van de *klager* ten opzichte van het algemene bestuursrecht meer wordt benadrukt. Als de klager geen belanghebbende is, is hij geen aanvrager in de zin van de Awb.<sup>6</sup> Zijn informatievervalsing kan wel leiden tot een ambtshalve onderzoek door de NMa, maar er gelden verder geen procedurele rechten.<sup>7</sup> De vraag is derhalve hoe het belanghebbende-begrip met betrekking tot de klager in het mededingingsrecht wordt geïnterpreteerd (zie par. 3.2.4).

#### – *Procesbelang*

Het vereiste van *procesbelang*, dat niet in de wet wordt gesteld, maar als ongeschreven uitgangspunt door de rechter wordt toegepast, betekent dat met het beroep ook daadwerkelijk iets moet kunnen worden bereikt. Afwezigheid van procesbelang kan op twee manieren: het heeft nooit bestaan of het is hangende de procedure verdwenen. Het vereiste wordt om redenen van doelmatigheid gesteld, om geen nodeloos beslag te doen op de beperkte capaciteit van de rechterlijke macht,<sup>8</sup> en geldt ook in het mededingingsrecht (zie par. 3.3).

---

2 Memorie van Antwoord TK 1990-1991, 21221, nr. 5, p. 36; en o.a. Van Male 1992, p. 13; De Poorter 2004 a, p. 217; Schlössels 2004 a, p. 33.

3 Maar zie voor nuancering Schreuder-Vlasblom 2008, p. 122.

4 Zie Van Male 1992, p. 46; Koetsier 1992, p. 131; De Poorter 2004 a, p. 135-136; Dekker 2002 b, p. 54; Koning & Van den Heuvel-Kien 2000, p. 54; Schlössels 2004 a, p. 49-89.

5 Daarmee wordt duidelijk dat het Awb-begrip niet altijd hetzelfde wordt geïnterpreteerd, vgl. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 122.

6 Vgl. De Poorter 2000, p. 38.

7 De NMa is wel gebonden aan een algemene zorgvuldigheidsnorm, vgl. Dekker 2002 b, p. 258. De informant kan bovendien in beroep tegen de afwijzing van zijn verzoek op grond van artikel 6, lid 2 onder a Awb; zie par. 4.1.

8 Het is niet de bedoeling de rechterlijke macht in te schakelen voor puur principiële uitspraken of wanneer de feitelijke situatie al is veranderd ten gunste van degene die in beroep had willen komen: zie bijv. Van Male 1992, p. 62.

### 2.1.2 Ontwikkelingen

In de Nederlandse literatuur wordt een levendige discussie gevoerd over het belanghebbendebegrip, die ook voor de navolgende analyse van belang is. Zoals in hoofdstuk 2 (par. 3.2.2) is gememoreerd, is in het Nederlandse bestuursprocesrecht een mix van elementen te zien, afkomstig uit de ideaaltypen van een *recours objectief* en een *recours subjectief*. Het bestuursprocesrecht is echter aan het veranderen. In plaats van objectieve rechtmatigheidstoetsing is onder de Awb door de wetgever rechtsbescherming als het belangrijkste doel aangewezen.<sup>9</sup> In vervolg daarop is sprake van een verdergaande ontwikkeling naar subjectivering. Daarbij wordt geschilbeslechting als het primaire doel aangewezen.

Voor dit hoofdstuk is relevant of dit veranderde perspectief gevolgen heeft (of zou moeten hebben) voor de toegang tot de rechter. Vanuit het perspectief van geschilbeslechting wordt enerzijds gedacht aan een *verruiming* van de toegang tot de rechter. Dit kan worden bewerkstelligd door naast het vernietigingsberoep ook een verzoekschriftprocedure in te voeren (zie par. 4.1.2), maar ook door aan afgeleidbelanghebbenden, met name contractpartijen, een beroepsrecht te gunnen.<sup>10</sup> Juist de huidige uitsluiting van de afgeleidbelanghebbende kan tot scheve resultaten leiden, omdat diens belangen wel vaak betrokken zijn bij een besluit dat voor hem soms belangrijke financiële gevolgen kan hebben. Zodoende wordt wel voorgesteld om toegang te verlenen aan 'een ieder die in voldoende mate wordt getroffen in een relevant en rechtmatig belang'.<sup>11</sup>

Anderzijds wordt in de discussie over een nieuwe richting voor het bestuursprocesrecht gedacht aan een *beperving* van de toegang tot de rechter door het invoeren van een relativiteitsvereiste.<sup>12</sup> Een relativiteitsvereiste kan (groveweg) op twee manieren werken. Ten eerste in de vorm van een toegangsvereiste, dat inhoudt dat slechts in rechte opgekomen kan worden indien de wetgeving de belangen beschermt van degene die in beroep komt (vergelijkbaar met de Duitse *Schutznorm*).<sup>13</sup> Een niet toegelaten beroep leidt in dit geval tot niet-ontvankelijkheid. Deze vorm van relativiteit zou voor het mededingingsrecht van groot belang zijn, met name omdat zij in de

---

9 Vgl. Van Male 1992, p. 22 met Van Male 2004.

10 Zie VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 82. Zie ook Schlössels 2004 a, p. 84-88; De Poorter 2004 a, p. 154-159. Er zijn ook andere, meer radicale voorstellen voor een andere weg in het bestuursprocesrecht, zie bijv. Tak 2005; Pront-Van Bommel 2002, en bespreking bij Schreuder-Vlasblom 2008, p. 38-39.

11 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 101. Anders bijv. Embregts 2005; Zijlstra 2003 a.

12 Vgl. de afschaffing van de *actio popularis* in het omgevingsrecht, en daarover Handboek Awb, aant. 1 bij art. 1:2 Awb. Een relativiteitsvereiste werd niet gehanteerd, zie bijv. ABRvS 30 jan 1997, JB 1997/114 m.nt. Simon, en meer recent: ABRvS 7 maart 2007 (Lelystad), St AB 2/2007, 07/57; Schlössels 2004 a, p. 48-49. Toch merkt Schlössels in zijn annotatie bij CBb 21 november 2006, JB 2007/64 op dat causaliteit (rechtstreeks belang hebben) en relativiteit 'elkaar in dit verband [kunnen] naderen'. Vgl. ook de (eerdere) voorbeelden van uitspraken waarin de Afdeling wel een relativiteits-eis gebruikte, Koetser 1992, p. 113-116. Van Male stelt in 1992 (p. 71) dat de relativiteitsleer 'thans' ook in de literatuur wordt verworpen. Vijftien jaar later is dat anders.

13 Zie over de Duitse *Schutznorm*leer met name Dingemans & Widdershoven 2005.



specifiek mededingingsrechtelijke context kan leiden tot een verruiming van de kring van beroepsgerechtigden (zie par. 3.2.4), maar lijkt het vooralsnog in de discussie af te leggen tegen een tweede mogelijkheid, namelijk een relativiteitseis in de vorm van een grondenvereiste.<sup>14</sup> Dit houdt in dat nadat de gewone hobbel van belanghebbendheid is genomen, in beroep slechts die gronden kunnen worden aangevoerd die betrekking hebben op het belang van degene die in beroep komt.

## 2.2 Beroepsgerechtigden en het Europese recht

Om te kunnen bezien of er sprake is van convergentie in de uitspraken van de Nederlandse mededingingsbestuursrechter ten aanzien van de toegang tot de rechter, dient vastgesteld te worden op welke wijze het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming eisen stelt aan de kring van beroepsgerechtigden (par. 2.2.1), en op welke wijze in het algemene Europese administratieve recht deze kring wordt vastgesteld (par. 2.2.2). In EG-verband wordt discussie gevoerd over eventuele verruiming van toegang (par. 2.2.3). De toegang in het EG-mededingingsrecht is echter al ruimer dan die in het algemene Europese administratieve recht (par. 2.2.4).

### 2.2.1 Effectieve rechtsbescherming en belanghebbende

Zoals in hoofdstuk 2 uitgebreid is besproken, hebben de vereisten die het Hof stelt via het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming betrekking op de effectuering van *Europese rechten* voor de nationale rechter. Daarbij kan sprake zijn van een spanning tussen enerzijds deze vereisten en anderzijds de procedurele autonomie van de lidstaten. Wat betreft de toegang tot de rechter geldt het algemene uitgangspunt dat rechten, ontleend aan het EG-recht, voor een nationale rechter gewaarborgd moeten kunnen worden. Het nationale recht mag wel eisen stellen ten aanzien van de toegang tot de rechter, ook voor de kring van beroepsgerechtigden, maar deze eisen mogen niet strenger zijn dan nationale eisen in vergelijkbare gevallen, noch de uitoefening van die EG-rechten onmogelijk of onredelijk moeilijk maken (zie hoofdstuk 2, par. 2.3.2).<sup>15</sup> Specifiek wat het belanghebbendebegrip betreft, wordt in de Nederlandse literatuur wel opgemerkt dat vanwege deze EG-rechtelijke vereisten het nationale begrip soms ruimer zou moeten worden geïnterpreteerd, en soms ook wordt geïnterpreteerd, dan gebruikelijk is.<sup>16</sup> In een vrij recente uitspraak van de

---

14 *Tegen* de strikte vorm (als ontvankelijkheidsvereiste) zijn Van Male 1992, p. 81; Koetsier 1992; Van Buuren 1992; en meer recent ook Pront-Van Bommel 2003, p. 34; en Zijlstra 2003 a. *Vóór* invoering (in enige vorm) o.a. Schueler 2003, p. 27-31; Scheltema & Scheltema 2003, p. 302-307; Schlössels 2001, p. 103-104; Michiels 2004 a; VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 102; Schreuder-Vlasblom 2008, p. 50-51.

15 Zie voor een recent voorbeeld van een ruime uitleg via het beginsel van effectieve rechtsbescherming ook zaak C-55/06, Arcor AG, en annotatie van Widdershoven in AB 2008/326.

16 Zie bijv. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 58-59; Widdershoven e.a. 2007, p. 58; Vermeulen 2001, p. 230. Als voorbeeld wordt met name genoemd Voorzieningenrechter CBb 4 januari 1991, AB 1991/185. Deze uitspraak is echter in dit verband niet zo helder. Wel wordt een ruime uitleg van het belanghebbendebegrip gehanteerd, maar deze is gebaseerd op de volgende overweging: 'die ruime uitleg vindt mede haar rechtvaardiging in de omstandigheid dat als gevolg daarvan de toetsing van de rechtmatigheid van de bestreden beschikking niet wordt onttrokken aan

voorzieningenrechter van het CBb wordt echter gesteld dat ‘niet kan worden afgeleid dat in een nationale bestuursrechtelijke beroepsprocedure geen toepassing zou mogen worden gegeven aan het vereiste van het hebben van een ‘rechtstreeks’ belang’,<sup>17</sup> maar deze overweging staat in de sleutel van het vereiste van een helder stelsel van rechtsbescherming. Voor het mededingingsrecht zal hierna worden bezien of het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming nadere eisen stelt (par. 3.1). De vraag is wel gesteld of een relativiteitsvereiste zich verdraagt met het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming. Deze wordt verschillend beantwoord.<sup>18</sup> Of de uiteindelijke toegangsmogelijkheden voldoen aan de eisen van het samengevoegde beginsel van effectieve rechtsbescherming is, vooruitlopend op hoofdstuk 9, eveneens onderwerp van dit hoofdstuk (zie par. 3.4).

### 2.2.2 *Rechtstreeks beroep bij de Europese rechter*

Ook in het Europese administratieve recht (het administratieve recht dat wordt toegepast door de instellingen van de EG) speelt de vraag of sprake is van procesbelang. Daarnaast dient te worden bezien of sprake is van een beroepsgerechtigde.

#### – *Procesbelang*

Het vereiste van procesbelang komt in het EG-Verdrag niet voor en wordt in de jurisprudentie van het Hof niet altijd consequent gesteld. Desalniettemin is helder dat het doel is te voorkomen dat een particulier zich opstelt als hoeder van het algemeen communautair belang.<sup>19</sup> Er moet sprake zijn van een belang bij de vernietiging; een voordeel voor degene die beroep instelt. Het belang moet persoonlijk zijn, niet hypothetisch en een bestaand belang. Dit is met name het geval als het belang in geld waardeerbaar is,<sup>20</sup> maar het Hof benadert het vereiste over het algemeen soepel.<sup>21</sup>

#### – *Artikel 230 EG*

Ten aanzien van de *locus standi* bij een beroep tot nietigverklaring wordt in artikel 230 EG een onderscheid gemaakt tussen geprivilegieerde verzoekers en niet-geprivilegieerde verzoekers. De bevoorrechten zijn het Europees Parlement, de Raad, de

---

het rechtscollege (...). Dit betreft een strategische uitleg van het belanghebbendebegrip. De verzoeker (Texaco) *is al ontvangen* wanneer in de uitspraak vervolgens het EG-recht aan de orde komt (en het belanghebbendebegrip in de zin van de Europese milieurichtlijn). Zie voor een vergelijkbare uitleg Van Male 1992, p. 49. Als tweede voorbeeld van een EG-rechtelijk geïnspireerd breed belanghebbendebegrip wordt gewezen op conforme uitleg van het Awb-belanghebbendebegrip onder invloed van specifieke EG-regelgeving, bijv. in het telecommunicatierecht (rechtbank Rotterdam 7 januari 2002, Versatel/Opta, zie: Widdershoven e.a. 2007, p. 58; en Geus, 2002).

17 Voorzieningenrechter CBb 28 oktober 2008, Qbuzz.

18 Jans & Van de Gronden 2005, leiden uit zaak C-174/02, Streekgewest Noord-Brabant af dat een (nationaal) relativiteitsvereiste zich niet verdraagt met het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Met inachtneming van hetzelfde arrest meent De Moor-Van Vugt 2005 echter dat het allemaal wel meevalt met die strijdigheid met het EG-recht; idem: De Poorter e.a. 2004 a, p. 91-93. Voor een weergave van de discussie zie: Jans e.a. 2007, p. 289-293; Widdershoven e.a. 2007, p. 59-62.

19 Barents 2005, p. 156.

20 Barents 2005, p. 157-158.

21 Lenaerts & Arts 2003, p. 227.

Commissie, de lidstaten en, via jurisprudentie, ook de Rekenkamer en de Europese Centrale Bank. De achterliggende gedachte is dat deze verzoekers opkomen voor het algemeen belang en dat de ontvankelijkheid moet worden gegarandeerd.<sup>22</sup> Deze geprivilegieerde verzoekers zijn hier verder niet van belang. Wel van belang is dat op grond van artikel 230, lid 4 EG aan particulieren beroepsrecht wordt verleend indien zij ‘rechtstreeks en individueel geraakt zijn’. Daarin wordt het bestaan van een belang verondersteld, en in die zin is een vergelijking met het Awb-belanghebbende-begrip goed mogelijk. Anders dan in het nationale recht is de EG-rechtelijke jurisprudentie omtrent toegangsprikelen soms echter minder goed te scheiden in de twee vragen ‘wie kan in beroep’ en ‘waartegen kan hij in beroep’. Het één wordt beïnvloed door het ander.

– *Beroepsrecht voor particulieren*

Voor anderen dan de geprivilegieerde verzoekers geldt de bepaling van artikel 230, lid 4 EG, dat iedere natuurlijke of rechtspersoon het recht geeft beroep in te stellen tegen ‘de tot hem gerichte beschikkingen, alsmede tegen beschikkingen die, hoewel genomen in de vorm van een verordening, of van een beschikking gericht tot een andere persoon, hem rechtstreeks en individueel raken.’ Dit omvat drie situaties. De minst problematische situatie is het geval van een (rechts)persoon tot wie een beschikking is gericht: de geadresseerde kan daartegen in beroep. Deze particulier hoeft het rechtstreeks en individueel geraakt zijn niet aan te tonen, maar wordt geacht dat automatisch te zijn. Ten tweede is sprake van een beroepsrecht tegen een verordening, die – niet geheel precies geformuleerd – eigenlijk een beschikking is.<sup>23</sup> De derde situatie betreft het beroep van een derde tegen een beschikking die niet tot hem is gericht. Beide laatste situaties vragen om ‘rechtstreeks en individueel geraakt zijn’ van de verzoeker.

Bij een beroep tegen verordeningen die eigenlijk beschikkingen zijn, en tegen beschikkingen gericht tot een derde dient op de eerste plaats sprake te zijn van *rechtstreeks* geraakt zijn. Hiermee wordt aangegeven dat beroep alleen mogelijk is wanneer de handeling de nationale overheid of de adressaat geen beslisruimte geeft.<sup>24</sup> Anders gezegd: de handeling leidt tot rechtsgevolgen voor de verzoeker; diens rechtspositie wordt direct, rechtstreeks of onmiddellijk gewijzigd of kan daardoor worden gewijzigd.<sup>25</sup> Bij de beoordeling van het rechtstreeksvereiste is goed te zien dat de vragen ‘wie kan in beroep?’ en ‘waartegen dan?’ verweven zijn. Met het uitsluiten van beroep tegen ‘echte’ verordeningen is primair bedoeld beroepen tegen algemene handelingen in beginsel onmogelijk te maken. Het rechtstreeksvereiste sluit ook beroep uit tegen (werkelijke) richtlijnen; deze moeten immers worden omgezet in nationaal recht.<sup>26</sup> Hoewel ook in het nationale stelsel slechts beperkt

---

22 Barents 2005, p. 156.

23 Het kan ook richtlijnen of andere handelingen betreffen: Barents 2005, p. 164; A. Ward 2007, p. 283-329.

24 Barents 2005, p. 187; Arnulf 1995, p. 26; Shaw 2000, p. 508.

25 Barents 2005, p. 187.

26 Barents 2005, p. 156.

beroep mogelijk is tegen algemene handelingen, wordt het Awb-beroepsrecht wat dit aspect betreft ingeperkt door het besluitbegrip.

Bij beschikkingen gericht tot een derde zal het *rechtstreeks* geraakt zijn over het algemeen minder problemen opleveren dan bij verordeningen. Beschikkingen raken de indiener van het beroep rechtstreeks wanneer een beschikking gericht tot de lidstaten voor de particulier automatisch rechtsgevolgen heeft, zoals in het geval van een staatssteunbeschikking of wanneer een beschikking gericht tot een derde (lidstaat of onderneming) bijvoorbeeld concurrenten vanwege hun marktpositie rechtstreeks raakt. Dit laatste is voor het mededingingsrecht van belang (par. 2.2.4). Probleematischer bij beschikkingen is het vereiste van *individueel* geraakt zijn. In algemene zin is sprake van individueel geraakt zijn wanneer de beschikking gericht tot een derde, of de verordening die eigenlijk beschikking is, de verzoeker treft 'uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie, welke hem ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hem derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat'.<sup>27</sup> Het Hof past dit vereiste vaak streng toe. De particulier moet aantonen tot een 'gesloten groep' te behoren. Dat kan lastig zijn, met name wanneer het gaat om beroepen tegen verordeningen.<sup>28</sup> Daarbij moet worden aangetekend dat er zowel uitspraken van het Hof zijn waarin een nog strenger vereiste van geïndividualiseerd zijn wordt toegepast,<sup>29</sup> als uitspraken waarin versoepelingen van de eis zijn te zien.<sup>30</sup> De versoepelingen zijn van belang, omdat zij mededingingsrechtelijke zaken omvatten (par. 2.2.4).

### 2.2.3 Ontwikkelingen

In de literatuur en ook in jurisprudentie wordt discussie gevoerd over het vereiste van individueel raken. De discussie spitst zich met name toe op de situatie van het beroep tegen een verordening. Hoewel deze discussie in eerste instantie voor het mededingingsrecht minder relevant lijkt, is het toch van belang hierbij stil te staan. Zij zou gevolgen kunnen hebben voor de wel voor het mededingingsrecht belangrijke categorie van beschikkingen gericht tot een ander, onder andere omdat sprake lijkt te zijn van een, in ieder geval bepleite, trend richting een bredere toegang tot de Europese rechter.<sup>31</sup>

---

27 Zaak 25/62, Plaumann.

28 Zie Barents 2005, p. 187.

29 Albors-Llorens 2003, p. 78 noemt bijv. het vereiste dat sprake moet zijn van een gesloten groep én van bekend zijn bij de Commissie of dat er sprake moet zijn van een gesloten groep én van een procedurele inbreuk.

30 Lenaerts & Arts 2003, p. 215 noemen: wanneer specifieke rechten van de rechtspersoon in het geding zijn; wanneer een speciale beschermingsplicht geldt ten opzichte van de verzoeker; wanneer de handeling de verzoeker met naam noemt (hoewel niet tot hem gericht), en deze op grond van een communautaire regeling bepaalde procedurele waarborgen toegekend zijn; in sommige specifieke soorten zaken, zoals anti-dumping, mededinging en staatssteun. Vgl. Barents 2005, p. 181-183; Albors-Llorens 2003, p. 79-80.

31 Zie Albors-Llorens 2003; Granger 2003; Arnull 1995, p. 8.

In deze discussie gaat het vooral om de vraag of aan particulieren tegen algemene handelingen een ruimer beroepsrecht moet worden gegund.<sup>32</sup> Met name zou het ‘individueel geraakt zijn’ ruimer moeten worden opgevat. De achterliggende idee is dat er op Europees niveau een lacune in de rechtsbescherming tegen met name algemene maatregelen bestaat, nu daartegen geen rechtstreeks beroep open staat. Daarom wordt wel bepleit, bijvoorbeeld in het kader van de (ondertussen in oorspronkelijke vorm niet meer aan de orde zijnde) Europese Grondwet,<sup>33</sup> dat artikel 230 EG zich voor een ruimere interpretatie leent of, als dat niet zo is, het EG-Verdrag dient te worden gewijzigd. Deze verruiming is wenselijk, zo wordt betoogd, op grond van het algemene beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat beginsel staat hoog op de agenda van het Hof wanneer het gaat om het geven van aanwijzingen aan de nationale rechters in het kader van rechtsbescherming van EG-rechten en plichten op nationaal niveau (zie hoofdstuk 2). Het Hof wordt een *dubbele standaard* verweten: wel de nadruk leggen op voldoende uitgebreide toegang tot de nationale rechter, maar veel minder open staan voor een ruimere toegang op Europees niveau.<sup>34</sup> Daarbij speelt een rol dat het samenhangende stelsel van Europese rechtsbescherming onvoldoende mogelijkheden biedt. Particulieren kunnen immers de nationale rechter niet tot het stellen van prejudiciële vragen dwingen, en er zijn niet altijd nationale uitvoerende maatregelen waartegen, via de exceptie van onwettigheid, opgekomen kan worden. Hoewel het Gerecht, in navolging van Advocaat-Generaal Jacobs in zijn conclusie in de UPA-zaak, een dappere poging waagde, heeft het Hof vooralsnog een ruimere benadering afgewezen.<sup>35</sup>

#### 2.2.4 *Rechtstreeks en individueel geraakt zijn in het Europese mededingingsrecht*

Het vereiste van *rechtstreeks geraakt zijn*, levert meestal in mededingingszaken geen grote problemen op. Bovendien wordt in mededingingsrechtelijke zaken het vereiste van *individueel geraakt zijn* (door een beschikking gericht tot een derde) minder streng uitgelegd dan in niet-mededingingszaken, zo blijkt uit jurisprudentie.<sup>36</sup> Dat neemt niet weg dat ‘de enkele omstandigheid dat een besluit invloed kan uitoefenen

---

32 Zie ook Van den Broek 2003; Craig 2003; Usher 2003; Lenaerts & Arts 2003, p. 216-217; Schwarze 2004; Brown & Morijn 2004; Arnulf 2001; Varju 2004; Biernat 2003; Neuwahl 1996; Temple Lang 2003 a.

33 Zie o.a. Barents 2005, p. 204-205.

34 Vgl. Craufurd Smith 1999, p. 289; Kilpatrick 2000, p. 8; A. Ward 2007. Anders: Arnulf 2000, p. 177. Zie over de mogelijke *redenen* voor een beperkte(re) toegang op EG-niveau ook Arnulf 1995, p. 44; Shaw 2000, p. 520-521.

35 Zaak C-50/00 P, UPA; zaak T-177/01, Jégo-Quéré. In de tijd kwam eerst de conclusie van de A-G in zaak C-50/00 P, UPA, daarna het arrest van het Gerecht in zaak T-177/01, Jégo-Quéré, en vervolgens het arrest van het Hof in de zaak UPA (gevolgd door een arrest in hoger beroep in de zaak Jégo-Quéré). Er zijn verschillen in de benadering van de A-G en het Gerecht, hoewel beide effectieve rechtsbescherming als leidraad nemen. De A-G staat een ruimer toegangsrecht voor dan het Gerecht (zie over het verschil Albors-Llorens 2003, p. 84-85), maar het Hof volgt de A-G niet. Zie in dit verband ook het dichthouden van de artikel 230 EG-deur voor klagers over schending van artikel 86 juncto artikel 81/82 EG door het Hof, terwijl de deur door het Gerecht was opengezet: zaak C-141/02 P, Max Mobil, en hierover (kritisch) Drijber 2005.

36 Zie o.a. Arnulf 1995, p. 30-31; Biernat 2003, p. 14; Shaw 2000, p. 517-520; Granger 2003, p. 127-128.

op de mededingingsverhoudingen zoals die zich op de betrokken markt voordoen, niet reeds medebrengt dat iedere ondernemer die op enigerlei wijze in een concurrentieverhouding staat tot de adressant van het besluit, als rechtstreeks en individueel (...) geraakt is te beschouwen'. Er moeten 'specifieke omstandigheden bestaan' om toegang tot het Gerecht toe te laten.<sup>37</sup> Die specifieke omstandigheden kunnen er verschillende zijn, zoals hierna zal blijken, maar het betrokken zijn in de procedure bij de Commissie, als klager of als anderszins gehoorde onderneming speelt een rol en bepaalt mede de latere toegang tot de EG-rechter.<sup>38</sup> Het Gerecht gaat soms zover dat ook bij het niet-betrokken zijn beroepsrecht wordt verleend, als de ondernemingen via het recht om gehoord te worden op grond van mededingingsrechtelijke verordeningen, betrokken hadden kunnen zijn.<sup>39</sup> De reden voor deze soepeler benadering ligt in het aan klagers, individuen en ondernemingen toekennen van een rol in de 'quasi-judiciële' procedure bij de Commissie. Deze rol kan in mededingingszaken, net als bij anti-dumping- en staatssteunzaken, groot zijn.<sup>40</sup> Een andere reden is dat in het mededingingsrecht een teveel aan beroepen, anders dan in sommige andere rechtsterreinen, zoals het landbouwbeleid, waar het toegangsvereiste dan ook strenger wordt geïnterpreteerd, niet waarschijnlijk is.<sup>41</sup>

Belangrijk om op te merken over het rechtstreeks en individueel geraakt zijn in mededingingsprocedures is dat de jurisprudentie daarover casuïstisch van aard is. Het Gerecht en het Hof kunnen elkaar tegenspreken. Dat neemt niet weg dat als rode draad kan worden geïdentificeerd dat, anders dan in het nationale recht, het individueel geraakt zijn ook door *betrokkenheid* in een procedure mede kan worden bepaald. Dit geldt niet alleen voor klagers in een klachtprocedure, maar ook voor betrokkenheid in andere procedures leidend tot mededingingsbesluiten. Vooruitlopend op de analyse in de volgende paragraaf, waar op de Europese interpretatie verder wordt ingegaan, kan nu al worden gezien dat dit in ieder geval voor *klagers* een ruimere toegang tot de rechter betekent dan in het nationale recht over het algemeen het geval zou zijn (zie par. 3.2.4).

### 3 BELANGHEBBENDEN IN UITSPRAKEN VAN DE MEDEDINGINGSBESTUURSRECHTER

In deze paragraaf wordt bezien welke lijnen er in de mededingingsrechtelijke uitspraken van de rechtbank Rotterdam en het CBb kunnen worden onderscheiden ten aanzien van de vraag wie als belanghebbende wordt aangemerkt. Eerst wordt bekeken hoe het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming wordt benaderd (par. 3.1). Vervolgens ga ik in op de spontane beïnvloeding van het Europese recht op de

---

37 Gev. zaken 10 & 18/68, Società Eridania Zuccherifici, ov. 7.

38 Vgl. Kerse & Khan 2005, p. 470.

39 Zoals in gev. zaken T-528/93 e.a., Métropole; maar zie voor een overzicht van de niet helemaal consistente jurisprudentie Lenaerts & Arts 2003, p. 222, en vgl. Barents 2005, p. 182.

40 Arnulf 1995, p. 31; Shaw 2000, p. 517.

41 Zie Biernat 2003, p. 18.

uitleg van het belanghebbendebegrip. Relevant is hoe de mededingingsrechter het belanghebbendebegrip uitlegt, of hij bij die uitleg impliciet of expliciet aansluit bij de interpretatie van dit toegangsvraagstuk door de Europese mededingingsrechter of dat verschillen in de interpretatie (blijven) bestaan omdat wordt vastgehouden aan de nationale algemene lijn. Ook wordt daarmee duidelijk of er sprake is van een afwijking van uitspraken in ‘gewone’ Awb-zaken (par. 3.2). In paragraaf 3.3 ga ik kort in op de uitleg van het vereiste van procesbelang in mededingingsrechtelijke zaken. Daarna volgt een tussenconclusie waarin de bevindingen op een rij worden gezet, zodat de meest in het oog springende knelpunten kunnen worden gesignaleerd (par. 3.4).

### **3.1 Het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming en het belanghebbendebegrip**

Het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming speelt een ondergeschikte rol in de interpretatie van het belanghebbendebegrip in mededingingsrechtelijke uitspraken. Partijen doen slechts een enkele keer een beroep op het beginsel, en dit leidt niet tot een afwijkende interpretatie van de algemene Awb-lijn.

Een voorbeeld is de zaak Avebe. Avebe werd als partner in een joint venture aangemerkt als afgeleidbelanghebbende, in een beroep tegen de afwijzing van een ontheffingsaanvraag, omdat de Mededingingswet niet van toepassing was, voor het tussen elektriciteitsproducenten en elektriciteitsdistributiebedrijven afgesloten Protocol. Avebe was zelf geen producent of distributeur, maar joint venture partner van Edon in enkele warmtekrachtcentrales. Avebe werd in bezwaar niet ontvangen, en voerde aan dat de uitleg van het belanghebbendebegrip van de NMa erop neerkwam dat het haar onmogelijk werd gemaakt om de haar op grond van artikel 81 EG verleende rechten uit te oefenen. Het beroep van Avebe op het beginsel van effectieve rechtsbescherming werd door de rechtbank echter zonder al te veel omhaal verworpen.<sup>42</sup>

Zoals de rechtbank in Avebe overweegt, betekent het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming niet dat het nationale procesrecht ‘zomaar’ opzij gezet dient te worden. Het is vaste jurisprudentie dat de lidstaten via het nationale procesrecht eisen mogen stellen aan de ontvankelijkheid, mits die eisen niet in negatieve zin discriminerend zijn ten opzichte van het in rechte kunnen inroepen van onder het communautaire recht toegekende rechten (het vereiste van equivalentie, zie hoofdstuk 2, par. 2.3.2). Daarvan is in dit geval geen sprake: ook onder het nationale recht is de afgeleidbelanghebbende immers niet ontvankelijk (zie par. 3.2.3). Hoewel de rechtbank in Avebe slechts zeer kort aandacht besteedt aan het tweede vereiste, dat de toegang niet onmogelijk of onredelijk moeilijk mag worden gemaakt, dient ook hieraan te worden getoetst (effectiviteitsvereiste, zie hoofdstuk 2, par. 2.3.2). Zoals ook in hoofdstuk 2 is aangestipt, ligt het niet voor de hand dat de afweging die in dit kader gemaakt dient te worden, niet ten nadele van Avebe mag uitvallen; de toegang tot de bestuursrechter beperken is een alleszins gerechtvaardigd belang van de

---

42 Rechtbank 10 april 2002, Avebe.

lidstaten. Derhalve kan de afgeleidbelanghebbende zich in algemene zin niet op het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming beroepen om toegang tot de bestuursrechter te forceren.<sup>43</sup> Anderzijds, vooruitlopend op paragraaf 5.8, kan in algemene zin wel de vraag worden gesteld of, als partijen zoals Avebe naar de burgerlijke rechter moeten gaan om rechtsbescherming te krijgen, er sprake is van de *meest* effectieve rechtsbescherming; het doel van een vernietigingsberoep is anders dan het doel van een actie uit onrechtmatige daad en de gespecialiseerde rechter in Rotterdam is nu juist aangewezen vanwege de bundeling van mededingingsrechtelijke expertise. Het is in ieder geval de vraag of het dan niet efficiënter en effectiever zou zijn de bescherming tegen beslissingen van de NMa zoveel mogelijk bij deze rechter te concentreren (zie ook hoofdstuk 9).

### 3.2 Belanghebbende in het mededingingsrecht

Veel mededingingsrechtelijke uitspraken gaan in op het belanghebbendebegrip. De rechtspraak wordt hier niet uitputtend behandeld.<sup>44</sup> De vraag of sprake is van convergentie en de uiteindelijke vraag hoe deze moet worden beoordeeld in het licht van de eisen van effectieve rechtsbescherming zoals die zijn geformuleerd in hoofdstuk 2 (par. 4), fungeren als leidraad voor de navolgende analyse. Daarin komen de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter aan de orde die betrekking hebben op concurrenten (par. 3.2.1); consumenten (par. 3.2.2.); contractspartijen, werknemers en andere afgeleidbelanghebbenden (par. 3.2.3); klagers (par. 3.2.4); en collectieve en algemene belangenbehartigers (par. 3.2.5). Ik ga niet nader in op de belanghebbendheid van de geadresseerde van een besluit, aangezien deze in principe altijd belanghebbende is.<sup>45</sup>

#### 3.2.1 Concurrenten

Het zal niet als een grote verrassing komen dat *concurrenten* in beginsel uit hoofde van hun positie belanghebbenden zijn bij besluiten die concurrerende marktpartijen betreffen. Dit uitgangspunt is ook in het algemene bestuursrecht vaste lijn in de

---

43 Vgl. ook voorzieningenrechter CBb 28 oktober 2008, Qbuzz.

44 Zie voor een overzicht tot 2004 ook Gerbrandy & Pietermaat 2005, p. 289-318.

45 Wel is discussie mogelijk over wie de geadresseerde nu eigenlijk is, zeker als het gaat om verzoeken tot het opleggen van een boete of een last onder dwangsom. De geadresseerde hoeft niet degene te zijn aan wie het besluit bekend wordt gemaakt (vgl. Handboek Awb, aant. 9.3 bij art. 1:2 Awb). Van Male 1992, p. 43, stelt dat bij een afgewezen verzoek (aanvraag) degene aan wie de beslissing is gericht, de geadresseerde is – in een mededingingsrechtelijke context is dat de klager – maar dat bij een toegewezen verzoek zowel de klager als de overtreder geadresseerden zijn. De Poorter 2000, stelt dat juist de klager *niet* als geadresseerde moet worden beschouwd, ook niet als de klacht wordt afgewezen. Koetsier 1992, p. 117, wijst erop dat een andere uitleg betekent dat de geadresseerde verschilt naar gelang het verzoek wordt af- of toegewezen. Koning & Van den Heuvel-Kien 2000, p. 47, merken op dat ook de NMa de benadering lijkt te kiezen dat de klager geen geadresseerde is. Het lijkt mij echter dat de klager, die in het mededingingsrecht als aanvrager wordt gezien als hij belanghebbende is (zie hierna), geadresseerde is bij zowel de afwijzing als de toewijzing van zijn verzoek om handhaving. In het EG-recht is in ieder geval de klager ook de geadresseerde van de afwijzing van zijn klacht (vgl. Barents 2005, p. 183).



jurisprudentie.<sup>46</sup> In mededingingsrechtelijke uitspraken komt naar voren dat zowel *directe* concurrenten als soms ook *potentiële* concurrenten belanghebbende zijn bij verschillende soorten besluiten.<sup>47</sup>

Zo is de concurrent van marktpartijen die een vergunning voor een concentratie aanvragen, belanghebbende bij het besluit dat voor die concentratie geen vergunning is vereist.<sup>48</sup> Bij een dergelijk besluit kan ook een potentiële concurrent belanghebbende zijn.<sup>49</sup> Ook concurrenten van ondernemingen die wel een vergunning hebben verkregen voor hun fusie, worden aangemerkt als belanghebbende.<sup>50</sup> Bij (oude) ontheffingsbesluiten geldt dat een concurrent van ondernemingen die partij zijn bij een ter ontheffing aangemelde regeling, belanghebbende is bij het besluit op die aanvraag.<sup>51</sup> Over het algemeen is bij besluiten naar aanleiding van een *klacht*, ingediend door een concurrent, die concurrent belanghebbende, niet (primair, zie hierna bij klager) vanwege het indienen van de klacht, maar vanwege het concurrent-zijn. De rechtbank stelt bijvoorbeeld dat een directe concurrent een voldoende objectief, bepaalbaar, eigen en actueel belang heeft bij dat besluit.<sup>52</sup>

Toch zijn niet alle concurrenten automatisch belanghebbende. Zoals het CBb stelt: ‘niet ieder ten aanzien van een onderneming genomen besluit treft andere ondernemingen reeds omdat zij (mede) in dezelfde branche actief zijn.’ Er moet sprake zijn van een verband tussen het besluit en de betreffende onderneming.<sup>53</sup> Het concurrent-zijn is echter wel van wezenlijk belang. Zelfs als er schade wordt geleden, maar geen sprake is van een concurrent, wordt de betreffende onderneming niet ontvangen.<sup>54</sup>

– *Geen expliciete convergentie, wel gelijke toegang*

De uitspraken van de Nederlandse mededingingsbestuursrechter zijn niet alleen overeenkomstig de algemene Awb-lijn, maar ook in overeenstemming met EG-jurisprudentie in het mededingingsrecht. Concurrenten worden daar tot de kring van

---

46 Zie recent voorzieningenrechter CBb 28 oktober 2008, Qbuzz; en voor overzichten ook Dekker 2002 b, p. 63; Schlössels 2001, p. 108-109; Ottow 2006, p. 5; Van 't Lam 2007.

47 Over de vraag of een bepaalde onderneming inderdaad als concurrent op de markt opereert kan dan nog verschil van mening bestaan, zie rechtbank 10 april 2002, Avebe; en in algemene zin ook de niet-mededingingsrechtelijke uitspraak van de voorzieningenrechter CBb 28 oktober 2008, Qbuzz.

48 Bijv. rechtbank 3 augustus 2004, Loterijfusie.

49 Bijv. rechtbank 1 mei 2003, Broadcast I. Het beroep werd ontvankelijk geacht, ook al was Broadcast nog geen concurrent van de fuserende partijen en zaten er voor dat moment in de toekomst nog twee vergunningverlenende rondes door de minister van EZ. Zie echter de eerder buiten de context van het mededingingsrecht gewezen uitspraak CBb 29 augustus 1995, AB 1995/600, m.nt. van JHvdV.

50 Af te leiden uit bijv. voorzieningenrechter rechtbank 17 december 1998, MKB (Vendex & KBB); rechtbank 19 april 2007, NVV.

51 Zie bijv. rechtbank 26 september 2001, IPAS (SIMN I); rechtbank 27 november 2007, ACN (SIMN V); en rechtbank 14 november 2006, VBB (SIMN IV).

52 In rechtbank 11 maart 2003, Carglass, werd Glasgarage als belanghebbende aangemerkt bij een besluit naar aanleiding van diens klacht. Het CBb (17 november 2004, Carglass) stelt in hoger beroep dat het indienen van een klacht niet voldoende is om Glasgarage als belanghebbende aan te merken, maar dat het indienen van een klacht, gekoppeld aan het concurrent-zijn, Glasgarage belanghebbende maakt (zie ook par. 3.2.4).

53 CBb 27 juni 2003, Avebe. In dat geval was het verband te ver verwijderd, zie par. 3.2.3.

54 Vgl. rechtbank 25 februari 2002, Snelcore.

beroepsgerechtigden gerekend. Het *rechtstreeks* geraakt worden door een eindbeschikking hangt af van de positie op de markt van de betreffende onderneming en de mate waarin door de beschikking van de Commissie daarin wijziging wordt gebracht en is bij de afwijzing van een klacht in ieder geval geen probleem, omdat de geadresseerde (de klager) in ieder geval rechtstreeks geraakt is.<sup>55</sup> Ook zijn concurrenten over het algemeen *individueel* geraakt, in ieder geval als zij tijdens het onderzoek hun kritiek op een voorgenomen beschikking daadwerkelijk hebben laten blijken of betrokken zijn bij een hoorzitting en dus een actieve houding hebben ingenomen.<sup>56</sup> In de praktijk zijn (potentiële) concurrenten vrijwel steeds rechtstreeks en individueel geraakt.<sup>57</sup>

De nationale rechter verwijst niet naar deze jurisprudentie. De rechter noemt de EG-arresten over toegang tot het Gerecht en Hof, bron voor eventueel parallellisme (of congruentie, vergelijk hoofdstuk 3, par. 4.3), niet, hoewel wel een echo lijkt door te klinken.<sup>58</sup> De gelijke benadering van de (potentiële) concurrent als behorend tot de kring van beroepsgerechtigden in het nationale en Europese mededingingsrecht lijkt ook niet een gevolg te zijn van de materiële convergentie in de Mededingingswet, maar inherent te zijn aan beide systemen waarin de toegang zich bevindt ergens in het midden op de lijn tussen een zeer strikte toegang en een *actio popularis*. Waar precies een bepaalde groep betrokkenen op de lijn geplaatst wordt, kan verschillen, maar lijkt dat niet te doen voor het aanmerken van de concurrent als belanghebbende. Derhalve is sprake van een *alternatieve verklaring* voor deze overeenstemming (zie hoofdstuk 3, par. 4.4). Dat wil zeggen dat er een meer plausibele verklaring kan worden gevonden voor convergentie dan gelegen in de wettelijke materiële convergentie.

#### – *Convergentie bij sanctiebesluiten*

De voorgaande algemene conclusie dat sprake is van overeenstemming met de algemene Awb-interpretatie en de Europese interpretatie, verdient enige nuancering wat de kring van beroepsgerechtigden bij *sanctiebesluiten* betreft. Volgens de Nederlandse literatuur ligt het bij sanctiebesluiten minder voor de hand om anderen, onder wie de concurrent, dan de onderneming aan wie een sanctie is opgelegd, aan te merken als belanghebbende; bij het niet-opleggen van een sanctie ligt dat anders. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen het opleggen van een last onder dwangsom en het opleggen van een boete. Het eerste strekt er immers toe de overtreding ongedaan te maken, waarbij een concurrent ontegenzeggelijk belang kan hebben, bijvoorbeeld omdat de ‘lastgeving of de omschrijving van de te nemen maatregelen niet strikt genoeg is of de termijn te lang is’.<sup>59</sup> Het tweede strekt tot

---

55 Zie voor een overzicht van jurisprudentie bijv. Barents 2005, p. 189.

56 Arrest van 11 februari 1999, zaak T-86/96, ADLU, ov. 47; zie ook Barents 2005, p. 183.

57 Vgl. T-528/93 e.a., Métropole; voor het concentratietoezicht ook zaak T-114/02, BaByliss; zie ook Kerse & Khan 2005, p. 471.

58 Vgl. bijv. gev. zaken 10 & 18/68, Società Eridania Zuccherifici, ov. 7 met CBb 27 juni 2003, Avebe.

59 Aldus Van Buuren e.a. 2005, p. 155.

bestrafning van de overtreder, een besluit waarbij een derde, volgens sommigen althans, in principe nooit belang heeft.<sup>60</sup>

De stelling dat een derde bij een boetebesluit echter geen belanghebbende zou kunnen zijn, wordt door de mededingingsrechtelijke uitspraken niet ondersteund. Zo is een potentiële afnemer die is gedupeerd door leveringsweigering en nu als klager optreedt, als belanghebbende aangemerkt in het beroep van de onderneming aan wie een boete was opgelegd.<sup>61</sup> Dat wijst erop dat ook de concurrent bij een boetebesluit belanghebbende kan zijn. Het CBb heeft daarnaast opgemerkt dat de wetgever ervan is uitgegaan dat een marktpartij die bij de NMa een klacht heeft ingediend tegen een concurrerende marktpartij, bij een beslissing inzake het naar aanleiding van die klacht al dan niet opleggen van een boete of een last onder dwangsom, als belanghebbende moet worden aangemerkt. Het CBb stelt bovendien dat de opvatting dat een klagende partij, onder wie concurrenten, nooit belanghebbende zou kunnen zijn bij een op zijn klacht genomen besluit om geen boete op te leggen, ertoe zou leiden dat de rechtspositie van klagers in Nederlandse mededingingszaken ‘verder dan gewenst zou afwijken’ van die van klagers in Europese mededingingszaken, terwijl de wetgever juist een grote mate van aansluiting tussen het Nederlandse en het Europese mededingingsrecht voor ogen stond.<sup>62</sup> In het EG-recht is in ieder geval de klager, naar aanleiding van wiens klacht al dan niet een boete wordt opgelegd, bij dat besluit rechtstreeks en individueel geraakt. De overwegingen van het CBb wijzen er derhalve op dat onder de Mededingingswet een concurrent bij een boetebesluit gericht tot een concurrerende marktdeelnemer als belanghebbende niet principieel wordt uitgesloten.

Het is opvallend dat het CBb in Carglass aansluiting zoekt bij het EG-mededingingsrecht. Het gaat hierbij om spontane convergentie (in de vorm van parallellisme, vergelijk hoofdstuk 3, par. 4.3) ten aanzien van de positie van de *klager* in beroep tegen het niet opleggen van een boete aan een concurrent van de klager. Juist een klager speelt in het Europese en (daardoor ook in het) nationale mededingingsrecht een meer geïnstitutionaliseerde rol dan in het overige bestuursrecht over het algemeen het geval is (zie ook hoofdstuk 8). Dit zou impliceren dat in het Nederlandse mededingingsrecht sprake is van een van de algemene Awb-interpretatie afwijkende lijn, geïnspireerd door aansluiting bij de EG-jurisprudentie. Het betreft in Carglass weliswaar specifiek aansluiting wat de positie van *klagers* in het mededingingsrecht betreft, die in dit geval ook *concurrent* is, maar de genoemde uitspraken tezamen genomen zouden evengoed kunnen wijzen op het in algemene zin ook kunnen aanmerken van de concurrent als belanghebbende bij het opleggen van een boete aan een ander.

---

60 Zie Koning & Van den Heuvel-Kien 2000, p. 52, die erop wijzen dat de Commissie-Scheltema er aan twijfelde of een derde überhaupt belanghebbende kan zijn bij een boetebesluit.

61 Rechtbank 26 november 2002, Sep (Norsk Hydro); CBb 28 mei 2004, Sep (Norsk Hydro).

62 CBb 17 november 2004, Carglass.

### 3.2.2 Consumenten

Hoewel bij de invoering van de Mededingingswet het belang van de consument sterk werd benadrukt,<sup>63</sup> en daarbij ook het Europese mededingingsrecht steeds meer op de voorgrond is komen te staan,<sup>64</sup> komen individuele consumenten, in de zin van eindgebruikers, er bekaaid af als het gaat om het verdedigen van hun belangen bij de NMa en de rechter. Zij kunnen vaak geen beroep instellen tegen een besluit van de NMa en niet als klager optreden omdat zij geen belanghebbende zijn. Meestal is er geen *voldoende onderscheidend belang*, in de zin van te onderscheiden van een algemeen of boven-individueel belang.<sup>65</sup> Dit is een bijna onoverkomelijke hindernis voor de individuele consument.<sup>66</sup> De positie van consumenten is wel verbeterd met de invoering van de aanwijzing van consumentenorganisaties als categoriaal belanghebbende (zie par. 3.2.5), maar dat betreft niet de individuele consument.

Zo is een frequente vliegreiziger op de route Amsterdam–Paramaribo, ook al heeft deze een dubbele (Surinaamse en Nederlandse) nationaliteit, geen belanghebbende bij een besluit tot afwijzing van zijn ‘klacht’ met betrekking tot vermeend misbruik van KLM en SLM op die vliegroute. Hij heeft wel een eigen, objectief bepaalbaar, actueel belang, maar dat is niet een in rechtens relevante mate onderscheiden belang.<sup>67</sup> Ook geen belanghebbende is de cliënt van een bank bij een besluit dat voor een concentratie tussen de bank en een andere instelling geen vergunning is vereist. Hier strandt de ontvankelijkheid al op het vereiste van een objectief bepaalbaar belang, maar er zou ook geen voldoende onderscheiden belang zijn geweest.<sup>68</sup>

Een uitspraak waarin een individuele afnemer *wel* als belanghebbende werd aangemerkt, betreft een vrij specifieke casus: door het CBb werd een cliënt van een rijsschoolhouder, die procespartij was in een geding dat het gedrag van het CBR betrof, waardoor de rij-instructeur niet bij het rijexamen van de cliënt kon zijn, als belanghebbende aangemerkt in een voorlopige voorziening tegen die uitsluiting van

---

63 Zie hierover bijv. Gaasbeek 1998; Redactioneel 2004; en hoofdstuk 6, par. 2.1.2.

64 Zie bijv. zaak T-168/01, GlaxoSmithKline; gev. zaken T-213 & 214/01, Österreichische Postsparkasse; hoofdstuk 6, par. 2.1.2.

65 Zie Handboek Awb aant. 1:12 bij art. 1:2 Awb: ‘maar ook een persoon van wie misschien nog gezegd kan worden dat hij enig belang heeft, doch zich op dit punt niet onderscheidt van grote aantallen anderen kan niet beschouwd worden als een persoon met een rechtstreeks bij het besluit betrokken belang’, aldus de PG Awb, p. 148. Dit wordt het ‘singled-out-criterium’ genoemd. Vgl. ook De Poorter 2004 a, p. 141: ‘Het lijkt erop dat naarmate de kring van personen wier belangen bij een besluit zijn betrokken groeit, het aantal personen dat als (beroepsgerechtigde) belanghebbende wordt aangemerkt lijkt af te nemen’. Overigens kan een consument ook een *afgeleid* belang hebben en daarop stranden, zie par. 3.2.3.

66 Zie ook De Poorter 2000, p. 40; Ottow 1999, p. 5; Koning & Van den Heuvel-Kien 2000, p. 52.

67 Rechtbank 11 maart 2003, bevestigd door CBb 20 februari 2004, Shiva I. Bij die laatste uitspraak wordt ook het beroep afgewezen op niet gedefinieerde ‘internationale verdragen’, op grond waarvan de toegang tot de rechter moet worden gewaarborgd. Uit de uitspraak blijkt niet op welke bepalingen uit de internationale verdragen een beroep is gedaan.

68 Rechtbank 5 juni 2002, X (ABN Amro).

zijn rij-instructeur.<sup>69</sup> Daarmee is echter niet gezegd dat elke examenkandidaat belanghebbende zou zijn geweest.<sup>70</sup>

Ook al heeft een consument-eindgebruiker een langdurige contractuele relatie onderhouden met de onderneming die de geadresseerde is van een besluit of waartegen zich een klacht richt, toch is ook die consument niet automatisch belanghebbende. Daarbij speelt dat een contractpartij meestal al geen rechtstreeks belang zal hebben (zie par. 3.2.3), maar bovendien strandt de consument op het niet voldoende onderscheiden belang.

Zo heeft de consument-contractpartij, een postbushouder die een postbus huurt bij de (oude) PTT, die klaagt over verhoging van de vergoeding voor de postbus, geen onderscheiden belang. Veiligheids- en privacy-overwegingen zijn geen onderscheidende criteria.<sup>71</sup>

– *Professionele dienstverleners*

Ook een onderneming kan de rol van afnemer innemen en is dan consument in de zin van eindgebruiker. Voor deze onderneming-eindgebruiker gelden dezelfde strenge eisen als voor niet-professionele eindgebruikers.<sup>72</sup> Een iets ander type casus, maar dat eveneens op het vereiste van een persoonlijk belang stuit, is die waarin individuele professionele dienstverleners te maken krijgen met algemene regelingen van brancheorganisaties die zij ‘afnemen’. Ook zij hebben over het algemeen geen individueel onderscheiden belang.<sup>73</sup>

– *Overeenstemming met Awb-uitleg*

De uitsluiting van de consument van het belanghebbendebegrip is in overeenstemming met de algemene Awb-uitleg.<sup>74</sup> Zoals de rechtbank aanhaalt in (o.a.) Fysiotherapeuten, wordt ook in de wetsgeschiedenis van de Awb overwogen dat een zekere beperking ‘ten opzichte van de ruimst mogelijke opvatting van belanghebben-

---

69 President CBb 19 juni 2000, CBR.

70 Zie Gerbrandy & Pietermaat 2005, p. 289-290.

71 Rechtbank 9 augustus 2001, Postbussen.

72 Vgl. rechtbank 17 december 2004, Electrobuuro Vos, die in zijn afnemer-/consument-zijn geen belanghebbende was, omdat niet was gebleken van zodanige specifieke of bijzondere omstandigheden dat hij zich op die grond zou onderscheiden van een willekeurig ander erkend, al dan niet gecertificeerd installatiebedrijf. In hoger beroep wordt Vos op grond van het als *klager* in zijn *concurrentiebelang* getroffen worden wel aangemerkt als belanghebbende, zie hierna. Ook Snelcore is ‘afnemer’ van een regeling van de Vereniging van Bloemenveilingen. Snelcore strandt op het vereiste van een rechtstreeks belang (zie par. 3.2.3). Vgl. ook CBb 6 juli 2005, Westeraam, waarin eenzelfde criterium in het kader van een Elektriciteitswet-zaak werd gehanteerd.

73 Zie bijv. rechtbank 14 maart 2005, Raad voor rechtsbijstand; rechtbank 22 december 2005, Assurantietussenpersonen.

74 Zie voor een overzicht bijv. De Poorter 2004 a, p. 140-141.

de' noodzakelijk is uit oogpunt van 'efficiëntie en slagvaardigheid'.<sup>75</sup> Dat neemt overigens niet weg dat op deze algemene beperkte uitleg kritiek mogelijk is.<sup>76</sup>

– *Probleem bij de expliciete aansluiting bij EG-recht*

Volgens de rechtbank is haar uitleg van het belanghebbendebegrip in overeenstemming met de uitleg van het toegangsvereiste in het EG-recht. Daarbij verwijst de rechtbank in de Fysiotherapeuten-zaak naar de algemene EG-uitleg, en niet specifiek naar mededingingszaken.<sup>77</sup> Ook in de Postbussen-zaak verwijst de rechtbank naar het EG-recht. Daarin merkt de rechtbank op dat daarin weliswaar redenen kunnen worden gevonden om een andere benadering dan de algemene Awb-lijn te kiezen, maar dat de gegeven uitleg ten aanzien van de postbushouder in overeenstemming is met de beschikkingpraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Hof.<sup>78</sup> De latere, ruimere uitleg die door het CBb wordt gegeven aan het belanghebbendebegrip in de context van het indienen van een klacht ten aanzien van een gedraging die gevolgen heeft voor de concurrentiepositie van de klager (zie par. 3.2.4), is ook gebaseerd op de aansluiting met het EG-mededingingsrecht, net als de hiervoor genoemde situatie van de belanghebbendheid van een klager bij een sanctie opgelegd aan een concurrent. In het EG-recht vindt de nationale mededingingsbestuursrechter zodoende inspiratie voor de interpretatie van het belanghebbendebegrip.<sup>79</sup>

Voor de consument-eindgebruiker is het echter de vraag of de beperkte uitleg inderdaad in overeenstemming is met in ieder geval het huidige EG-recht. Mij lijkt dit niet het geval te zijn. Hoewel, zoals ook hierna zal blijken, de ruimere CBb-uitleg (nog) niet relevant is gebleken voor consumenten-klagers, die immers niet in hun concurrentiepositie worden geraakt, lijkt de beperkte uitleg van het belanghebbendebegrip in bovengenoemde zaken juist voor het *klager-aspect* niet in overeenstemming met de EG-rechtelijke uitleg. De contractpartij die over een contract klaagt, is in het EG-recht klachtgerechtigde (en was dit ook al ten tijde van de uitspraak van de rechter, zie par. 3.2.3).<sup>80</sup> Daar komt bij, wat voor consumenten die geen contractpartij zijn zeer relevant is, dat recentelijk het Gerecht de toegang tot de EG-rechter, via de toegang van de *klager* bij de Commissie, heeft verruimd voor consumenten

---

75 Rechtbank 5 februari 2007, Fysiotherapeuten; zie ook rechtbank 5 februari 2007, Mondhygiënist. Het gaat daarbij weliswaar niet om consumenten, maar om contractonderhandelingen tussen ondernemingen (verzekeraars en individuele zorgaanbieders). Het principe is echter hetzelfde: de individuele fysiotherapeuten en individuele mondhygiënist moeten zich onderscheiden van andere betrokkenen om als belanghebbenden te kunnen worden aangemerkt. Dat is in casu overigens wel het geval, vanwege een ruimere invulling van het belanghebbendebegrip voor sommige klagers (zie par. 3.2.4).

76 Zie bijv. De Poorter 2004 a, p. 142-144.

77 Zaak 25/62, Plaumann; zaak C-50/00 P, UPA. Er is in deze uitspraak dus eerder sprake van congruentie dan parallelisme (zie hoofdstuk 3, par. 4.3).

78 Rechtbank 9 augustus 2001, Postbussen.

79 Overigens wordt in rechtbank 22 december 2005, Assurantietussenpersonen, niet naar het EG-recht verwezen.

80 Derhalve is ook het uitsluiten van de Assurantietussenpersonen, die klaagden over de verplichte aansluiting bij een geschillenregeling, niet geheel in overeenstemming met het EG-recht, waar aan deze klager hoogstwaarschijnlijk wel een klachtrecht zou zijn toegekend.

die eindafnemer zijn. Dat betekent dat consumenten zoals de frequente vliegreiziger in het EG-recht als klachtgerechtigde in het vizier komen.<sup>81</sup>

In de zaak *Österreichische Postsparkasse* stelt het Gerecht voor het eerst voor een eindafnemer dat hij in algemene zin ‘een redelijk belang heeft bij een klacht indien hij door een mededingingsbeperkende gedraging op de markt wordt geraakt’.<sup>82</sup> Meer precies geldt dat voor ‘een eindklant die aantoonbaar dat hij door de betrokken mededingingsbeperking in zijn economische belangen is of kan worden geschaad’.<sup>83</sup>

– *Een wringende situatie voor de consument*

Het bovenstaande betekent dat de Nederlandse uitspraken afwijken van in ieder geval de huidige EG-rechtelijke toegang voor consumenten-eindgebruikers. De beperkte toegang voor consumenten op nationaal niveau doet bovendien geen recht aan de positie van consumenten in het mededingingsrecht. Zoals ook door het Gerecht wordt gememoreerd, hebben de mededingingsregels ‘uiteindelijk tot doel het welzijn van de consument te verhogen’.<sup>84</sup> Evenmin ondersteunt het de positie van de consument als mondige, autonome beslisser, die in de algemene economische ordenings sfeer door de overheid als uitgangspunt wordt genomen.<sup>85</sup> Dat tussen het mededingingsrecht en de consument iets wringt wordt ook geïllustreerd doordat een eventuele invoering van een relativiteits eis als toegangsvereiste tot de nogal paradoxale situatie zou leiden dat consumenten een *breder* toegang wordt geboden,<sup>86</sup> terwijl de invoering juist is bedoeld om een beperktere toegang (met name in het omgevingsrecht) te bewerkstelligen. Zoals het Gerecht bevestigt, behoort het verhogen van de welvaart van de consument in ieder geval ook tot de doelstelling van het mededingingsrecht. Hoewel het algemene belang van verhoging van de consumentenwelvaart niet hetzelfde betekent als bescherming van de belangen van de individuele consument, maakt de individuele consument ontegzeggenzeggelijk deel uit van de groep wier algemene belang wordt geacht door het mededingingsrecht te worden beschermd. Deze wringende situatie hoeft niet te leiden tot een pleidooi voor toegang voor iedere consument, maar wel kan worden geconcludeerd dat zich hier ook in het licht van effectieve rechtsbescherming en de eis van voldoende toegang in het licht van het materiële recht een knelpunt opdringt (zie verder par. 3.4).<sup>87</sup>

---

81 Zaak T-213/01 en 214/01, *Österreichische Postsparkasse*, ov. 110-115. Eerder al had ook de Commissie enkele klachten van consumenten behandeld, zie voor voorbeelden Kerse & Khan 2005, p. 77.

82 Ibid. ov. 113.

83 Ibid. ov. 114.

84 Ibid. ov. 115.

85 Zie Redactioneel 2004, p. 154, waarin overigens deze zelfstandig beslissende consument een ‘fictie’ wordt genoemd. Ook in jurisprudentie van het Hof is de zelfstandige consument, ook bij consumentenbeschermingsregeling, het uitgangspunt, zie bijv. zaak C-442/02, *Caixa-Bank France*.

86 Zie ook De Poorter 2000, p. 37.

87 Vgl. De Poorter 2004 a, p. 143. Ook in sommige andere landen van de EG dringt zich deze wringende situatie op, zie bijv. Incardona & Poncibo 2005 over de Italiaanse situatie.

### 3.2.3 *Contractpartijen, werknemers en andere afgeleidbelanghebbenden*

Contractpartijen en werknemers hebben, naast dat zij als consument geen onderscheiden belang hebben, over het algemeen ook geen rechtstreeks belang. Het is vaste Awb-jurisprudentie dat iemand die een contractuele relatie heeft met een ‘echte’ belanghebbende, geen rechtstreeks belang heeft, omdat het belang in de contractuele relatie ontstaat.<sup>88</sup> Zij hebben, overeenkomstig vaste (nationale) jurisprudentie, een afgeleid belang. De mededingingsrechters wijken niet af van deze algemene interpretatie.

Zo geldt voor bijvoorbeeld *contractpartij* Snelcore dat er geen sprake is van een rechtstreeks belang bij het besluit van de NMa op de ontheffingsaanvraag van de Vereniging voor Bloemenveilingen, waardoor Snelcore’s planten- en bloementrays door kwekers minder zouden worden afgenomen.<sup>89</sup> Ook geen rechtstreeks belang hebben *werknemers*, journalisten in dit geval, van een bij een fusie betrokken dagblad dat als gevolg van een aan de vergunning verbonden voorschrift verkocht zal worden.<sup>90</sup> Verder heeft een *joint venture-partner* geen rechtstreeks belang; Avebe wordt niet als belanghebbende aangemerkt bij een ontheffingsbesluit van de NMa over het Protocol tussen SEP en de elektriciteitsproducenten enerzijds en de elektriciteitsdistributiebedrijven anderzijds, omdat zij in haar hoedanigheid van joint venture-partner niet rechtstreeks bij dat besluit betrokken is.<sup>91</sup> Ook een *dochteronderneming*, die weliswaar de overtreding van de Mw heeft begaan, wordt niet aangemerkt als rechtstreeks belanghebbende, aangezien de boete was opgelegd en toegerekend aan de moederonderneming. Afspraken tussen de dochteronderneming en de moederonderneming over betaling van de boete veranderen dat niet.<sup>92</sup> Een elektriciteitsproductiebedrijf is niet rechtstreeks belanghebbende bij een besluit van de NMa over de bestemming van de opbrengst van veilinggelden als investering in ‘blindvermogen’, ook al heeft zij op enigerlei wijze bijgedragen aan de veilinggelden.<sup>93</sup> Ook geen rechtstreeks belang heeft een elektrotechnisch installateur bij een ontheffingsbesluit ten aanzien van een regeling van certificering en erkenning van EnergieNed, omdat zijn belangen bij de afwijzing van het verzoek om ontheffing niet rechtstreeks zijn betrokken; de regeling waarvoor de ontheffing was gevraagd, betreft een afspraak tussen de aangesloten energiebedrijven en de installateur is daarvan geen concurrent.<sup>94</sup>

Wel een rechtstreeks belang heeft overigens de potentiële koper van elektriciteitscapaciteit die door een vergunningvoorschrift zal worden geveild, maar die door het vergunning-

---

88 Zie bijv. De Poorter 2004 a, p. 154-156; en ABRvS 22 april 1996, AB 1997/39, m.nt. NV; JB 2000/218, m.nt. RJNS; zie ook De Moor-van Vugt & De Poorter 2004. Voor eerdere jurisprudentieoverzichten zie Koetser 1992, p. 146; Van Male 1992, p. 42.

89 Rechtbank 25 februari 2002, Snelcore.

90 Rechtbank 20 september 2000, Wegener. Het is vaste jurisprudentie dat werknemers in dienst van een stichting een afgeleid belang hebben bij het besluit tot stopzetting van de subsidie aan hun werkgever, zelfs indien daardoor hun ontslag onafwendbaar is. Het lag dan ook voor de hand dat de rechtbank het beroep van de journalisten niet ontvankelijk zou verklaren. Zie ABRvS 15 oktober 1981, t B/S, IV/75; Vermeulen 2001, p. 237.

91 Rechtbank 10 april 2002, Avebe.

92 CBb 7 december 2005, Secon. Het CBb toetst dit ambtshalve: noch de NMa, noch de rechtbank waren hierover gevallen en voor de beoordeling van het materiële geschil maakte het niet uit.

93 CBb 16 mei 2007, Delta e.a.

94 CBb 21 maart 2006, Elektroburo Vos I. Wel is Vos belanghebbende bij de afwijzing van zijn klacht over dezelfde regeling (zie par. 3.2.4).



besluit wordt uitgesloten van bieding, bij een beroep tegen dat vergunningbesluit, omdat het besluit ‘onmiddellijk wijziging in de rechtspositie’ teweeg brengt.<sup>95</sup>

De algemene Awb-interpretatie is niet altijd consistent<sup>96</sup> en ook in het mededingingsrecht wordt soms een ruimere uitleg gegeven dan op grond van de algemene lijn zou worden verwacht.

Zo wordt in de zaak CBR de rijexamenkandidaat ontvangen, ondanks dat sprake lijkt te zijn van een afgeleide relatie tussen hem en de rijsschoolhouder die als belanghebbende kon worden aangemerkt.<sup>97</sup>

– *Uitzondering vanwege de sociaal-economische context*

Op het uitgangspunt dat contractpartijen geen belanghebbenden zijn, wordt geen uitzondering gemaakt vanwege de specifieke sociaal-economische context, zoals door Snelcore met een beroep op het arrest Glencore van het Hof van Justitie werd bepleit.<sup>98</sup> Het is echter opvallend dat de rechter deze ‘uitzondering’, gelegen in de specifieke sociaal-economische context, niet principieel afwijst. De aansluiting bij het EG-recht betreft hier niet specifiek mededingingsrechtelijke jurisprudentie, zodat eerder sprake is van congruentie dan van parallellisme (zie hoofdstuk 3, par. 4.3).

– *Klagen over een contract*

Dat een contractpartij geen belanghebbende is, geldt niet als een onderneming klaagt over het niet worden toegelaten als contractpartij (wanneer een overeenkomst wordt geweigerd); een klacht van een potentiële afnemer over leveringsweigeren wordt als aanvraag van een belanghebbende beschouwd.<sup>99</sup> Hoewel dit niet met zoveel woorden ter sprake komt, gaat het hier niet om een afgeleid belang, omdat het belang is gelegen in de contractuele relatie zelf. Deze uitleg is ook in overeenstemming met de EG-jurisprudentie.<sup>100</sup> Het EG-recht komt echter niet ter sprake. Het lijkt voor de hand te liggen om naast de niet toegelaten contractpartij in een casus over leveringsweigeren ook de bestaande contractpartij als belanghebbende aan te merken bij een

---

95 CBB 28 november 2006, Nuon Reliant.

96 Zie Schlössels 2000; Handboek Awb, aant. 8.2, bij art. 1:2 Awb.

97 CBB 19 juni 2000, CBR.

98 Rechtbank 25 februari 2002, Snelcore. Ook in Avebe slaagt een beroep op de specifieke sociaal-economische context niet, vanwege een verschil in feitelijke omstandigheden (volgens het CBB leidde het bezien van de feitelijke situatie in haar sociaal-economische context er niet toe dat een rechtstreeks verband kon worden aangenomen). In zaak C-403/96 P, Glencore, had de Commissie aan de Russische Federatie een lening verschaft om de invoer van bepaalde producten mogelijk te maken. In het kader van de uitvoering daarvan weigerde de Commissie in een tot de Russische Federatie gerichte beschikking de addenda bij de contracten tussen Glencore, de onderneming waaraan een contract voor levering van tarwe was gegund, en de Russische Federatie, in overeenstemming te verklaren met de toepasselijke bepalingen van het gemeenschapsrecht. Tegen de weigering stelde Glencore beroep in. Voor het rechtstreeks en individueel raken, wees het Hof op de *sociaal-economische context* waarin de leveringsovereenkomst was gesloten. Vanwege deze (zeer) specifieke omstandigheden oordeelde het Hof dat de rechtspositie van Glencore *rechtstreeks* door de beschikking werd geraakt.

99 Rechtbank 26 november 2002, Sep (Norsk Hydro); rechtbank 11 december 2002, NOS & HMG (De Telegraaf).

100 Zie zaak 26/76, Metro I.

besluit ten aanzien van dat contract. In mededingingsrechtelijke terminologie: de bij een overeenkomst betrokken onderneming aanmerken als belanghebbende bij een besluit ten aanzien van het mededingingsbeperkende karakter van die overeenkomst lijkt logisch. Dit is in uitspraken van de rechter echter niet expliciet bevestigd, en is, gelet op de uitspraken die er wel zijn, niet helemaal evident. Zo is de professionele dienstverlener, die klaagt over beknellende contractvoorwaarden in een algemene branchebrede regeling, *niet* als belanghebbende aangemerkt (weliswaar reeds omdat zijn belang niet een onderscheiden belang betreft, zie par. 3.2.2).<sup>101</sup> Nu kan men gemakkelijk volhouden dat de bestaande, individuele, contractpartij, die over een vermeende mededingingsbeperkende overeenkomst klaagt, een andere positie inneemt dan een van de vele vakgenoten die gebonden zijn aan een brancheregeling. De eerste zal derhalve toch ook in het nationale recht wél als belanghebbende worden aangemerkt, in ieder geval wanneer hij over deze overeenkomst klaagt.<sup>102</sup> Ook in het EG-recht wordt die individuele contractpartij als klachtgerechtigd beschouwd.<sup>103</sup> Of de bestaande contractpartij ook belanghebbende is bij een besluit ten aanzien van de betreffende overeenkomst terwijl hij daartoe geen klacht had ingediend, is echter een open vraag. In het EG-recht zijn daartoe wel aanwijzingen te vinden, aangezien zelfs een potentiële contractpartij die wordt uitgesloten van deelname aan een distributiesysteem, als rechtstreeks en individueel geraakt beschouwd wordt bij een ontheffingsbeschikking van de Commissie ten aanzien van het desbetreffende distributiesysteem.<sup>104</sup>

– *Kritische kanttekening*

De uitspraken over de afgeleidbelanghebbende zijn weliswaar in overeenstemming met de algemene uitleg van het belanghebbendebegrip, maar zijn vatbaar voor kritiek. Ten eerste in algemene zin. Zoals hiervoor genoemd (par. 2.1), gaat de algemene discussie in de Nederlandse doctrine ook over de vraag of de uitleg van het belanghebbendevereiste voor de afgeleidbelanghebbende niet te restrictief is.<sup>105</sup> In een mededingingsrechtelijke context zou men goed kunnen volhouden dat deze derde zich op het mededingingstoneel toch in zekere mate onderscheidt van andere marktdeelnemers, zodat hem onder omstandigheden wel degelijk toegang zou moeten worden geboden. Dit geldt des te sterker in die gevallen waarin de wel directbelanghebbende, bijvoorbeeld de contractpartner, een *contraire* belang heeft.<sup>106</sup> Ten tweede dient te worden opgemerkt dat in het EG-recht aan het contractuele belang meer waarde lijkt te worden toegekend dan in de nationale context. In het EG-mededingingsrecht worden in ieder geval ook potentiële contractpartijen toegelaten. Dit geldt

---

101 Rechtbank 22 december 2005, Assurantietussenpersonen.

102 Maar vreemd genoeg zijn er volgens mij geen uitspraken over mededingingsrechtelijke klachten in individuele contractuele relaties.

103 Vgl. de voorbeelden genoemd bij Kerse & Khan 2005, p. 76-77.

104 Zaak 75/84, Metro II, waarin Metro overigens wel betrokken was in de ontheffingsprocedure door opmerkingen in te dienen over de ontheffingsaanvraag, zie Arnulf 1995, p. 31.

105 Zie o.a. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 82; De Poorter 2004 a, p. 157-158; Pront-van Bommel 2002, p. 123-124; Vermeulen 2001, p. 237. Maar zie (veel minder kritisch) ook Embregts 2005.

106 Vgl. ook Handboek Awb, aant. 8.2 bij art. 1:2 Awb; De Poorter 2004 a, p. 154.

zowel voor de klager die klaagt over uitsluiting – waarin het nationale recht zich niet van het EG-recht onderscheidt – als voor de contractpartij bij andere besluiten, hetgeen derhalve een ruimere toegang lijkt te impliceren dan op nationaal niveau. Ook in meer algemene zin lijkt in EG-rechtelijk verband belang te worden gehecht aan een contractuele relatie als het gaat om de kring van beroepsgerechtigden.<sup>107</sup> Deze ook specifiek mededingingsrechtelijke jurisprudentie wordt door de nationale mededingingsrechter niet genoemd, waardoor sprake is van een zekere divergentie in de toegang. Voor het knelpunt van de afgeleidbelanghebbende zijn verschillende oplossingen mogelijk, die hierna in par. 3.4, zullen worden aangestipt.

#### 3.2.4 Klagers

De klager heeft in het mededingingsrecht een belangrijke functie. Diens rol is met name in het EG-mededingingsrecht en oorspronkelijk vooral door jurisprudentie van het Hof over een periode van 40 jaar geïnstitutionaliseerd en geconsolideerd. Dit geldt in veel mindere mate voor de klager in het nationale mededingingsrecht, waar deze figuur in het kader van de Awb diende te worden ingepast.

##### – Klagers in het EG-systeem

In het EG-rechtelijk systeem is de klager bij de afwijzing of buitentoepassingverklaring van zijn klacht steeds individueel en rechtstreeks geraakt. De toegang als klager tot de Commissie betreft echter niet een *actio popularis*. Een klager dient over een ‘rechtmatig belang’ te beschikken, alvorens als zodanig te kunnen worden aangemerkt.<sup>108</sup> Het begrip ‘rechtmatig belang’ dient te worden onderscheiden van het begrip ‘rechtstreeks en individueel geraakt zijn’: op EG-niveau is er derhalve, anders dan het uitgangspunt dat op nationaal niveau geldt, geen sprake van eenzelfde ‘belanghebbende-begrip’ in alle fasen van een procedure. Desalniettemin geldt dat als de klager eenmaal als klager is toegelaten, er vervolgens ook vrijwel steeds een recht op toegang tot de rechter zal zijn. In die zin zijn de begrippen wel verbonden.<sup>109</sup> Wat onder een rechtmatig belang wordt verstaan, is ook volgens de Commissie niet geheel duidelijk, omdat jurisprudentie hierover schaars is.<sup>110</sup> In ieder geval, zo stelt de Commissie, kunnen ondernemingen een rechtmatig belang aanvoeren wanneer ‘zij op de relevante markt actief zijn of wanneer het gedrag waarop de klacht betrekking heeft hun belangen rechtstreeks kan schaden’. Dat geldt voor partijen bij een

---

107 Zie de conclusie van A-G Stix-Hackl 20 maart 2003, in zaak C-13/01, Safalero. Het Hof houdt zich in zijn arrest op de vlakke over de relevantie hiervan, maar als de redenering van de A-G zou worden gevolgd, dan zou dit ‘betekenen dat we de uitleg van ons belanghebbende-begrip moeten doordelen’, aldus De Moor-van Vugt & De Poorter 2004. Vergelijk ook het terloops genoemde ‘schade als gevolg van een contract’ dat belanghebbendheid kan opleveren, in gev. zaken T-213 & 214/01, Österreichische Postsparkasse, ov. 115.

108 Zie artikel 7, lid 2 van Verordening 1/2003. Een klager die geen rechtmatig belang heeft kan nog wel informatie verstrekken aan de Commissie, maar heeft dan niet de rechten die een klager heeft. Zie de Mededeling klachten van de Commissie.

109 Zie Arnulf 1995, p. 33; Kerse & Khan 1997, p. 217-218; Kerse & Khan 2005, p. 469; Vesterdorf 1994, p. 82.

110 Vgl. Mededeling klachten, punt 34.

overeenkomst (bestaande contractpartijen), concurrerende ondernemingen en ondernemingen die van een distributiesysteem zijn uitgesloten.<sup>111</sup> Ook geldt dit voor consumentenverenigingen en soms ook voor individuele consumenten, ‘wier economische belangen rechtstreeks worden geschaad omdat zij de kopers zijn van goederen of diensten die het voorwerp van een inbreuk zijn’.<sup>112</sup> Ook in de literatuur zijn verschillende omschrijvingen van de groep klachtgerechtigden te vinden. Daaruit kan worden afgeleid dat een vrij ruim begrip wordt voorgestaan.<sup>113</sup>

In ieder geval omvat de klachtgerechtigde groep contractpartijen, maar ook een derde ‘who can show that it is suffering, or likely to suffer, injury or loss directly from the alleged infringement’ wordt als klachtgerechtigd aangemerkt.<sup>114</sup> Daarnaast wordt wel gesteld dat het gaat om een ieder die onder nationaal recht een actie tot schadevergoeding zou kunnen indienen.<sup>115</sup> Oud-rechter (in het Hof van Justitie) Vesterdorf stelt dat sprake is van een rechtmatig belang voor een onderneming ‘which can demonstrate a risk that it will suffer direct loss as the result of an alleged infringement (...)’.<sup>116</sup> De klager moet laten zien dat hij ‘on the balance of probabilities’ een ‘reasonably direct and substantial interest’ heeft bij de uitkomst van de klachtprocedure.<sup>117</sup>

– *Klachtgerechtigde is ruimer dan ‘belanghebbende’*

Uit de jurisprudentie, de doctrine en de mededeling over de behandeling van klachten van de Commissie kan worden afgeleid dat de kring van klachtgerechtigden ruimer is dan het Awb-begrip belanghebbende. Daar komt bij dat, zoals gezegd anders dan in het nationale recht, er niet een complete overlap bestaat tussen de categorie ‘rechtstreeks en individueel geraakt’ en de ‘klachtgerechtigde’. De klachtgerechtigde maakt wel deel uit van de groep rechtstreeks en individueel geraakten, maar de begrippen hebben geen gelijke betekenis omdat het indienen van een klacht de latere belanghebbendheid mede kan bepalen.<sup>118</sup> De vraag is derhalve wat deze ruimere invulling betekent voor de nationale context.

– *Convergentie: de klacht als aanvraag*

In dat verband dient ten eerste te worden opgemerkt dat een klacht in het systeem van de Mededingingswet door de rechtbank en het CBb als *aanvraag* over de toepassing van artikel 56 Mw (het opleggen van een boete of last onder dwangsom en ondertussen ook een bindende aanwijzing) is gekwalificeerd, zelfs als de klacht

---

111 Mededeling klachten, punt 36.

112 Mededeling klachten, punt 37; zie ondertussen ook gev. zaken T-213 & 214/01, Österreichische Postsparkasse.

113 Het idee rijst dat ‘establishing a legitimate interest is not particularly difficult’, aldus Forbes Pirie 2000, p. 112.

114 Kerse & Khan 2005, p. 75.

115 Temple Lang 1988, p. 177.

116 Vesterdorf 1994, p. 79 (cursief AG).

117 Vesterdorf 1994, p. 80.

118 Andersom kan een onderneming die niet klaagde, maar wel (bijvoorbeeld) contractpartij is, door een Commissiebeschikking toch rechtstreeks en individueel geraakt zijn.

niet direct is gericht op het verkrijgen van een sanctiebesluit.<sup>119</sup> Dat wil zeggen: er is sprake van een aanvraag als de klacht is ingediend door een belanghebbende. Daarbij heeft de NMa weliswaar een discretionaire bevoegdheid om al dan niet inhoudelijk op de klacht te beslissen (zie hoofdstuk 8) maar wordt aan de klager die belanghebbende is de procedurele rechten van een aanvrager onder de Awb gegund. Voor het aanmerken van de klacht als aanvraag om toepassing van handhavingsbevoegdheden lijkt geen andere verklaring te kunnen worden gevonden, dan gelegen in convergentie met het EG-rechtelijke systeem van de geïnstitutionaliseerde klacht (zie ook hoofdstuk 8, par. 2.1). Het gevolg van het aanmerken van de klacht als aanvraag is ook dat de ‘oorspronkelijke klager’ in vervolgproucedures steeds als belanghebbende moet worden aangemerkt.<sup>120</sup>

– *Convergentie: een ruimer belanghebbendebegrip voor sommige klagers*

Het is dus van belang om te weten wanneer de klager belanghebbende is. Nu in het EG-mededingingsrecht een bredere uitleg wordt gegeven aan het klachtgerechtigd zijn dan in het nationale recht aan het Awb-belanghebbendebegrip wordt gegeven, en in het EG-recht ook de procedurele rechten van de klager de toegang tot de rechter beïnvloeden, is het van belang na te gaan of het zijn van klager het belanghebbendebegrip ook in het nationale mededingingsrecht beïnvloedt. Anders geformuleerd: wordt die interpretatie door de procedurele houding van de klager mede bepaald?<sup>121</sup> Is sprake van een onder invloed van het EG-recht afwijkende interpretatie van het belanghebbendebegrip?

De nationale jurisprudentie lijkt in ontwikkeling te zijn. Een eerste antwoord op de vraag of de proceshouding van een derde zijn belanghebbendestatus beïnvloedt, is dan ook dat dit *in beginsel* niet zo is. De belanghebbendheid van de klager wordt primair beoordeeld aan de hand van zijn status als concurrent, consument, of collectieve organisatie (zie daarover par. 3.2.1, par. 3.2.2, par. 3.2.3 en hierna, par. 3.2.5). Dit betekent dat als de klager afgeleidbelanghebbende is, of wanneer zijn belang zich niet onderscheidt van de belangen van anderen, hij over het algemeen geen belanghebbende is, ook niet als hij, al dan niet als enige, een klacht indient. Zoals het CBb stelt: het indienen van een klacht is niet voldoende om als belanghebbende te worden aangemerkt, daar moet ‘nog iets bijkomen’.<sup>122</sup> Er zijn echter aanwijzingen voor een meer genuanceerd antwoord. Een eerste aanwijzing daartoe is te zien in de zaak

---

119 In een overweging ten overvloede wees de rechtbank 11 september 2002, Vodafone Libertel en Unipart, erop dat volgens haar vaste jurisprudentie een klacht in het stelsel van de Mededingingswet moet worden aangemerkt als een verzoek om ten aanzien van degene op wiens handelen of nalaten de klacht betrekking heeft, toepassing te geven aan artikel 56 Mw. Daarmee is volgens de rechtbank echter niet gezegd dat het oogmerk van de klager ook moet zijn dat daadwerkelijk handhavend wordt opgetreden.

120 CBb 3 juli 2008, Aesculaap en CBb 3 juli 2008, AUV.

121 Zie over deze verbinding ook Arnall 1995, p. 11 en p. 31, die stelt dat dit ook in het Amerikaanse administratieve recht een reden is voor *locus standi*. Vgl. ook A. Ward 2007, p. 301-305. Het niet indienen van een klacht staat in ieder geval ook in de Nederlandse context in de weg aan het vervolgen meeliften in een beroepszaak, zie CBb 3 juli 2008, Aesculaap en CBb 3 juli 2008, AUV.

122 CBb 21 maart 2006, Elektroburo Vos I.

Carglass, waarin het CBb in ieder geval de belanghebbende klager ook als belanghebbende aanmerkt bij het al dan niet opleggen van een boete of last onder dwangsom (zie ook hiervoor, par. 3.2.1).

Het CBb stelt in het bijzonder dat de enkele omstandigheid dat Glasgarage *een klacht* had ingediend, nog onvoldoende was om haar als belanghebbende bij het besluit aan te merken. Glasgarage is echter *als concurrent* van Carglass in belangrijke mate aangewezen op de markt waarop volgens Glasgarage het litigieuze handelen van Carglass invloed heeft. Gelet op deze omstandigheden, *in onderlinge samenhang bezien*, was Glasgarage, volgens het CBb, terecht als belanghebbende aangemerkt.<sup>123</sup> Het CBb wijst daarbij op de wetsgeschiedenis, maar stelt ook dat een andere opvatting ertoe zou leiden ‘dat de rechtspositie van klagers in Nederlandse mededingingszaken verder dan gewenst zou afwijken van die van klagers in Europese mededingingszaken, terwijl de wetgever juist een grote mate van aansluiting tussen het Nederlandse en het Europese mededingingsrecht voor ogen stond’.<sup>124</sup>

De daadwerkelijke verruiming wordt bevestigd in de uitspraak in de zaak Elektroburo Vos. Daarin stelde Elektroburo Vos beroep in tegen de afwijzing van een ontheffing (vanwege het niet van toepassing zijn van de Mededingingswet) voor een regeling van EnergieNed én diende hij over die regeling een klacht in bij de NMa. Wat het ontheffingsbesluit betreft, werd Vos niet als belanghebbende aangemerkt (zie par. 3.2.3). Maar wat betreft de klacht stelt het CBb dat ‘mede gelet op de doelstellingen van de Mw’ de uitleg van het belanghebbendebegrip ‘anders ligt’.<sup>125</sup>

Het CBb overweegt dat ‘de enkele omstandigheid dat appellante een *klacht* bij de NMa heeft ingediend op zich *onvoldoende* [is] om haar als belanghebbende bij de beslissing naar aanleiding van de klacht aan te merken. Om een eigen, persoonlijk belang aan te nemen dient hier *iets bij* te komen. Naar het oordeel van het College is in het geval van appellante daarvan sprake. Appellante heeft verzocht om handhavend optreden van de NMa tegen een gedraging van de energiebedrijven die, naar zij stelt, leidt tot een verstoring op de markt waarop elektrotechnische installatiebureaus activiteiten ontplooiën. Deze markt is eveneens de markt waarop appellante, *als concurrent* van deze elektrotechnische installatiebureaus, met haar onderneming actief is (...)’.<sup>126</sup>

---

123 CBb 17 november 2004; voor de rechtbank (11 maart 2003) was de hoedanigheid van direct concurrent voldoende om de klager, Glasgarage, als belanghebbende aan te merken.

124 Het College geeft geen rechtstreeks antwoord op de vraag of Glasgarage ook belanghebbende zou zijn geweest bij een ambtshalve genomen besluit, maar uit de woorden ‘in onderlinge samenhang bezien’ zou kunnen worden afgeleid dat het CBb de klacht belangrijk vindt voor deze beoordeling. Dat is, gezien de grotere lijn in uitspraken, wel enigszins verwonderlijk. Ook in het geval van een ambtshalve besluit is Glasgarage nog steeds *concurrent*, wat in beginsel genoeg zou moeten zijn voor belanghebbendestatus. Echter, het gaat in casu om een besluit over het (niet) opleggen van een sanctie en daar zijn, zoals gezegd, in de literatuur enkele onduidelijkheden over opgeworpen die kort gezegd erop neerkomen dat het de vraag is of bij sanctiebesluiten alleen de onderneming aan wie de sanctie al dan niet wordt opgelegd, belanghebbende kan zijn, en hoe de aanvrager in dit verband moet worden beoordeeld.

125 CBb 21 maart 2006, Elektroburo Vos I.

126 CBb 21 maart 2006, Elektroburo Vos I (cursief AG).

– *Convergentie in de Vos-verruiming*

Deze uitspraken en daarop volgende uitspraken van de rechtbank<sup>127</sup> betekenen een verruiming van het belanghebbendebegrip voor specifieke situaties. Uit de uitspraken kan bovendien worden afgeleid dat belanghebbendheid kan verschillen al naar gelang het type besluit, hoewel dezelfde gedraging onderwerp kan zijn. Een onderneming kan derhalve geen belanghebbende zijn bij een besluit op een ont-heffingsaanvraag, maar wel als belanghebbende worden aangemerkt bij een besluit omtrent zijn klacht ten aanzien van dezelfde gedraging. Maar een klacht is nog steeds onvoldoende om belanghebbendheid aan te nemen; een klager strandt op het vereiste van een persoonlijk belang, tenzij er ‘iets bij komt’. Het bijkomende ligt niet in een hoedanigheid van afnemer of consument, zoals het zijn van frequent vliegreiziger,<sup>128</sup> maar in de omstandigheid dat de gedraging waarover wordt geklaagd, invloed heeft op de concurrentiepositie van de klager.

Daarbij valt op dat deze uitleg wordt gemotiveerd door te verwijzen naar het doel van de Mededingingswet. Die is ontegenzeggelijk bedoeld ter bescherming van concurrentiebelangen. De uitleg wordt niet gemotiveerd door te verwijzen naar de bredere betekenis die aan het klachtgerechtigd zijn in het EG-mededingingsrecht wordt toegekend, hoewel onder een extensieve uitleg van de verwijzing naar de ‘doelstellingen van de Mededingingswet’<sup>129</sup> ook de door ‘de wetgever gewenste aansluiting’<sup>130</sup> bij het EG-recht kan worden begrepen. Wel verwijst het CBb ter onderbouwing van de Vos-verruiming naar de al genoemde Carglass-uitspraak, waarin de convergentie met het EG-rechtelijke systeem van behandeling van klachten als belangrijke overweging naar voren wordt gebracht. De Vos-verruiming brengt convergentie met de EG-rechtelijke toegang mee door het hanteren van een ruimer belanghebbendebegrip wanneer sprake is van een klacht die betrekking heeft op een gedraging die de concurrentiepositie van de klager raakt. Er is sprake van een zekere afwijking van de algemene Awb-interpretatie, in de richting van het EG-rechtelijke begrip van klachtgerechtigde, omdat de klager in beide systemen, door de wettelijke materiële convergentie een specifieke rol toebedeeld heeft gekregen (zie ook hoofdstuk 8). De convergentie is niet helemaal expliciet, maar kan niet anders worden geïnterpreteerd dan als het gevolg zijnde van de materiële wettelijke convergentie.

– *De Vos-verruiming en de consument-klager*

Een *consument* die klaagt, is, zoals eerder bleek, geen belanghebbende, omdat hij geen onderscheiden belang heeft (zie par. 3.2.2). Er zijn, volgens de rechtbank in de eerder dan de CBb-uitspraak in Elektroburo Vos gewezen Postbussen-zaak, ook geen redenen van ‘strategische aard’ om voor het mededingingsrecht een ruimere interpretatie te volgen, inhoudende dat ‘iedere contractpartij die ten aanzien van een bepaalde onderneming een verzoek doet om toepassing van artikel 56 van de Mededin-

---

127 Zie rechtbank 5 februari 2007, Fysiotherapeuten en rechtbank 5 februari 2007, Mondhygiënist.

128 Het CBb verwijst naar de zaken over vliegtarieven (zie hiervoor bij consumenten als belanghebbende), en een zaak over de Elektriciteitswet (CBb 6 juli 2005, Westeraam).

129 CBb 21 maart 2006, Elektroburo Vos I.

130 CBb 17 november 2004, Carglass.

gingswet als belanghebbende zou worden aangemerkt<sup>7</sup> – met andere woorden, iedere klager.<sup>131</sup>

Er zijn drie redenen voor de rechtbank om geen verruiming aan te nemen. In de eerste plaats omdat onder artikel 1:2, eerste lid, Awb, een zekere beperking ten opzichte van de ruimst mogelijke opvatting van belanghebbende noodzakelijk wordt geacht om de uitvoering van de administratieve wetgeving en de in dat kader plaatsvindende procedures efficiënt en slagvaardig te doen verlopen. De rechtbank acht deze argumentatie ook relevant voor de toepassing van de Mededingingswet. In de tweede plaats vindt de rechtbank het relevant dat de uitleg van het belanghebbendebegrip in overeenstemming is met de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie. Tot slot acht de rechtbank het van belang dat klachten van niet-belanghebbenden de NMa ook aanleiding kunnen geven tot het ambtshalve instellen van een onderzoek.<sup>132</sup>

Op de redenering van de rechtbank in deze zaak, en in het algemeen op het uitsluiten van de consument als belanghebbende klager, is mede in het licht van de door de rechters bedoelde aansluiting met het EG-recht kritiek mogelijk. Ten eerste beperkt de rechtbank de toegang voor consumenten (in ieder geval mede) vanwege rechts-economische redenen: de groep is zó groot, dat het individu uit die groep geen onderscheidend belang heeft. Daar staat tegenover dat de *kwantiteit* van het aantal getroffen belanghebbenden geen rol zou mogen spelen; het gaat om de kwaliteit van het geschonden belang.<sup>133</sup> Bovendien, enige verruiming van het belanghebbende-begrip betekent nog niet een ‘ruimst mogelijke’ opvatting. Ook in het Europese mededingingsrecht, zo stelt het Gerecht, is een puur om rechtseconomische redenen uitsluiten van een bepaalde groep van het belanghebbendebegrip niet houdbaar.<sup>134</sup> Ten tweede is de redenering dat voor een afwijkende interpretatie voor de Mededingingswet geen ruimte zou zijn in het algemeen, maar zeker in het licht van de Vos-verruiming, evenmin houdbaar.<sup>135</sup> Zoals hiervoor naar voren gebracht, is het bovendien de vraag of de aansluiting bij het EG-recht (nog) wel correct is. Dat geldt voor de uitsluiting van de klager-contractpartij, maar ook voor de uitsluiting van de consument-eindgebruiker (zie par. 3.2.2).

Het is zeer verdedigbaar om in het licht van de convergentiegedachte die het CBb ten grondslag legt aan de Vos-verruiming, ook voor de consument-eindgebruiker af te wijken van de strikte algemene Awb-interpretatie. Het CBb wijst immers op de doelstelling van de Mededingingswet als een van de gronden voor verruiming van het belanghebbendebegrip. Onder die doelstelling kan, zo blijkt ook uit Europese jurisprudentie, de uiteindelijke bescherming van de welvaart van de consument worden verstaan (zie par. 3.2.2). Deze doelstelling geldt ook voor een nationale context, waar bovendien als bijkomend coherentieprincipe (zie hoofdstuk 4, par. 4) het ‘zoveel mogelijk aansluiten bij het EG-mededingingsrecht’ zou kunnen worden

---

131 Rechtbank 9 augustus 2001, Postbussen.

132 Rechtbank 9 augustus 2001, Postbussen.

133 Vgl. De Poorter 2001, p. 288; Arnulf 1995, p. 10-11.

134 Gev. zaken T-213 & 214/01, Österreichische Postsparkasse, ov. 117.

135 Vgl. Konijnnebelt 2003.



begrepen. Derhalve is een verruiming, in de zin van het toelaten van een ‘eindklant die aantoonbaar dat hij door de mededingingsbeperking in zijn economische belangen is of kan worden geschaad’,<sup>136</sup> in overeenstemming met de algemene lijn van de ontwikkeling van de nationale mededingingsjurisprudentie.<sup>137</sup> De vraag hoe de legitieme wens tot beperking van de toegang zich verhoudt tot deze gewenste verruiming, komt hierna (in par. 3.4) nader aan de orde.

### 3.2.5 *Collectieve en algemene belangenbehartiging*

De bescherming van collectieve en algemene belangen wordt in algemene zin in de Awb gereguleerd.<sup>138</sup> Deze regeling geldt ook in het mededingingsrecht. Daarnaast kent de Mededingingswet een specifieke bepaling voor consumentenorganisaties, neergelegd in artikel 1, onder p, en artikel 93, lid 3 Mw.

#### *– Artikel 1:2 derde lid Awb*

Op basis van artikel 1:2, lid 3 Awb kunnen rechtspersonen opkomen voor algemene of collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun werkzaamheden in het bijzonder behartigen.<sup>139</sup> Het vereiste van rechtspersoonlijkheid wordt niet altijd strikt toegepast. Informele verenigingen kunnen ook onder artikel 1:2, lid 3 Awb worden ontvangen, hoewel er wel enige eisen worden gesteld aan dergelijke groeperingen.<sup>140</sup> Ook de overige eisen voor belanghebbendheid gelden: een collectief kan opkomen voor de belangen die zij behartigt als die belangen *rechtstreeks* worden getroffen door een besluit.<sup>141</sup> De toevoeging ‘in het bijzonder’ maakt dat het belang van een organisatie niet te algemeen mag zijn in relatie tot het belang waarvoor in het concrete geval wordt opgekomen.<sup>142</sup> Artikel 1:2, lid 3 Awb wordt in mededingingszaken uitgelegd overeenkomstig de algemene Awb-jurisprudentie.<sup>143</sup> Het maakt dan ook niet uit dat het belang dat wordt behartigd, *contraire* is

---

136 Gev. zaken T-213 & 214/01, Österreichische Postsparkasse, ov. 114.

137 Van belang daarbij is natuurlijk de interpretatie van het in een ‘economisch belang geschaad’ worden. Daarbij is de vraag hoe ver dit kan doorsijpelen op een downstream-markt om nog als belanghebbend te kunnen worden aangemerkt (zie de kanttekeningen van Kellerbauer & Repa 2007, p. 297-305). Toch levert ook een ‘narrowly construed’ vereiste voor een legitiem belang (ibid., p. 305) een verruiming op van belanghebbendheid zoals dat in de Nederlandse context wordt toegepast. Hoewel in een andere context, stelt ook Van Male 1992, p. 25 dat adequate rechtsbescherming betekent ‘een zodanige regeling van het beroepsrecht dat personen met een materieel gewaarborgde rechtspositie hun aanspraken ter beoordeling aan een rechter kunnen voorleggen (...)’.

138 Zie hierover bijv. Schlössels 2004 a, p. 103-125.

139 Zie o.a. De Poorter 2004 a, p. 170-183.

140 Standaarduitspraak hierover is de uitspraak ‘milieugroep Venray’, Vz ABRvS 11 augustus 1976, Gst. 1976, 6417. 6 (m.nt. Kan). Zie ook Schlössels 2003; en verder: Van Male 1992, p. 54-55; De Poorter 2004 a, p. 170-171; en kritisch: J.E.M. Polak 1999 b. Recentelijk is de interpretatie van belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 3 Awb door de Afdeling strenger geworden, in de zin dat een ruime statutaire doelstelling ‘te veelomvattend is om op grond daarvan te kunnen oordelen dat het belang (...) rechtstreeks is betrokken’, RvS 1 oktober 2008, JB 2008/239, m.nt. RJNS.

141 Zie Handboek Awb aant. bij 1:3 Awb; zie PG Awb I, p. 49.

142 Daarmee heeft de wetgever willen voorkomen dat politieke partijen, die zich in de regel tot doel stellen het algemeen belang te behartigen, aangemerkt kunnen worden als belanghebbenden.

143 Het is nog niet duidelijk of de hiervoor genoemde strengere lijn van de Raad van State zal worden gevolgd.

aan de belangen van de rechtstreeks betrokkenen. Aan de vereisten van belanghebbendheid moet ook dan worden voldaan.<sup>144</sup>

Dit betekent dat bijvoorbeeld de Vereniging Vrije Vogel als belanghebbende werd aangemerkt bij het besluit over haar klacht, gericht tegen vermeend misbruikelijk gedrag van de KLM. De Vereniging had zich ten doel gesteld om 'zich in te zetten voor de economie en de bereikbaarheid van de Nederlandse Antillen en Aruba in de ruimste zin des woords, het verbeteren en vergroten van de luchtvaartverbindingen van en naar de Nederlandse Antillen en Aruba, het bevorderen van de kwaliteit van de dienstverlening van de luchtvaartmaatschappijen in verhouding tot de prijs der vluchten en het behartigen van de belangen van haar leden'.<sup>145</sup> Ook werd de vereniging Horeca Nederland ontvangen in haar klacht.<sup>146</sup> Buiten de klachtprocedure is een voorbeeld van een ontvangen beroep dat van de vereniging MKB die werd ontvangen in haar beroep tegen de vergunning voor de fusie tussen KBB en Vendex.<sup>147</sup> Vergelijkbaar is ook het aanmerken als belanghebbende van de Nederlandse Vakbond Varkenshouders bij een fusie tussen verschillende slachterijen.<sup>148</sup>

In de zaak Shiva, die een klacht had ingediend tegen vermeend misbruik van KLM en SLM op de vliegroute Amsterdam-Paramaribo, werd Shiva *uiteindelijk* echter niet als belanghebbende aangemerkt, omdat het belang dat zij behartigt volgens de statuten niet in het bijzonder gericht is op dit doel.<sup>149</sup>

– *Geen expliciete convergentie, geen afwijkende regeling; kritische kanttekening*  
De toegang voor collectieve organisaties in het EG-(mededingings)recht komt niet ter sprake in de nationale mededingingsuitspraken. Spontane convergentie met de EG-rechtelijke toegang voor collectieven had in de bovenstaande gevallen waarin de organisaties niet werden toegelaten tot de rechter ook vrijwel zeker niet geholpen.<sup>150</sup> In algemene zin wordt wel gesteld dat het EG-recht voor een organisatie die collectieve of ideële belangen wil behartigen via de rechter, weinig uitkomst biedt.<sup>151</sup> Maar daarbij moet worden opgemerkt dat in het EG-mededingingsrecht consumentenorga-

---

144 Vgl. rechtbank 20 september 2000, Wegener & VNU, met de voorzieningenrechter rechtbank 17 december 1998, MKB (Vendex & KBB), en rechtbank 19 april 2007, NVV.

145 Rechtbank 13 december 2004; CBb, 11 november 2005.

146 Rechtbank 10 januari 2005, Sena.

147 President rechtbank 17 december 1998, MKB (Vendex & KBB); en hierover Noë 1999.

148 Rechtbank 19 april 2007, NVV.

149 CBb 16 januari 2007, Shiva II.

150 In het EG-mededingingsrecht worden verenigingen als voldoende geïndividualiseerd gezien om tot een procedure te worden toegelaten wanneer aan de vereniging op basis van een communautair voorschrift een procedurele bevoegdheid toegekend wordt; wanneer de vereniging belangen vertegenwoordigt van ondernemingen die zelf rechtstreeks en individueel geraakt zijn, in welk geval wel alle betrokkenen als zodanig moeten kunnen worden aangemerkt, of wanneer het eigen belang van de vereniging, met name als onderhandelaar, is beïnvloed door de beslissing; zie hierover met name Lenaerts & Arts 2003, p. 226-227; en Barents 2005, p. 291-293, beide met uitgebreide jurisprudentieverwijzingen. Shaw 2000, p. 507 geeft in algemene zin aan dat problemen zich vooral voordoen bij het rechtstreeks raken (omdat het 'eigen' belang van een vereniging aan de orde moet zijn, niet de collectieve belangen die zij behartigt), maar ook (p. 511) dat het vereiste van individueel raken ten aanzien van collectieve belangenbehartigers streng wordt toegepast.

151 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 58.

nisaties welwillender lijken te worden behandeld dan ondernemersverenigingen,<sup>152</sup> terwijl zij in het Nederlandse recht, voorafgaand aan de 2007 wetwijziging, hetzelfde leken te worden behandeld (zie hierna). De uitspraken zijn dus niet alleen in overeenstemming met de algemene Awb-uitleg, maar bieden over het algemeen ook gelijke toegang als aan collectieven in het EG-recht wordt geboden. Dat neemt niet weg dat juist hier voorbeelden zijn te zien van het zo kritisch beschouwde opstapelen van uitspraken over de niet-materiële kant van de zaak.<sup>153</sup>

Een beschuldiging van formalisme geldt met name voor de zaak Shiva, die niet als belanghebbende werd aangemerkt terwijl ondertussen de Vereniging Vrije Vogel wél als belanghebbende werd aangemerkt en de (pragmatischer handelende) NMa had aangegeven met de later geleverde stukken op grond van het gelijkheidsbeginsel ook Shiva te willen aanmerken als belanghebbende.<sup>154</sup>

– *De ‘werknemersvereniging’ van bij een fusie betrokken ondernemingen*

In de fusiezaak tussen Wegener en VNU kwamen zowel de Nederlandse Journalisten Vereniging, de redactiecommissie van journalisten, als enkele individuele journalisten op tegen het besluit dat voor de fusie geen vergunning was vereist. Geen van hen werd als belanghebbende aangemerkt (zie voor de individuele werknemers par. 3.2.3).<sup>155</sup>

De Nederlandse Journalisten Vereniging werd onder artikel 1:2, lid 3 Awb niet als belanghebbende aangemerkt, omdat de ontvankelijkheid strandde op het ‘collectieve’ van de belangenbehartiging: volgens vaste jurisprudentie dient de inzet van de NJV te zijn gericht op de behartiging van het belang van de leden (althans een relevant deel van de leden) gezamenlijk en niet slechts op de behartiging van het belang van een of enkele leden, zoals in dit geval.<sup>156</sup>

---

152 Vgl. zaak T-37/92, BEUC (en overweging 11 van Verordening 773/2004); met zaak T-114/92, BEMIM; en hierover Kerse & Khan 1997, p. 218-224; Kerse & Khan 2005, p. 78.

153 In algemene zin wordt de vraag wel gesteld of een soepeler benadering niet mogelijk is. Zie bijv. het kritische commentaar van Damen 2005. Dit contrasteert met de juist ingezette lijn van de Afdeling in RvS 1 oktober 2008, JB 2008/239, zoals hiervoor genoemd. Zie eveneens streng, over de VNG als belanghebbende in het kader van een Elektriciteitswet-zaak, CBb 6 juli 2005, Westeraam.

154 De rechtbank stelt in eerste instantie dat er geen sprake is van belanghebbendheid (rechtbank 11 maart 2003, Shiva I). In hoger beroep vernietigt het CBb die uitspraak en geeft de rechtbank de opdracht na te gaan of een bepaalde statutenwijziging, die door de NMa en de rechtbank niet is meegenomen in de beoordeling van belanghebbendheid, rechtsgeldig is (CBb 20 februari 2004, Shiva I). De rechtbank neemt die taak op zich, maar het blijkt niet gemakkelijk om dit na te gaan. Shiva is een Surinaamse stichting en dient vervolgens volgens de rechtbank te bewijzen dat de statutenwijziging (waardoor zij inderdaad wel de desbetreffende belangen in het bijzonder zou behartigen) overeenkomstig Surinaamse wetgeving is openbaar gemaakt. Dat lukt Shiva niet; de Surinaamse overheid bewaart geen originele exemplaren van het ‘Advertentieblad’, en wil het feit dat die originele exemplaren niet meer beschikbaar zijn, ook niet in een verklaring vastleggen. Shiva dient wel een kopie in bij de rechtbank. Dat is volgens de rechtbank echter onvoldoende en zij verklaart het beroep ongegrond, omdat Shiva geen belanghebbende is (rechtbank 26 augustus 2005, Shiva II). In hoger beroep bevestigt het CBb deze uitspraak (CBb 16 januari 2007, Shiva II). Zie over de eerdere CBb-uitspraak al kritisch Schlössels 2004 c.

155 Rechtbank 20 september 2000, Wegener en VNU.

156 Rechtbank 20 september 2000, Wegener en VNU. Maar zie voor een relativisering van deze ‘vaste rechtspraak’ RvS 23 augustus 2006, JB 2006/291, m.nt. van Schlössels, en Schlössels 2008.

Het is onder de Awb ook mogelijk dat los-vaste collectieven belanghebbende zijn als elk van zijn leden als belanghebbende kan worden aangemerkt. In dat geval is er eigenlijk geen belang van de vereniging als collectief, maar van een bundeling van individuele belangen op grond van artikel 1:2, lid 1 Awb.<sup>157</sup> Dat hielp de redactie-commissie niet, omdat er geen sprake was van een eigen belang.<sup>158</sup>

Het Europese mededingingsrecht is soms juist voor werknemersverenigingen ruimhartiger. Het Gerecht heeft aanvaard dat erkende werknemersvertegenwoordigers van een bij een *concentratie* betrokken onderneming individueel worden geraakt, omdat de concentratieverordening hen aanmerkt als derden met voldoende belang voor het maken van opmerkingen bij de Commissie. Als ze daadwerkelijk bij de voorprocedure betrokken zijn geweest, zijn zij ook rechtstreeks geraakt.<sup>159</sup> Ook heeft de Commissie kennelijk een werknemersorganisatie beschouwd als behorende tot de *klachtgerechtigde* kring.<sup>160</sup> Maar voor de NVJ en de redactiecommissie van de bij de fusie betrokken kranten helpt dat niet. Niet alleen omdat mogelijke convergentie in de uitspraak van de rechtbank niet aan de orde komt, maar ook omdat het maar de vraag is of de ruimere ontvankelijkheid op EG-niveau voor werknemersorganisaties ook voor de NVJ of voor een lossier verband als een redactiecommissie wél tot ontvankelijkheid zou hebben geleid.

– *Consumentenorganisaties als belanghebbende*

Consumentenorganisaties worden sinds de wetwijziging van 2007 geacht steeds belanghebbende te zijn bij besluiten genomen op grond van de Mededingingswet.<sup>161</sup> Deze wijziging maakt de toepassing van de Awb niet overbodig, nu niet alle collectieve belangenbehartigers als consumentenorganisatie kunnen worden aangemerkt. Daarvoor dient in de statuten te worden opgenomen dat zij als doel hebben het behartigen van de collectieve belangen van consumenten. De wijziging past in de lijn om de consumentenwelvaart als centrale doelstelling van de Mededingingswet te waarborgen, wat op EG-niveau reeds is bevestigd in de jurisprudentie (zie par. 3.2.2), maar is enigszins strijdig met het door de Afdeling uitsluiten van collectieven met een te ruim geformuleerde doelstelling (zie hiervoor). Het aanmerken van consumentenorganisaties als categoriaal belanghebbende is ook in overeenstemming met de ontwikkeling op Europees niveau, hoewel zij daar blijkens de wetsgeschiedenis niet expliciet op is gebaseerd. De bepaling is nog niet in uitspraken aan de orde gekomen en blijft hier verder buiten beschouwing.

---

157 Zie ook rechtbank 11 maart 2003, Comité Verlaging Vliegtarieven Suriname.

158 Rechtbank 20 september 2000, Wegener en VNU.

159 Zaak T-12/93 R, CCE; zie o.a. Vesterdorf 1994, p. 82; Shaw 2000, p. 517. Dat neemt niet weg dat de ruimte voor het aanvoeren van beroepsgronden beperkt is tot de daadwerkelijke waarborging van de procedurele rechten van de werknemersorganisatie.

160 Zie Vesterdorf 1994, p. 80.

161 Zie wetwijziging 2007, kamerstukken EK 30071 B en C; over deze wijziging Nijs 2007 en (kritisch) Mok 2008.

### 3.3 Procesbelang

In geen van de mededingingsrechtelijke uitspraken waarbij over procesbelang wordt gedelibereerd, is de aansluiting op of beïnvloeding door het EG-recht aan de orde. Noch via spontane convergentie met mededingingsrechtelijke uitspraken van het Hof (via parallelisme), noch via de lijn van effectieve rechtsbescherming wordt daaraan in de uitspraken aandacht besteed. Er is geen sprake van divergentie; de houding van de rechter ten opzichte van dit vereiste is zowel op nationaal als op Europees niveau vrij soepel.<sup>162</sup> Tegelijkertijd stemmen de Nederlandse begrippen ‘procesbelang’ en ‘belanghebbende’ niet helemaal overeen met de onderwerpen ‘procesbelang’ en ‘rechtstreeks en individueel geraakt zijn’ op Europees niveau (zie par. 2.2.2). Het concept van procesbelang wordt kennelijk als geheel ‘nationaal’ beschouwd en overigens ook als onproblematisch. In de uitspraken van de bestuursrechter wordt dan ook evenmin afgeweken van de algemene Awb-interpretatie van het vereiste van procesbelang.<sup>163</sup>

Zo wordt procesbelang aangenomen wanneer een oordeel van de bestuursrechter relevant kan zijn voor een nog te starten civiele schadevergoedingsactie (tegen een onderneming),<sup>164</sup> of juist, als beschuldigde onderneming, bij een dreigende civiele terugvorderingsactie.<sup>165</sup> Maar gestelde schade, opgelopen door gedrag van de NMa, levert niet altijd een procesbelang op.<sup>166</sup> Ook kan, net als in de algemene Awb-interpretatie, het procesbelang hangende de procedure verdwijnen.<sup>167</sup> Ten slotte is het overeenkomstig vaste jurisprudentie dat procesbelang ontbreekt wanneer het beroep niet is gericht tegen het besluit als zodanig, maar tegen de overwegingen waarop het rust.<sup>168</sup> Dat laatste kan ook gelden voor overwegingen van de rechtbank.<sup>169</sup>

Het overgangsrecht levert specifiek mededingingsrechtelijke stof voor uitspraken over procesbelang op. Dit geldt zowel voor het ‘oude’ overgangsrecht (van Wem naar Mededingingswet) als voor het ‘nieuwere’ overgangsrecht (van ontheffing naar rechtstreeks

---

162 Vgl. Van der Berg 2004, p. 47.

163 Zie over procesbelang in algemene zin bijv. Van Male 1992, p. 65; Schreuder-Vlasblom 2008, p. 210-219. Voor procesbelang in de fase bij de NMa: Van der Berg 2004, p. 43 e.v.

164 Rechtbank 26 november 2002, Sep (Norsk Hydro). Er is geen procesbelang indien de schadevergoedingsactie niet kan slagen, zie rechtbank 18 juni 2003, VVV; CBb 26 mei 2004, Vodafone Libertel.

165 Rechtbank 29 mei 2002, X (Amicon). Vgl. ook rechtbank 9 maart 2004, Allibre. Dit geldt ook voor procesbelang van de NMa, zie CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

166 *Geen* procesbelang bij een vordering met betrekking tot aantasting van ‘eer en goede naam’ of vanwege schade als gevolg van verificatie: rechtbank 11 maart 2003, en voorzieningenrechter CBb 5 augustus 2003, Carglass. *Wel* procesbelang is er bij een uitspraak over een besluit dat een transactie als afzonderlijke concentratie diende te worden aangemeld, terwijl hangende beroep die aanmelding inderdaad plaatsvindt en de NMa daarna tot het oordeel komt dat voor die fusie geen vergunning is vereist, indien een verzoek wordt gedaan om veroordeling van de schade (bestaande uit de kosten van de extra melding): rechtbank 3 april 2002, UTC (waarin de rechtbank dit ambtshalve vaststelt). Ook dit is conform vaste jurisprudentie, aldus Van der Berg 2004, p. 43.

167 Bijv. rechtbank 18 juni 2003, VVV I; CBb 5 december 2001, Wegener; rechtbank 22 december 2004, VBB (SIMN II); en rechtbank 23 juli 2008, Aannemings- & Transportbedrijf Oomen.

168 Zie o.a. rechtbank 4 december 2001, SSV; rechtbank 6 februari 2002, Muziekscholen Roosendaal; rechtbank 25 februari 2002, Schuitema-Ahold; rechtbank 11 maart 2003 en voorzieningenrechter CBb 5 augustus 2005, Carglass.

169 Zie CBb 5 december 2001, Wegener; CBb 17 november 2004, Carglass.

werkende uitzondering van artikel 6, lid 3 Mw).<sup>170</sup> Verder zijn er nog enkele andere specifiek mededingingsrechtgerelateerde uitspraken over procesbelang, die echter evenmin afwijken van de algemene interpretatie.<sup>171</sup>

Van belang is nog wel dat de rechtbank ook *strategische overwegingen* aan een oordeel over procesbelang ten grondslag kan leggen.<sup>172</sup>

De rechtbank oordeelt dat VBBS procesbelang heeft bij een beroep tegen een voorlopig oordeel (dat vervolgens niet als besluit wordt aangemerkt), hoewel het waarom enigszins cryptisch is: 'omdat uit wat in beroep wordt aangevoerd was gebleken dat wat in bezwaar was aangevoerd niet definitief was'.<sup>173</sup> De reden voor het aannemen van procesbelang lijkt hier veeleer te kunnen worden gevonden in het feit dat de rechtbank graag wilde oordelen over het besluitkarakter van het voorlopige oordeel (en dat kan wel geïnspireerd zijn door het Europese recht, waar voorlopige oordelen evenmin als voor beroep vatbare besluiten worden aangemerkt – zie par. 5.8).

### 3.4 Deelconclusie, knelpunten en oplossingen

Uit de bovenstaande analyse van mededingingsrechtelijke uitspraken ten aanzien van het belanghebbendebegrip kunnen enkele algemene lijnen worden gedestilleerd met betrekking tot de vraag of sprake is van convergentie met het EG-recht en eventuele afwijking van de algemene Awb-interpretatie.

#### – Een gemengd beeld ten aanzien van convergentie

De analyse van uitspraken over het belanghebbendebegrip in het mededingingsrecht levert ten aanzien van de vraag of sprake is van convergentie – waarmee de verwachting in ieder geval voor dit onderwerp zou worden waargemaakt dat materiële convergentie leidt tot procedurele convergentie (zie hoofdstuk 1, par. 3) – een gemengd beeld op. Wat sommige groepen belanghebbenden betreft, wordt niet afgeweken van de algemene Awb-interpretatie en deze interpretatie stemt ook grotendeels

---

170 Wel procesbelang onder het 'oude' overgangsrecht: rechtbank 7 maart 2005, Eredivisie; geen procesbelang in CBb 26 mei 2004, Vodafone Libertel; en CBb 12 januari 2000, Vereniging het Nederlands Uitgeversverbond. Wat het 'nieuwere' overgangsrecht betreft, stelt de minister dat sprake is van procesbelang bij een uitspraak over een afgewezen ontheffingsaanvraag na inwerking-treding van artikel 6, lid 3 Mw. Dit betreft in feite een principiële uitspraak (omdat immers niet verkregen kan worden wat werd gevraagd, namelijk een ontheffing) waarbij over het algemeen geen sprake is van procesbelang. Het CBb (28 oktober 2005, Modint) stelt in een dergelijk geval overigens dat het belang is gelegen in het verkrijgen van een oordeel over de toepassing van artikel 6 Mw, zonder verdere verwijzingen.

171 Wel procesbelang indien een partij beroep instelt tegen aan de concentratie verbonden voorwaarden, ook al is hij het eens met het besluit om een vergunning te verlenen, rechtbank 20 september 2000, Wegener; rechtbank 21 juni 2001, Essent; en hierover Leeftang & Mortelmans 2001, p. 20. Eveneens procesbelang bij een uitspraak over de door de NMa betrokken stelling dat een non-concurrentiebeding niet als nevenrestrictie kon worden aangemerkt: rechtbank 13 november 2002, Gilde. Ook procesbelang indien een onderneming die geen partij is bij een concentratie is geraakt door een aan een concentratie verbonden voorschrift, zie rechtbank 31 mei 2005, Elektriciteitsfusie.

172 Dit lijkt in algemene zin een bij rechterlijke colleges meer voorkomend verschijnsel; zie bijv. Fallon Jr. 2004.

173 Rechtbank 24 januari 2000, VBBS I.

overeen met de toegang in het Europese administratieve recht. Dit geldt voor de toelating van (potentiële) *concurrenten* (zie par. 3.2.1). Het geldt ook, hoogstwaarschijnlijk althans, voor de *contractpartij* die klaagt over het mededingingsbeperkende karakter van de desbetreffende overeenkomst. Naar EG-recht wordt over het algemeen dan ook niet verwezen, hoewel voorstelbaar is dat voor de interpretatie van het belanghebbendebegrip in relatie tot deze groepen van belanghebbenden in het Europese mededingingsrecht wel aanknopingspunten te vinden zijn. De verklaring voor deze convergentie is echter niet de wettelijke materiële convergentie, maar de gelijkheid van de algemene toegangsregels op Europees en nationaal niveau: er is sprake van een alternatieve verklaring voor de gelijke toegang (vergelijk hoofdstuk 3, par. 4.4). Voor andere betrokkenen, en voor het vereiste van procesbelang (zie par. 3.3), lijkt het Europese mededingingsrecht in het geheel geen inspiratie te bieden. Daarbij geldt voor collectieven dat de toegang op EG-niveau over het algemeen ook restrictiever is (zie par. 3.2.5). Het kan zijn dat het niet verwijzen naar communautaire equivalenten bij de beoordeling van de vraag of concurrenten, contractpartijen of collectieven belanghebbenden zijn of bij de vraag naar procesbelang, is ingegeven doordat de rechter deze onderwerpen als puur ‘nationale’ aangelegenheden beschouwt. Dat lijkt voor onderwerpen als procesbelang en collectieve belangenbehartigers meer voor de hand te liggen dan voor (bijvoorbeeld) de concurrent als belanghebbende, omdat het laatste onderwerp dichter tegen het onderliggende materiële mededingingsrecht aanschuurt, en ook omdat het onderwerp bij wijze van spreken lepeltje-lepeltje ligt met onderwerpen waarvoor de mededingingsrechter zich wel mede baseert op de Europese mededingingsrechtelijke interpretatie van het belanghebbendebegrip, zoals de *klager* als belanghebbende.

Op verschillende punten is duidelijk dat de nationale rechter wel inspiratie zoekt, en vindt, in het EG-recht. Het kan daarbij gaan om aansluiting bij het algemene EG-recht, zoals bij het in principe toestaan van de ‘uitzondering’ voor belanghebbenden in een specifieke sociaal-economische context. Dan is er eerder sprake van *congruentie* dan van *parallèllisme*. Congruentie is niet beperkt tot het mededingingsrecht, maar wordt ook in algemene zin in het bestuursrecht gezien (zie hoofdstuk 3, par. 4.3). De convergentie betreft ook spontane convergentie in de vorm van *parallèllisme*: het aansluiten bij de Europese mededingingsrechtelijke toegang, die verklaard kan worden door de onderliggende wettelijke materiële convergentie. Daarmee wordt de verwachting dat materiële convergentie leidt tot procedurele convergentie ondersteund door dit onderzoek. Dat neemt niet weg dat de convergentie incompleet is. Het beeld blijft gemengd, omdat de toegang voor sommige groepen belanghebbenden in het EG-recht ruimer blijft, ondanks expliciete aansluiting door de nationale rechter. Dit laatste betreft in ieder geval de *consument-contractpartij* die onder de Awb geen individueel belang heeft (zie par. 3.2.2). Voor deze consument is de Europeesrechtelijke toegang, zo zij al niet ruimer was, in ieder geval ondertussen ruimer geworden. Ruimere Europeesrechtelijke toegang is ook bevestigd voor *consumenten-eindgebruikers*. Hier geldt dat de toelating als belanghebbende op nationaal niveau beperkter is dan de ruimere toelating, als behorend tot de kring van klachtgerechtigden op Europees niveau (zie par. 3.2.2 en par. 3.2.4).

Het meest vérgaande voorbeeld van convergentie als het gaat om de interpretatie van het belanghebbendebegrip betreft de *Vos-verruiming* (zie par. 3.3.4). Met deze verruiming voor bepaalde groepen klagers, namelijk de klager die over een gedraging klaagt die gevolgen heeft voor zijn concurrentiepositie, wordt onder verwijzing naar de doelstellingen van de Mededingingswet en onder aansluiting bij het EG-mededingingsrecht afgeweken van de algemene Awb-interpretatie. Die algemene interpretatie zou hen geen voldoende onderscheiden belang of slechts een afgeleid belang gunnen.

Het beeld wat de convergentie betreft, is derhalve diffuus. Er is geen consistente lijn. Het gebrek aan consistentie kan als belangrijk specifiek mededingingsbestuursrechtelijk kritiekpunt naar voren worden gebracht; sterk uitgedrukt komt een coherente uitleg van het belanghebbendebegrip in gevaar. Daar kunnen algemene kritische opmerkingen aan worden toegevoegd, die in het kader van de huidige discussie over de toekomst van de rechtsbescherming in Nederland hun plaats krijgen. Twee belangrijke punten komen naar voren: de uitsluiting van afgeleidbelanghebbenden, en de uitsluiting van consumenten-eindgebruikers.

#### – *Afgeleidbelanghebbenden*

Wat afgeleidbelanghebbenden betreft, luidt de vaak geuite algemene kritiek dat in veel gevallen, zeker waarin het belang van de afgeleidbelanghebbende contrair is aan het belang van de primaire belanghebbende, het geen recht doet aan de economische werkelijkheid om de afgeleidbelanghebbende de toegang tot de rechter te ontzeggen. Derhalve wordt bijvoorbeeld door de VAR-Commissie Rechtsbescherming voorgesteld door aan ‘een ieder die door het besluit in voldoende mate wordt getroffen in een relevant en rechtmatig belang’ toegang tot de rechter te gunnen.<sup>174</sup> Dat zou aan afgeleidbelanghebbenden in het mededingingsrecht eveneens toegang tot de bestuursrechter bieden.<sup>175</sup> Ook in het licht van de eis die uit effectieve rechtsbescherming voortvloeit van een voldoende toegang, voor de juiste kring van personen in het licht van de onderliggende materiële wetgeving, zou deze toegang niet onlogisch zijn. Ook in de Europese mededingingsrechtelijke praktijk wordt meer belang gehecht aan het in een contractuele relatie ontstaan van een belang dan onder de Awb over het algemeen het geval is.<sup>176</sup> Het convergentieargument wordt door de rechter ten aanzien van het belanghebbendebegrip in het kader van de toegang van klagers (feitelijk) gebruikt als argument voor afwijking van het algemene bestuursrecht. Naar analogie daarvan kan ook in dit geval de toegang worden uitgebreid zonder wetswijziging, voorzover deze toegang op EG-niveau al wel wordt geboden. Vooruitlopend

---

174 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 103.

175 Embregts 2005 komt met het tegenargument dat het hier gaat om een civielrechtelijk belang, maar een gang naar de civiele rechter kan in ieder geval niet leiden tot hetzelfde resultaat als toegang tot de NMa/bestuursrechter.

176 Het zou ook tegemoet komen aan de spanning die hier zou kunnen worden gesignaleerd in verband met het EG-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming, waar zelfs zonder contractuele relatie kan worden aangenomen dat een beroepsrecht moet worden geboden, zie zaak C-55/06, Arcor, in o.a. AB 2008/326.



op de evaluatie in het licht van het beginsel van effectieve rechtsbescherming in hoofdstuk 9 dient hierbij te worden opgemerkt dat hoewel convergentie (normatief) onvoldoende argument biedt voor afwijking van de algemene lijn – convergentie alleen om de convergentie is onvoldoende basis voor een dergelijk afwijken – een coherent systeem van toegang een dergelijke convergentie kan vereisen. Coherentie, als eis voortvloeiende uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming, slaat in dit verband op een systeem waarbij de toegang op nationaal niveau en Europees niveau gelijk is, wat van belang is vanwege de nauwe materiële verwevenheid van het rechtsgebied. Als de toegang tekort schiet en zij kan wel door convergentie worden verleend, dan is ook in het licht van de eis van coherentie, dergelijke convergentie gewenst.

– *Consumenten*

Hiervoor werd gesignaleerd dat er frictie bestaat tussen de consument-eindgebruiker en het mededingingsrecht. Deze is gelegen in de uitsluiting van consumenten van de kring van beroepsgerechtigden, omdat hun een individueel belang wordt ontzegd, terwijl tegelijkertijd in het mededingingsrecht het waarborgen van de consumentenwelvaart hoog in het vaandel staat. De algemene kritiek die wordt geuit op het beperkte belanghebbendebegrip, heeft niet specifiek betrekking op de individuele consument-eindgebruiker, hoewel in algemene zin wel consensus lijkt te bestaan dat enerzijds de toegang tot de rechter geen *actio popularis* moet zijn, om zo het rechtstelsel als geheel te beschermen,<sup>177</sup> maar anderzijds overwegingen van kwantitatieve aard niet in de weg behoren te staan aan het toelaten van personen wier belang kwalitatief bij het besluit is betrokken. Opnieuw vanuit effectieve rechtsbescherming bezien is deze uitsluiting niet in overeenstemming met de eis van voldoende toegang, wat moet worden beoordeeld in het licht van de materiële wetgeving. Ook hier geldt bovendien vanuit een gezichtspunt van een coherente toegang, dat op het uitsluiten van de consument-eindgebruiker kritiek kan worden uitgeoefend: zij kent in het EG-mededingingsrecht een ruimere toegang, in ieder geval in haar hoedanigheid van klager bij de Commissie, dan in de algemene Awb-interpretatie.

Voor deze frictie zijn verschillende oplossingen mogelijk. Ten eerste via de uitbreiding van het belanghebbendebegrip, zoals eerder voorgesteld: het criterium of iemand ‘een voldoende en relevant rechtmatig belang heeft’.<sup>178</sup> Dat maakt de willekeurige rekeninghouder, of een willekeurige klant van een supermarkt, nog niet tot belanghebbende, maar breidt de toegang wel uit. Het probleem van deze oplossing is echter dat zij niet is gericht op een ruimere toegang van individuele consumenten en daardoor de groep waarvoor de Mededingingswet mede is bedoeld, buiten beeld laat, tenzij een wel erg soepele interpretatie van het ‘voldoende’ belang wordt gebezigd. Een tweede oplossing ligt in het invoeren van een relativiteitsvereiste (in

---

177 Maar dat gevaar moet niet worden overdreven, aldus De Poorter 2001, p. 289: ‘daarnaast kunnen we ons afvragen of een andere invulling (...) überhaupt wel tot zo’n overbelasting van het bestuurlijk en rechterlijk apparaat zou leiden’. Bovendien geldt de vraag, zoals Arnulf 1995, ook stelt, waarom dit in een volwassen rechtstaat nog een argument zou mogen zijn.

178 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 103.

de zin van een toegangsvereiste), zodat consumenten, wier belangen de Mededingingswet beoogt te dienen, als belanghebbende worden aangemerkt. Het probleem daarvan is echter dat een relativiteitsvereiste in het algemeen als weinig aantrekkelijk wordt bestempeld en wellicht niet in overeenstemming is met het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming. Een sectorspecifieke invoering, alleen voor het mededingingsrecht, zou kunnen worden overwogen, wat gezien de verbinding tussen mededingingsrecht en consumentenwelvaart niet ondenkbaar is, maar wel wetgevend de actie vergt. Bovendien is er, zoals genoemd, nog wel een gradueel verschil tussen consumentenwelvaart en het individuele consumentenbelang. Een derde oplossing betreft de Europese dimensie bij de discussie en is eveneens specifiek mededingingsrechtelijk. Zo kan overeenkomstig de Vos-verruiming voor dit aspect aansluiting gezocht worden bij het belang dat in de EG-rechtelijke jurisprudentie in het mededingingsrecht aan de individuele consument-eindgebruiker wordt toegekend. Daarbij kan ook de communautaire idee dat betrokkenheid in de voorprocedure het belanghebbende-zijn kan beïnvloeden, worden betrokken, zodat een stormloop op de rechter minder waarschijnlijk wordt.<sup>179</sup> Dat betekent in ieder geval dat de consument die een klacht indient, of anderszins actief in een procedure is betrokken – en die een voldoende en relevant rechtmatig belang heeft, ofwel een ‘eindklant die aantoonbaar dat hij door de mededingingsbeperking zijn economische belangen is of kan worden geschaad’<sup>180</sup> – dáárdóór geïndividualiseerd wordt.<sup>181</sup> De groep blijft bovendien beheersbaar, omdat niet elke consument de moeite zal doen een klacht in te dienen: dát is nu juist wat déze postbushouder individualiseert ten opzichte van de overige postbushouders.<sup>182</sup> Zoals in hoofdstuk 9 zal blijken, verdient deze oplossing mijns inziens de voorkeur.

#### 4 BEROEPSMOGELIJKHEDEN

In deze paragraaf ga ik kort in op het besluitbegrip (par. 4.1) en het daaraan equivalente EG-rechtelijke begrip ‘handeling’ (par. 4.2).

---

179 Zie ook Arnulf 1995, p. 11 en p. 31, over de koppeling tussen actief in de voorprocedure en recht op toegang tot een rechter. Dit is kennelijk een in de VS geaccepteerde houding: ‘here it is desirable that those who participated in that process thus have standing to challenge the act in question. Not only does this promote the public interest in observance of the law by the administration, it also helps to ensure that due account is taken by the administration of interests that were intended by the legislature to be borne in mind. In this sense, it may be seen as conducive to a healthy democracy by promoting public participation in the decision-making process.’

180 *Gev. zaken T-213 & 214/01, Österreichische Postsparkasse.*

181 Van Male 1992, p. 30 stelt dat ‘burgers niet zonder reden de tussenkomst van de rechter zullen inroepen. Het is weinig reëel ervan uit te gaan dat zij zich in de eerste plaats zullen laten leiden door querulantisme of juridisch altruïsme. Aannemelijker is dat zij zullen opkomen voor hun eigen feitelijke belangen’.

182 Bovendien blijft de NMa bevoegd tot het voeren van een prioriteringsbeleid, zie hoofdstuk 8, par. 3.1.

## 4.1 Het besluitbegrip van de Awb

### 4.1.1 Besluit, uitbreidingen en beperkingen

Een besluit is een schriftelijke beslissing, afkomstig van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.<sup>183</sup> Een rechtshandeling is gericht op rechtsgevolg, indien daardoor een wijziging in de rechtspositie, in de rechten en plichten van de betrokkene, teweeg wordt gebracht. Het laatste wordt vastgesteld aan de hand van een objectieve beoordeling van de rechtshandeling en niet aan de hand van de bedoeling van het bestuursorgaan. De voor het mededingingsrecht belangrijkste *species* van besluiten is de beschikking. Dat is een besluit dat niet van algemene strekking is (artikel 1:3 lid 2 Awb). De Awb voorziet in een uitbreiding van het beroepsrecht naar handelingen die eigenlijk geen besluiten zijn. Relevant voor dit hoofdstuk is de uitbreiding van artikel 6 lid 2 Awb, die inhoudt dat beroep open staat tegen de schriftelijke weigering een besluit te nemen, waaronder mede wordt verstaan dat tegen de schriftelijke afwijzing van een verzoek van een niet-belanghebbende beroep openstaat.<sup>184</sup> De Awb bevat daarnaast ook beperkingen. Voor dit proefschrift relevant is dat geen beroep open staat tegen voorbereidingshandelingen, beslissingen inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit (artikel 6:3 Awb), noch tegen beleidsregels (artikel 8:2 Awb). Ook in Awb-jurisprudentie is sprake van uitbreidingen van het besluitbegrip. Zowel jurisprudentie betreffende rechtsoordelen als jurisprudentie over het zelfstandig schadebesluit zijn hiervan voorbeelden. De rechtsoordelen-jurisprudentie is ook voor dit hoofdstuk relevant. In deze lijn van uitspraken worden oordelen van een bestuursorgaan voor bezwaar en beroep met een besluit gelijk gesteld als dat uit rechtsbeschermingsoogpunt wenselijk is – geen rechtsbescherming openstellen zou onredelijk bezwarend zijn. Het is echter niet altijd duidelijk wanneer sprake is van een rechtsoordeel.<sup>185</sup>

---

183 Het vereiste van schriftelijkheid spreekt voor zich. Wat een bestuursorgaan is, blijkt uit artikel 1:1 Awb. De raad van bestuur van de NMa (voorheen de d-g NMa) is bestuursorgaan in de zin van de Awb. Het vereiste van publiekrechtelijkheid betreft (o.a.) de gegrondheid in een publiekrechtelijk wettelijk voorschrift. Deze elementen zijn in mededingingsrechtelijke uitspraken verder niet aan de orde.

184 Zie Damen e.a. 2002, p. 106-109. Kennelijk bestaat er over dit laatste enige controverse, vergelijk met Damen e.a. bijvoorbeeld Van Wijk e.a. 2002, p. 183. In het mededingingsrecht is duidelijk dat de klager die geen belanghebbende is, in beroep kan tegen de afwijzing van zijn verzoek om handhaving, aangezien deze afwijzing op grond van artikel 6:2 onder a Awb met een besluit wordt gelijkgesteld, vgl. De Poorter 2000, p. 38.

185 Voorwaarden voor de kwalificatie van een rechtsoordeel als besluit lijken te zijn: 1) het oordeel heeft betrekking op een toekomstige situatie; 2) er moet sprake zijn van een rechtshandeling, wat enige interpretatieruimte of beoordelingsvrijheid impliceert; 3) er moet een koppeling zijn met een bevoegdheid tot het nemen van besluiten; 4) afwezigheid van rechtsbescherming stuit op overwegende bezwaren of is onredelijk bezwarend. Zie bijv. CBb 13 augustus 2002, AB 2003/38, m.nt. JHvdV; ABRvS 16 november 1998, AB 1999/1426; CBb 29 augustus 1995, AB 1995/525, m.nt. JHvdV; CBb 21 juli 1998, AB 1998/437, m.nt. JHvdV. Ook direct aan het communautaire recht, vooral verordeningen, ontleende bevestigingen worden wel als rechtsoordeel aangemerkt. Zie ook Schlössels 2003 b; Schreuder-Vlasblom 2008, p. 91-95.

#### 4.1.2 Ontwikkelingen

Na de totstandkoming van de Mededingingswet werd vanuit mededingingsrechtelijke hoek kritiek geuit op het te strakke keurslijf dat de Awb zou zijn, met name ook wat het besluitbegrip betreft en de formalistische benadering daarvan door de (mededingings)rechters.<sup>186</sup> Er lijkt echter een zekere gewenning op te treden.<sup>187</sup> Ook is ondertussen veel onduidelijkheid over het besluitkarakter van beslissingen van de NMA weggenomen door rechterlijke uitspraken. Voorzover de kritiek inhoudt dat onder de Awb altijd en eerst ambtshalve de toegangsvragen moeten worden beantwoord,<sup>188</sup> en het besluitbegrip voor het reguleren van toegang bovendien niet voldoet, heeft zij een vergelijkbaar karakter als die op het belanghebbendebegrip. Deze kritiek is niet specifiek mededingingsrechtelijk; de algemene discussie over de toekomst van rechtsbescherming heeft ook betrekking op het besluitbegrip. De daarbij geuite kritiek is – zeer kort – als volgt samen te vatten: het besluitbegrip als ingangseis voor het bestuursproces voldoet niet altijd.<sup>189</sup> Deze stelling lijkt breed te worden onderschreven,<sup>190</sup> hoewel ‘afschaffing van het besluit’ minder populair is, en slechts door een enkeling wordt voorgesteld.<sup>191</sup> Dat het gebruiken van het besluitbegrip als toegangseis tot de bestuursrechter kan leiden tot ingewikkelde redeneringen, het in stukjes knippen van de rechtsgang, en tot vreemde situaties waarin soms *wel* en in vergelijkbare gevallen *niet* bij de bestuursrechter geprocedeerd kan worden, lijkt geen punt van discussie te zijn.

Zo zijn er voorstellen gedaan om naast de ingang via het besluitbegrip in een vernietigingsprocedure een *verzoekschriftprocedure* in te stellen, waarmee de meeste van deze problemen zouden kunnen worden ondervangen.<sup>192</sup> Deze verzoekschriftprocedure, zo blijkt, kan breed of veel minder breed van opzet zijn. Een brede opzet zou bijvoorbeeld niet alleen verzoeken om schadevergoeding als gevolg van besluiten of feitelijke handelingen, maar ook verklaringen voor recht kunnen omvatten. Dat is niet de weg die is ingeslagen door de studiegroep die aan de minister een voorontwerp voor een regeling heeft aangeboden.<sup>193</sup> Het voorontwerp bevat een regeling voor nadeelcompensatie – die positief is ontvangen, maar in dit proefschrift verder buiten beschouwing wordt gelaten<sup>194</sup> – en een regeling voor vergoeding van schade via een verzoekschriftprocedure. Maar de verzoekschriftprocedure is beperkt tot schade veroorzaakt door een onrechtmatig besluit of handelingen ter voorbereiding

---

186 Zie bijv. Van Angeren & Polak 2000, p. 146; Verslag van een studiemiddag 1999; Brouwer & Schilder 1999, p. 1317. Minder kritisch Van der Meulen 1999 a.

187 Vgl. Van der Meulen 2003.

188 Het besluitkarakter wordt ambtshalve getoetst (zie bijv. rechtbank 1 mei 2003, Broadcast I (Digitenne); rechtbank 3 april 2002, UTC).

189 Zie bijv. de discussie rond ‘de Stelling’ in NJB 2003/20, o.a. door Allewijn e.a. 2003. Ook Schlössels 2003 b; J.E.M. Polak 1999 a; VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004.

190 Anders: Daalder 1998, p. 190; Stroink 1999.

191 Bijv. door Tak 2005. Zie hierover o.a. Schreuder-Vlasblom 2004; Schreuder-Vlasblom 2006.

192 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 82-84.

193 Voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad, mei 2007; te vinden op <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen>.

194 Zie De Graaf & Marseille 2007; SER-advies van 4 oktober 2007.

van een onrechtmatig besluit, en betreft dus geen schade als gevolg van *feitelijk handelen*. Voor het mededingingsrecht zal hierna blijken dat dit een relevant punt is. De competentieregeling tussen civiele rechter en bestuursrechter is in het voorstel niet heel helder, een punt dat ook is bekritiseerd.<sup>195</sup>

Het voorontwerp gaat uit van een gedeelde competentie. Voor sommige materiële bestuursrechtelijke gebieden – het financieel economisch recht en fiscaal recht – is de bestuursrechter steeds bevoegd. Voor verzoeken die schadevergoeding van meer dan 5000 euro betreffen, is de civiele rechter bevoegd. Voor het overige is er een keuze om ofwel de civiele rechter te adieren, ofwel via de nieuwe verzoekschriftprocedure de bestuursrechter, die normaal bevoegd zou zijn in beroep tegen het desbetreffende besluit. Voor het mededingingsrecht zou dit derhalve de exclusief bevoegde rechtbank in Rotterdam zijn, met in hoger beroep het Cbb. De SER heeft in zijn advies voorgesteld de vergoedingsgrens te laten vervallen, en steeds de bestuursrechter bevoegd te verklaren om een verzoekschrift ter vergoeding van schade te ontvangen. Ook dat zou in het mededingingsrecht steeds de rechtbank in Rotterdam zijn, met in hoger beroep het Cbb.

Voor het mededingingsrecht is dit relevant, omdat de Awb van toepassing is. Uitbreiding van de toegangsmogelijkheden, in die zin dat naast het vernietigingsberoep een zelfstandige algemene verzoekschriftprocedure of een beperkte verzoekschriftprocedure in de zin van het voorontwerp mogelijk zou zijn, kan ook aan een deel van de specifiek mededingingsrechtelijke kritiek tegemoet komen. Vanuit een convergentieperspectief is een bestuursrechtelijke schadevergoedingsingang bovendien interessant, omdat het onderscheid tussen civiele rechter en bestuursrechter op Europees niveau niet, althans niet op ‘nationale’ wijze bestaat. Op EG-niveau beslist dezelfde instelling in mededingingsrechtelijke administratieve vernietigingsberoepen en in schadevergoedingsacties op basis van het mededingingsrecht. Deze voorstellen komen derhalve in het navolgende ook terug.

## 4.2 Het besluit en het Europese recht

Het EG-recht kan in ieder geval op twee manieren invloed uitoefenen op het besluitbegrip van de Awb. Ten eerste via het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming (par. 4.2.1), en ten tweede via spontane convergentie. Om spontane convergentie in kaart te kunnen brengen, dient te worden gezien op welke wijze de toegang tot de Europese administratieve rechter is gereguleerd (par. 4.2.2).

### 4.2.1 Effectieve rechtsbescherming en het Awb-besluit

Het EG-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming stelt geen expliciete eisen aan het besluitbegrip, maar kan daarop wel van invloed zijn.<sup>196</sup> Over het algemeen is echter ook op grond van EG-jurisprudentie een beperking van beroepsmogelijkheden gerechtvaardigd, mits in ieder geval aan de eisen van effectiviteit en

---

<sup>195</sup> Ibid.

<sup>196</sup> Zie zaak C-97/91, Borelli.

equivalentie wordt voldaan (zie hoofdstuk 2, par. 2.3.2). In de literatuur daarover wordt dan ook opgemerkt dat ‘het Awb-besluit en de daarin gehanteerde terminologie voldoende flexibel’ is om aan de eisen van het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming te voldoen.<sup>197</sup> Het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming komt in het kader van het besluitbegrip in mededingingsrechtelijke uitspraken niet expliciet aan de orde.

#### 4.2.2 *Rechtstreeks beroep bij de Europese rechter*

Beroep staat ingevolge artikel 230 EG open tegen ‘handelingen’ van, kort gezegd, de instellingen. In het mededingingsrecht gaat het vooral om handelingen van de Commissie. Het handelingsbegrip wordt door het Hof ruim opgevat en functioneel ingevuld.<sup>198</sup> Niettemin moet het gaan om een bestaande, bekende, geldende handeling.<sup>199</sup> De handeling moet bindend zijn,<sup>200</sup> op een legitieme rechtsgrond berusten, een definitief standpunt vertolken en op rechtsgevolg gericht zijn. Het omvat alle ‘maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen’, waarbij ‘de vorm waarin de handelingen of besluiten zijn gegoten, in principe van geen belang is’.<sup>201</sup>

Op rechtsgevolg gericht zijn betekent ook in het Europese administratieve recht dat de handeling ‘de belangen van een verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen, of deze ongunstig kunnen beïnvloeden door diens rechten te beperken’.<sup>202</sup> Ook in het EG-recht staat over het algemeen geen beroep open tegen voorbereidende handelingen, interne instructies, en andere niet-definitieve standpunten, zoals resoluties. De in het mededingingsrecht veel gebruikte handeling, de beschikking, is wel vrijwel steeds voor beroep vatbaar. Beschikkingen geven ‘vorm aan het individuele bestuurshandelen van de gemeenschappen’,<sup>203</sup> en zijn bestemd voor een beperkte kring van personen.<sup>204</sup> Daarbij is de aard van de handeling en niet de vorm doorslaggevend, en wordt ook door de Europese rechter soms een strategisch beschikkingbegrip gehanteerd. Een verschil met het nationale systeem is wel dat, mede omdat het EG-recht geprivilegieerde beroepsgerechtigden kent (par. 2.2.2), de verwevenheid tussen de kring van beroepsgerechtigden en de vraag waartegen zij in beroep kunnen komen, sterker is dan op nationaal niveau.<sup>205</sup>

---

197 Widdershoven e.a. 2007, p. 55; idem: Battjes 2007, p. 48. Op sommige deelterreinen kunnen echter wel duidelijk spanningen ontstaan, zie Widdershoven e.a. 2007, p. 56; Ottow 2006.

198 Zie bijv. zaak C-57/95, Frankrijk t. Commissie; Lenaerts & Arts 2003, p. 182; Kerse & Khan 2005, p. 472.

199 Zie Lenaerts & Arts 2003, p. 179-181.

200 Zaak 182/80, Grauff.

201 Zaak 60/81, IBM, ov. 9.

202 Zaak 60/81, IBM; zaak 53/85, Akzo Chemie; zie ook Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 369; Kerse & Khan 2005, p. 471-473.

203 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 242.

204 Zie gev. zaken 16 & 17/62, Fruit en Groente; Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 243.

205 Onder de Awb kan iedere belanghebbende tegen een besluit in beroep gaan. Een natuurlijke persoon of rechtspersoon kan ook in beroep gaan tegen niet-uitgezonderde besluiten van algemene strekking. In het EG-recht geldt dat rechtspersonen en natuurlijke personen alleen beroep kunnen instellen tegen beschikkingen. Voor het mededingingsrecht is dit verschil echter slechts zijdelings relevant, aangezien ook op nationaal niveau mededingingsrechtelijke beslissingen zelden de vorm krijgen van

Anders dan bij de kring van beroepsgerechtigden het geval is, is er geen specifiek voor het mededingingsrecht afwijkende, ruimere toegang dan in het algemene EG-recht; in beide gevallen is de beschikking een voor beroep vatbare handeling.

Hoewel de terminologie verschillend is,<sup>206</sup> is de kernvraag – is er sprake van rechtsgevolg – op nationaal en Europees niveau gelijk.<sup>207</sup> Dat neemt niet weg dat in de praktijk de rechtsbeschermingsmogelijkheden uiteen kunnen lopen, met name omdat de rechtsoordelen-jurisprudentie op nationaal niveau een ruimere toegang lijkt te bieden dan in het Europese administratieve recht gebruikelijk is. Anderzijds geeft ook de EG-rechter blijk van een strategische opvatting van het begrip. Bovendien, zo zal hierna blijken, worden in het EG-recht sommige beslissingen in regelgeving als beschikking aangemerkt die op nationaal niveau niet als zodanig worden gezien (zie par. 5.4).

## 5 BESLUITEN IN UITSPRAKEN VAN DE MEDEDINGINGSBESTUURSRECHTER

In de meeste mededingingsrechtelijke uitspraken is geen discussie over het rechtskarakter van de desbetreffende beslissing van de NMa te vinden. Maar ook het mededingingsrecht heeft grensgevallen waarbij dient te worden stilgestaan bij het besluitkarakter van wat wordt betwist. De grensgevallen gaan bijna steeds over de vraag of de betreffende beslissing is gericht op rechtsgevolg. Het karakter van het bestuursorgaan staat vooralsnog niet ter discussie, evenmin als het vereiste van publiekrechtelijkheid of het schriftelijkheidsvereiste. In deze paragraaf wordt bezien of voor deze grensgevallen de nationale mededingingsrechter inspiratie vindt in de Europese mededingingsrechtelijke jurisprudentie van het Hof, wiens rol in de rechtsbeschermingsketen vergelijkbaar is met die van de Nederlandse bestuursrechter voor diens interpretatie van het besluitbegrip (zie hoofdstuk 3, par. 4.1); met andere woorden, of sprake is van convergentie, met name in de vorm van parallelisme (vergelijk hoofdstuk 3, par. 4.3).

Van de vele soorten NMa-beslissingen is voor een behoorlijk aantal vastgesteld dat sprake is van een besluit. Dat geldt voor de oplegging van een boete,<sup>208</sup> het opleggen van een last onder dwangsom en de afwijzing van een aanvraag daartoe;<sup>209</sup> de voorlopige last onder dwangsom;<sup>210</sup> een ontheffing op grond van artikel 17 Mw (oud);<sup>211</sup> de (afwijzing van een) vergunning voor een concentratie.<sup>212</sup> Voor deze

---

een besluit van algemene strekking. Ook worden beslissingen over het handelingskarakter soms opgehangen aan de vraag wie in beroep kan, vgl. Battjes 2007, p. 64.

206 Benadrukt door Steyger 1999 b.

207 Idem Battjes 2007, p. 66.

208 Bijv. rechtbank 26 november 2002, Sep (Norsk Hydro); rechtbank 18 juni 2003, Notarissen Breda; rechtbank 13 februari 2004, Secon.

209 Bijv. rechtbank 11 december 2002, NOS en HMG (De Telegraaf).

210 President van de rechtbank 26 november 2003, X (NOVA).

211 Of de afwijzing van een aanvraag daartoe, bijv. rechtbank 26 september 2001, IPAS (SIMN I); rechtbank 13 november 2002, Gilde.

212 Bijv. rechtbank 20 september 2000, Wegener & VNU.

beslissingen ligt kwalificatie als besluit voor de hand. Het gaat om beslissingen waarvan in de Mededingingswet zelf wordt aangeduid dat het beschikkingen zijn of waarvan het rechtskarakter zo duidelijk is, dat daarover eigenlijk geen discussie kan bestaan. Equivalente beslissingen van de Commissie worden ook in het EG-recht aangemerkt als voor beroep vatbare handelingen. Er zijn echter ook minder voor de hand liggende gevallen, bijvoorbeeld omdat het grensgevallen betreft of omdat een vergelijking met het EG-mededingingsrecht vraagtekens oproept of omdat sprake lijkt te zijn van inconsequenties. Van enkele beslissingen is het rechtskarakter nog niet aan de orde geweest in de uitspraken van de bestuursrechtelijke mededingingsrechter, maar wel bij de civiele rechter of bij andere bestuursrechters dan de Rotterdamse, en kan – in het licht van de toets aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming en de daaruit voortvloeiende eis van een coherent en begrijpelijk systeem van toegang – de vraag worden opgeworpen of het niet zinnig zou zijn de exclusieve bevoegdheid van de bestuursrechtbank Rotterdam uit te breiden.

Hierna komen achtereenvolgens de volgende onderwerpen aan de orde: klachten en beslissingen in de klachtprocedure (par. 5.1); beslissingen binnen het concentratietoezicht (par. 5.2); rechtsoordelen (par. 5.3); beslissingen tijdens het toezicht en onderzoek (par. 5.4); openbaarmakingsbeslissingen en beslissingen over vertrouwelijkheid (par. 5.5); Wob-verzoeken (par. 5.6); en informeel beleid (par. 5.7). De paragraaf sluit af met een conclusie, die een evaluatie van de belangrijkste zich opdringende knelpunten omvat (par. 5.8). Een toetsing van de toepassing van het besluitbegrip aan het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming heeft in mededingingsbestuursrechtelijke uitspraken niet plaatsgevonden en blijft in deze analyserende paragraaf buiten beschouwing.

## **5.1 Klachtprocedure**

In de klachtprocedure zijn verschillende beslismomenten aan te wijzen, waarop de vraag kan worden gesteld of sprake is van een besluit. Een vergelijking met de procedure bij de Commissie is interessant omdat, hoewel de klacht in het handhavingssysteem van het mededingingsrecht op beide niveaus van groot belang is,<sup>213</sup> de procedurele voorschriften uiteenlopen. De centrale rol van de klacht is in het nationale bestuursrecht bovendien geen gemeengoed, zodat enige onduidelijkheid bestond over het karakter van de klacht, de klager en in deze procedure genomen beslissingen. Zodoende is het de vraag of de nationale bestuursrechter bij de kwalificatie van deze beslissingen, net zoals de rechter dat heeft gedaan voor de klageraanvrager en diens belanghebbendheid (zie par. 3.2.4), aansluiting heeft gezocht bij het EG-mededingingsrecht.

---

213 Zie Kerse & Khan 2005, p. 67.



– *Spontane convergentie*

Hiervoor is al gebleken dat een klager onder de Awb in algemene zin aanvrager is wanneer hij belanghebbende is (zie par. 3.2.4).<sup>214</sup>

De standaardoverweging ter ondersteuning van deze lijn was dat de klager een aanvraag zou hebben gedaan om handhaving van de Mededingingswet. Daarmee is echter ‘niet (...) gezegd dat het oogmerk van de klager ook moet zijn dat (...) daadwerkelijk handhavend wordt opgetreden’.<sup>215</sup> Ondertussen is de Mededingingswet gewijzigd en kan de NMa ook een bindende aanwijzing opleggen (zie artikel 56 Mw, sinds de 2007-wetswijziging). Hiermee is het *systeem* meer in overeenstemming gebracht met het EG-recht (zie hoofdstuk 8, par. 2.1).

Omdat sprake is van een aanvraag, is de beslissing om een klacht afkomstig van een belanghebbende *af te wijzen* daarmee, anders dan de NMa in de Postbussen-zaak nog betoogde, een beschikking.<sup>216</sup> Daartegen staat beroep open. Voor dit belangrijke punt is sprake van convergentie met het EG-mededingingsrecht. Ook als gevolg van de jurisprudentie van het Hof staat tegen de definitieve afwijzing van een klacht beroep open, omdat deze beslissing rechtsgevolg creëert: het onderzoek wordt daarmee gesloten.<sup>217</sup> De onderliggende systemen zijn echter niet geheel gelijk, omdat in het EG-recht iemand met een rechtmatig belang een klacht kan indienen, en hoewel dat in relatie staat met het ‘rechtstreeks en individueel raken’ door de uiteindelijke beschikking, hoeven de beide begrippen elkaar niet noodzakelijkerwijs geheel te overlappen, nu door het betrokken zijn bij een procedure het rechtstreeks en individueel geraakt zijn kan worden beïnvloed (zie par. 2.2.4). De Awb-cirkel is wel rond: een klager is aanvrager als hij belanghebbende is; de belanghebbendheid leidt ertoe dat sprake is van een besluit, waarbij hij belanghebbende is in beroep (zie par. 3.2.4). Het *toewijzen* van een klacht, in de vorm van een handhavingsbesluit, maar sinds de wetswijziging van 2007 ook in de vorm van een bindende aanwijzing, is eveneens een besluit. Dit geldt zowel op nationaal als op EG-niveau. Hoewel over de vraag wie de geadresseerde is van een dergelijk besluit in de nationale doctrine enige discussie kan ontstaan (zie par. 3.2), lijkt die discussie in het mededingingsrecht te zijn weggenomen. De rechtbank heeft bepaald dat noch het toewijzen, noch het afwijzen in een apart besluit hoeft te worden neergelegd.<sup>218</sup>

De convergentie met het EG-recht lijkt ondertussen zo vanzelfsprekend dat het mosterd na de maaltijd lijkt om hier lang bij stil te staan. Toch is het aanmerken van een klacht als een aanvraag om oplegging van bestuursdwang, in het licht van het algemene Awb-kader dat ook de Mededingingswet beheerst, toch niet geheel vanzelfsprekend geweest (zie ook hoofdstuk 8, par. 2.1). De mededingingsrechtelijke

---

214 D.w.z. dat het hier niet gaat om de klager in de zin van hoofdstuk 9 van de Awb, waarin klachten gericht *tegen* het bestuursorgaan aan de orde zijn, maar om verzoeken om toepassing van de Mededingingswet gericht tegen een derde.

215 Rechtbank 11 september 2002, Vodafone Libertel; en vgl. kritische opmerkingen van Cartigny 2003.

216 Rechtbank 9 augustus 2001, Postbussen.

217 Zaak 298/83, CICCE, en ondertussen ook artikel 7, lid 2 Verordening 773/2004.

218 Vgl. rechtbank 11 september 2002, Vodafone Libertel.

klager had immers in de Mededingingswet geen plaats gekregen, en onder de Awb wordt met 'klagen' een ander type klacht bedoeld, namelijk het klagen over een bestuursorgaan van hoofdstuk 9 Awb, dan in het mededingingsrecht.

– *Geen convergentie op procedurele punten*

Het voorgaande neemt niet weg dat, hoewel voor dit belangrijke punt sprake is van convergentie, er tussen de Awb-procedure en de communautaire procedure verschillen bestaan die kunnen leiden tot meer of minder belangrijke verschillen in rechtsbescherming; de afwijkingen van de Awb die in de Mededingingswet zijn voorzien gelden niet in een klachtprocedure, althans, niet totdat er een rapport jegens de beklagde onderneming is uitgebracht (zie hoofdstuk 4, par. 3.2). Het betreft met name de mogelijke actie op het niet reageren van de klager op een voorgenomen afwijzing van diens klacht. Daarover is bij de mededingingsbestuursrechter niet expliciet geprocedeerd, zodat ik mij hier beperk tot een enkele opmerking.

Een aanvraag kan onder de Awb *meestal* slechts worden afgewezen nadat de aanvrager daarover is gehoord, hoewel sprake is van specifieke gronden om van het horen af te zien.<sup>219</sup> Op EG-niveau moet de klager voor het *afwijzen* altijd worden gehoord.<sup>220</sup> Het horen wordt op EG-niveau ingevuld door het sturen van een artikel 7-brief door de Commissie, die geen formeel equivalent kent in de nationale procedure. Een gecommuniceerd voornemen een klacht af te wijzen, zal echter ook in de nationale context, net als de artikel 7-brief, geen besluit zijn waartegen apart in rechte kan worden opgekomen.<sup>221</sup> Op EG-niveau wordt echter het niet reageren door de klager op de artikel 7-brief met het intrekken van de klacht gelijkgesteld, zodat geen besluit hoeft te volgen.<sup>222</sup> Dat is onder de Awb niet goed mogelijk. Hoewel het EG-recht dus meer garanties biedt omtrent het horen van een klager, geeft het nationale recht meer rechtsbescherming omtrent het vervolg.

Waar de rechtbank zich wel over heeft uitgesproken, is het 'buiten behandeling laten' van een klacht. Dat kan een reactie zijn van de NMa op het niet reageren van een klager op een equivalent van de communautaire artikel 7-brief. Maar het buiten behandeling laten van een klacht is volgens de rechtbank in algemene zin 'niet wenselijk in het stelsel van de Awb'.<sup>223</sup> Op de klacht dient een besluit te volgen, en klaarblijkelijk wordt het buiten behandeling laten niet als een besluit gezien. Dat is toch enigszins opvallend, omdat dezelfde rechtbank in de context van het telecomcommunicatierecht het buiten behandeling laten *wel* als besluit heeft gekwalificeerd.<sup>224</sup> De lijn in het mededingingsrecht betekent dat als de NMa geen inhoudelijke beslissing op een klacht wil nemen, zij die moet afwijzen; een klacht dient te leiden tot een besluit waartegen ook rechtsbescherming openstaat. Dit geldt voor het afwijzen

---

219 Zie artikelen 4:1, 4:7 en 4:8 Awb; vgl. Dekker 2002 b, p. 315-316; en zie hoofdstuk 4, par. 3.2.

220 Zaak T-24/90, *Automec II*, ov. 46; zie Kerse & Khan 2005, p. 89; hoofdstuk 8, par. 2.4.

221 Zaak C-282/95 P, *Guerin Automobiles t. Commissie*.

222 Zie artikel 7 Vo 773/2004; Kerse & Khan 2005, p. 91.

223 Rechtbank 11 september 2002, *Vodafone Libertel en Unipart*.

224 Rechtbank Rotterdam 26 oktober 1999, *Vereniging Organisatie Lokale Omroepen in Nederland/ Staatssecretaris van Verkeer & Waterstaat*.

vanwege niet-inhoudelijke behandeling (zoals prioriteringsbesluiten) en het afwijzen op inhoudelijke gronden (zie ook hoofdstuk 8, par. 2). Op deze gelijkstelling is kritisch gereageerd,<sup>225</sup> maar zij is in overeenstemming met het EG-rechtelijke systeem, waarin zowel een beslissing de klacht niet (verder) te behandelen, als een inhoudelijke afwijzing als beschikking worden aangemerkt. Het EG-recht komt echter bij de rechtbank niet ter sprake. Er is wel sprake van convergentie, maar zij is niet expliciet en volgens de rechtbank ook niet ingegeven door de wens tot aansluiting: de rechtbank baseert zich slechts op het ‘stelsel van de Awb’.

– *De ‘klacht’ van een niet-belanghebbende*

Niet alleen tegen de afwijzing van een klacht van een belanghebbende staat beroep open, maar ook tegen de afwijzing van het verzoek om handhaving gedaan door een niet-belanghebbende (op basis van artikel 6:2 onder a Awb). Alleen de niet-ontvankelijkheidsverklaring door de NMa staat in een dergelijk beroep ter beoordeling. De afwijzing van een verzoek om handhaving van een niet-belanghebbende is geen besluit, en een inhoudelijke beoordeling is niet aan de orde.<sup>226</sup> Hoewel er geen sprake is van aandacht voor het EG-recht, dat wil zeggen dat een dergelijke situatie geheel op grond van de Awb wordt beoordeeld, leidt een vergelijkbare route op EG-niveau naar hetzelfde resultaat.

Om een klacht te kunnen indienen, moet in het Europese mededingingsrecht sprake zijn van een gerechtvaardigd belang (zie par. 3.2.4). Eenmaal als klachtgerechtigd aangemerkt, zal er (bijna) steeds ook sprake zijn van ‘rechtstreeks en individueel geraakt’ zijn. Als dat niet zo is, dan was er hoogstwaarschijnlijk ook geen sprake van een legitieme klacht. De beoordeling verloopt niet helemaal hetzelfde, omdat de begrippen ‘klachtgerechtigd’ en ‘rechtstreeks en individueel geraakt zijn’ zoals gezegd niet helemaal hetzelfde betekenen, maar ook op EG-niveau komt er in een dergelijk geval geen inhoudelijke beoordeling aan te pas en wordt de toegang tot een inhoudelijke beoordeling door de rechter verder ontzegd.<sup>227</sup>

– *Klachten als voorbeeld van convergentie*

Het laten volgen van een besluit op een klacht, door de klacht als aanvraag te bestempelen, is een van de meest in het oog springende vormen van convergentie als het gaat om toegang tot de mededingingsbestuursrechter, maar de convergentie is hier tegelijkertijd zo glibberig als een aal. Enerzijds geldt dat het aanmerken van een klacht als een aanvraag gericht op handhaving in het licht van de algemene Awb-systematiek niet direct voor de hand liggend was. Dat de mededingingsrechter een klacht derhalve als zodanig heeft gekwalificeerd, lijkt verklaard te moeten worden

---

225 Zie Cartigny 2003.

226 Rechtbank 9 augustus 2001, Postbussen. Dit is overeenkomstig de algemene Awb-uitleg, vgl. ABRvS 5 september 2001, JB 2001/271 en Kamerstukken II 21 221, B, p. 23-24: ‘een negatief antwoord op een verzoek van een niet-belanghebbende is geen beschikking, maar ook geen besluit. Het gevolg daarvan is dat een beroep of bezwaar van een verzoeker-niet-belanghebbende niet-ontvankelijk dient te worden verklaard’, maar hierover is ook enige controverse (zie par. 4.1.1).

227 Zie voor een zeldzaam voorbeeld voor afwijzen wegens gebrek aan gerechtvaardigd belang gev. zaken T-133 & 204/95, IECC, ov. 68.

doordat ook in het EG-recht een klacht vrijwel steeds leidt tot een voor beroep vatbare beschikking. Maar anderzijds geldt dat deze aansluiting bij de EG-systematiek door de rechter niet wordt geëxpliciteerd. Toch lijkt sprake te zijn van spontane convergentie in de vorm van parallellisme; geen andere verklaring voor de convergentie dringt zich op, juist omdat de algemene Awb-systematiek niet wijst in de richting van een klager-aanvrager, en daarmee in de richting van een besluit. Ondersteuning voor de conclusie dat deze convergentie inderdaad het gevolg is van materiële wettelijke convergentie, kan worden gevonden in de, meer expliciete, wens tot aansluiting bij het Europese recht wat het belanghebbendebegrip in relatie tot de klager betreft (zie par. 3.2.4): omdat voor het belanghebbendebegrip is aangesloten bij het EG-mededingingsrecht, is vanwege de systematiek van de Awb – die nu juist echter afwijkt van de systematiek van het EG-recht – sprake van het aanmerken van de beslissing op de klacht als besluit. Dat neemt weer niet weg dat de verdere procedure voor het beslissen op een klacht van een belanghebbende op nationaal niveau geheel door de Awb wordt beheerst. Dat brengt vervolgens mee dat voor de kwalificatie van deelbeslissingen in de procedure niet zozeer aansluiting wordt gezocht bij het EG-mededingingsrecht, maar bij het algemene Awb-recht.

## 5.2 Beslissingen in het concentratietoezicht

Voor sommige beslissingen in het concentratietoezicht, zoals het al dan niet verlenen van een vergunning, is duidelijk dat sprake is van een besluit.<sup>228</sup> Dit geldt ook in het EG-recht.<sup>229</sup> Maar voor andere beslissingen ligt dat iets minder voor de hand. Wat die beslissingen betreft, is een trend te zien waarbij de rechtbank rechtsbescherming uitbreidt van beslissingen waarvan in de Mededingingswet al is vastgesteld dat het beschikkingen betreft, naar beslissingen waarvan dat niet in de Mededingingswet is geregeld. Dat doet de rechtbank echter niet door te verwijzen naar gelijksoortige bescherming op EG-niveau, maar door aan te sluiten bij ‘de wens’ van de Mededingingswetgever. Omdat de procedure op nationaal niveau wettelijk gezien ook anders is geregeld dan op Europees niveau, is sprake van wettelijke divergentie.

### – *Wettelijke divergentie*

De wettelijke divergentie heeft betrekking op de beslissing waarin de NMa, binnen vier weken na melding, mededeelt of voor de voorgenomen concentratie een vergunning nodig is (artikel 37, lid 1 Mw). In de Mededingingswet zelf is bepaald dat een dergelijke mededeling van de NMa een besluit is waartegen rechtstreeks beroep mogelijk is (artikel 93, lid 2 Mw).<sup>230</sup> Hier is sprake van wettelijke divergentie, omdat de beslissing tot het overgaan tot de tweede fase in het EG-rechtelijke concentratietoezicht geen besluit is. Daar staat tegenover dat ook in het EG-recht een eindbeslis-

---

228 Bijv. CBb 5 december 2001, Wegener & VNU. Expliciet bevestigd is dat ook de afwijzing van een verzoek tot herziening van aan de concentratie verbonden voorschriften een besluit is: rechtbank 31 mei 2005, Elektriciteitsfusie.

229 Artikel 8, Verordening 139/2004. Het EG-recht komt niet ter sprake in deze uitspraken, maar er is ook geen enkele reden om te twijfelen over het rechtskarakter van deze beslissingen.

230 Het rechtstreeks beroep slaat (oorspronkelijk verplicht, nu facultatief) bezwaar over.

sing in de eerste fase, inhoudende dat niet wordt overgegaan tot de tweede fase, wel een appellabele beschikking inhoudt. De verschillen leiden overigens over het algemeen niet tot een relevant verschil in rechtsbescherming, omdat het praktisch nut van het in beroep gaan tegen een nationale mededeling dat een vergunning is vereist, niet heel groot lijkt (zie ook hoofdstuk 7, par. 4.1).<sup>231</sup>

Overigens wordt door de regeling in de Mededingingswet niet alleen gedeeltelijk afgeweken van het EG-systeem, maar wordt ook helderheid geboden die op grond van de algemene Awb-lijn niet direct zou bestaan.<sup>232</sup> In het algemeen bestuursrecht bestaat discussie over de vraag of een mededeling van een bestuursorgaan dat voor een bepaalde handeling wel of geen vergunning is vereist, als besluit of als een bestuursrechtelijk rechtsoordeel moet worden aangemerkt. Zo werd de mededeling dat *geen* vergunning is vereist, wel als beroepbaar rechtsoordeel gezien, met name vanwege de positie van derdebelaanhebbenden,<sup>233</sup> hoewel de Raad van State onder-tussen de kier van deze deur wel erg heeft versmald.<sup>234</sup> Over de mededeling dat *wel* een vergunning nodig is, wordt verschillend gedacht.<sup>235</sup> De mededingingsrechtelijke situatie is niet helemaal vergelijkbaar, maar de rechtbank heeft in ieder geval bevestigd dat een eerstefasebeslissing een besluit is,<sup>236</sup> hoewel zij daarbij ook opmerkt dat daarmee de melding nog niet gelijk staat aan een aanvraag.<sup>237</sup>

– *Uitbreiding naar analogie onder het afwijzen van convergentie*

Voor andere beslissingen naar aanleiding van de melding is het besluitkarakter niet in de Mededingingswet vastgelegd, zodat daar onduidelijkheid zou kunnen ontstaan. Maar de rechtbank breidt de rechtsbescherming uit; deze wordt aangenomen voor ‘alle rechtens relevante besluiten’ genomen naar aanleiding van een melding.<sup>238</sup> De rechtbank baseert zich daarbij op ‘de lijn van de Mw’, ‘het systeem van Mw’ en de door de ‘de wetgever gewenste rechtsbescherming’.<sup>239</sup>

De rechtsbescherming wordt op deze wijze ambtshalve uitgebreid naar niet expliciet voor beroep openstaande beslissingen in het concentratietoezicht, zoals de mededeling van de NMa dat een bepaald deel van een in stappen uitgevoerde transactie nog niet onder de

---

231 Maar het gebeurt wel (bijv. rechtbank 7 december 2005, Stichting CZ Groep en OZ zorgverzekeringen). Vaak wordt het beroep tegen een eerstefasebesluit gekoppeld aan het beroep tegen het besluit in de tweede fase (zoals in rechtbank 31 mei 2005, Elektriciteitsfusie).

232 Maar zie voor de mening dat ‘beide mededelingen (...) dan ook *uiteraard* besluiten’ (cursief AG) zijn: Jansen 2002 a.

233 Zie CBb 29 augustus 1995, AB 1995/525, m.nt. JHvdV.

234 Zie ABRvS 18 augustus 2004, AB 2005/106, m.nt. TN.

235 Zie Vz ABRvS, 12 april 1995, AB 1995/445, m.nt. Ch.B; ABRvS 18 maart 1996, JB 1996/119, m.nt. FAMS; ABRvS 29 november 1996, AB 1997/66; ABRvS, 1 april 1996, AB 1996/291, m.nt. PVB en Gst 1998, 7068/5, m.nt. Teunissen; en meer recent ABRvS 18 augustus 2004, AB 2005/106 m.nt. TN; Van Angeren en Polak 2000.

236 In rechtbank 1 mei 2003, Broadcast en rechtbank 3 augustus 2004, Loterijfusie voor de mededeling dat *geen* vergunning was vereist; in rechtbank 3 april 2002, UTC voor beide mededelingen.

237 Rechtbank 3 april 2002, UTC.

238 Ook met overslaan van bezwaar, rechtbank 3 april 2002, UTC.

239 Rechtbank 3 april 2002, UTC; rechtbank 13 november 2002, Gilde.

werkingsfeer van het concentratietoezicht valt.<sup>240</sup> Ook wordt rechtsbescherming geboden tegen het oordeel dat geen sprake is van een nevenrestrictie in de zin van artikel 10 Mw. De NMa was van mening dat er geen rechtsgevolg aan deze mededeling was verbonden, o.a. door te verwijzen naar de bekendmaking van de Commissie met betrekking tot nevenrestricties (zie ook hoofdstuk 7, par. 3.1), maar de beslissing over de vraag of sprake is van een nevenrestrictie, wordt zonder meer genomen naar aanleiding van een melding en is ook rechtens relevant, zo stelt de rechtbank, omdat, als wordt geoordeeld dat sprake is van een nevenrestrictie, vaststaat dat het verbod van artikel 6, eerste lid Mw niet is overtreden.<sup>241</sup>

De rechtbank wijst convergentie met het EG-rechtelijke systeem, waar dit zou leiden tot het niet aanmerken als besluit, expliciet af.

Zo was in het Europese concentratietoezicht een beslissing over een nevenrestrictie geen voor beroep vatbare beschikking, althans niet volgens de Commissie. De argumentatie van de rechtbank is opvallend, omdat de rechtbank stelt dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever heeft willen aansluiten bij het toentertijd bestaande communautaire stelsel waarin nevenrestricties in beginsel wel beoordeeld werden, en dat daaruit niet blijkt dat de wetgever zich ook bij voorbaat heeft willen committeren aan wijzigingen in dat stelsel (zie ook hoofdstuk 7, par. 3.1 en par. 3.2).

Toch worden ook in het EG-recht naast formele beschikkingen ook niet-formele beslissingen in het concentratietoezicht als voor beroep vatbare handelingen aangemerkt. In die zin is de gedachte achter de uitspraak van de rechtbank om rechtsbescherming uit te breiden wel in overeenstemming met de EG-jurisprudentie.

Zo heeft het Gerecht de combinatie van een brief en een openbare verklaring dat geen sprake was van een concentratie met een communautaire dimensie, aangemerkt als voor beroep vatbare handeling.<sup>242</sup> Daarnaast is ook het oordeel dat een aangemelde joint venture geen concentratie oplevert, en de melding zal worden aangemerkt als een verzoek om negatieve verklaring als appellabel besluit. Het rechtsgevolg is immers dat de concentratieprocedure ten einde wordt gebracht en een nieuwe procedure wordt begonnen.<sup>243</sup>

De rechtsbescherming in het concentratietoezicht lijkt tussen het Europese en nationale niveau niet fundamenteel uiteen te lopen, zij het dat de nationale situatie door het verschil in vorm van de procedure een extra moment van rechtsbescherming kent tegen de mededeling dat een vergunning is vereist. Het voordeel van de 'uitbreiding naar analogie' door de rechtbank is dat alle 'rechtens relevante beslissingen' genomen naar aanleiding van een melding onder hetzelfde rechtsregime vallen. Deze samenhang in rechtsbescherming schept duidelijkheid, zodat niet voor sommige beslissingen wel en voor vergelijkbare andere beslissingen geen beroep op de bestuursrechter mogelijk is (vergelijk voor een tegenovergesteld voorbeeld par. 5.5).

---

240 Rechtbank 3 april 2002, UTC.

241 Rechtbank 13 november 2002, Gilde.

242 Zaak T-3/93, Air France; zie Navarro Varona 2005, p. 438-439

243 Zaak T-87/96, Assicurazioni Generali SpA en Unicredito SpA; en hierover Navarro Varona 2005, p. 439.

Voor deze uitbreiding sluit de rechtbank niet aan bij het EG-recht – integendeel, convergentie wordt expliciet afgewezen voor procedure kwesties, in ieder geval als daarmee een beslissing niet als besluit zou zijn aangemerkt – maar tegelijkertijd geldt ook op EG-niveau dat ook tegen beslissingen die moeilijk als formele beschikking kunnen worden gekwalificeerd, rechtsbescherming mogelijk is.

### 5.3 Rechtsoordelen

Het besluitbegrip wordt in de Nederlandse bestuursrechtelijke jurisprudentie soms ‘strategisch’ geïnterpreteerd, onder andere door rechtsoordelen voor de toegang tot bezwaar en beroep gelijk te stellen aan besluiten. De reden voor deze uitbreiding is gelegen in de wens tot het kunnen bieden van rechtsbescherming.<sup>244</sup> Het niet openstellen van die mogelijkheid zou voor de belanghebbende onredelijk bezwarend zijn (zie par. 4.1). Ook in het mededingingsrecht is deze jurisprudentie relevant gebleken.

In Uneto-VNI wordt door de rechtbank een bestuurlijk oordeel gelijk gesteld met een besluit. Het gaat in dit geval om hangende bezwaar gewijzigde statuten, waarvan de NMa in oorspronkelijk vorm had aangegeven dat dit in strijd zou zijn met artikel 6 Mw en niet voor ontheffing in aanmerking zou komen. Het beroep tegen de beslissing op bezwaar, die geen betrekking meer had op de oorspronkelijke statuten, was mede tegen deze eerdere overweging gericht.<sup>245</sup>

De rechtbank sluit in deze uitspraak aan bij de standaarduitspraken over rechtsoordelen gewezen buiten het mededingingsrecht. Via de ‘onredelijk bezwarende redenering’ komt de rechtbank tot de conclusie dat tegen het rechtsoordeel rechtsbescherming openstaat.

#### – *Gelijke toegang, maar (nog) geen expliciete convergentie*

Hoewel ook buiten de situatie van Uneto-VNI de rechtsoordelenjurisprudentie relevant zou kunnen blijken, al dan niet door de wens aansluiting te zoeken bij de rechtsbescherming op EG-niveau, zijn daarover geen uitspraken. In de genoemde uitspraak wordt evenmin verwezen naar het EG-recht. Evenmin wordt in algemene zin echter afgeweken van de rechtsbeschermingsmogelijkheden bij het Hof. Zo is wel gezegd dat het Hof geen rechtsoordelenjurisprudentie kent,<sup>246</sup> wat op begripsniveau juist is. Toch zijn er, in ieder geval in de mededingingsrechtelijke jurisprudentie, wel voorbeelden te zien waarbij rechtsbescherming door het Hof wordt geboden tegen beslissingen die niet formeel als beschikking kunnen worden aangemerkt.<sup>247</sup> Door een ruime materiële definitie kunnen ook ‘rechtsoordelen’ onder

---

244 Het strategisch interpreteren van het toegangsvereiste lijkt vrij algemeen voor te komen (vgl. over het Amerikaanse Supreme Court bijv. Fallon Jr. 2004).

245 Rechtbank 25 maart 2004, Uneto-VNI.

246 Steyger 1999 b.

247 Zoals het Gerecht stelt in zaak T-90/96, Peugeot, ov. 32: ‘Any measure the legal effects of which are binding on, and capable of affecting the interests of the applicant by bringing about a distinct change in his legal position is an act which may be the subject of an action under [Article 230]’. Dat lijkt heel breed, maar in de Nederlandse vertaling ligt de klemtoon minder duidelijk en is deze

het begrip van een appellabele handeling vallen.<sup>248</sup> Derhalve is wel sprake van convergentie; deze lijkt echter niet het gevolg te zijn van materiële mededingingsrechtelijke convergentie, maar inherent te zijn aan een systeem van toegang, waarbij beperkingen gelden die in sommige gevallen door de rechter als te restrictief worden beoordeeld en dan opzij worden geschoven. Dat neemt niet weg dat de ruime toegang in het EG-mededingingsrecht eventueel nog wel inspiratie zou kunnen bieden voor uitbreiding van de rechtsoordelenlijn op nationaal niveau (zie ook par. 5.8).

Zo zou het oordeel dat de Mededingingswet is overtreden, maar geen sanctie wordt opgelegd in een geval dat geen sprake is van een klacht, die immers steeds leidt tot een besluit, als rechtsoordeel kunnen worden aangemerkt. In het EG-recht is in dat geval sprake van een appellabele handeling. De Mededingingswet is minder helder: men zou enerzijds kunnen stellen dat sprake is van een besluit 'omtrent' het opleggen van een boete of last, maar dat is niet geheel duidelijk.<sup>249</sup>

#### 5.4 Beslissingen tijdens toezicht en onderzoek

Verschillende beslissingen die tijdens toezicht en onderzoek kunnen worden genomen, liggen op het grensvlak van het beschikkingsbegrip. Ook op EG-niveau is over het rechtskarakter van dergelijke beslissingen geprocedeerd. De vraag is of de nationale rechter voor het scheppen van duidelijkheid op nationaal niveau aansluiting zoekt bij die Europese voorbeelden of dat de al dan niet daarvan afwijkende algemene Awb-lijn wordt gevolgd. Daarbij geldt dat sommige beslissingen minder problematisch zijn dan andere. Het rechtskarakter van het toewijzen of afwijzen van een verzoek om een voorlopige last onder dwangsom gedaan tijdens een onderzoek is bijvoorbeeld duidelijk: er is sprake van een besluit.<sup>250</sup> Minder duidelijk, of problema

---

verstreckende stelling minder ruim. Het gaat om 'handelingen of besluiten die vatbaar zijn voor beroep tot nietigverklaring in de zin van [artikel 230] van het Verdrag, zijn maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen, welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen'.

248 Zo zijn de afwijzing van een klacht in een niet-formele beschikking; de combinatie van een informele brief en een publicitair statement betreffende de niet-communautaire dimensie van een concentratie; de joint venture die geen concentratie oplevert; de oude 'formele' comfort letter; en de weigering van toegang tot het dossier door een derde, als voor beroep vatbare handelingen aangemerkt. Doordat de 'rechtsbeschermingsgedachte' voor het Hof (soms) van belang is, lijkt hij het vereiste van een voor beroep vatbare handeling over te slaan en direct door te gaan naar het vereiste van rechtstreeks en individueel geraakt zijn, vgl. Parret 2005; Battjes 2007, p. 64.

249 Zie artikel 62, lid 1 Mw, en in deze zin Dekker 2002 b, p. 69. Maar vgl. ook Dekker 2002 b, p. 314 voor een zekere tegenstrijdigheid: de beslissing dat een overtreding heeft plaatsgevonden, maar dat geen sanctie volgt (naar aanleiding van een klacht), is geen besluit, zelfs niet nadat een onderzoek is gestart. Zie voor een bevestiging van deze stelling buiten het mededingingsrecht rechtbank Rotterdam 29 september 2008, Mn Services, waar het tenietgaan van de bevoegdheid tot het opleggen van een sanctie doordat de toezichthouder aangeeft af te zien van het opleggen van een sanctie, als rechtsgevolg wordt aangewezen.

250 President van de rechtbank 26 november 2003, X (NOVA). Zie kritisch over de voorlopige last, Verweij 1997. Ook in het EG-recht is de toewijzing van voorlopige maatregelen een beschikking, zie gev. zaken 228 & 229/82, Ford; Kerse & Khan 2005, p. 350. Ook de afwijzing was dat (zaak 792/79 R, Camera Care; zaak T-44/90, La Cinq), maar daarin lijkt met Verordening 1/2003 echter een verslechtering in de rechtspositie van een verzoekende partij te zijn gekomen, nu er geen *recht*



tischer vanuit het oogpunt van convergentie of rechtsbescherming, zijn het rechtskarakter van het rapport, beslissingen die worden genomen in het kader van bedrijfsbezoeken, verzoeken om inlichtingen en inzage en beslissingen omtrent het horen van beschuldigde ondernemingen. Deze komen achtereenvolgens in deze paragraaf aan de orde.<sup>251</sup>

– *Rapport: expliciete convergentie*

Op basis van artikel 59 Mw maakt de NMa een rapport op bij een vermoeden van overtreding van de Mededingingswet. Het rapport is het functioneel equivalent van de punten van bezwaar die de Commissie dient uit te brengen, voordat zij een sanctie kan opleggen. Voor de beantwoording van de vraag naar het rechtskarakter van het rapport wordt door het CBB dan ook expliciet aangesloten bij de kwalificatie als niet voor beroep vatbare handeling van de punten van bezwaar door het Hof.<sup>252</sup>

Het CBB neemt de *parallelle* van Europees en nationaal recht als uitgangspunt, in ieder geval wat de *klager* betreft (zie ook par. 5.1). Mede uit het niet vatbaar zijn voor beroep van de punten van bezwaar leidt het CBB af dat een rapport weliswaar in volle omvang in beroep aan de orde gesteld kan worden, maar dat geen afzonderlijk beroep mogelijk is. Het rapport betreft een voorbereidingsbeslissing, omdat de bij de opstelling van het rapport gemaakte keuzes niet definitief zijn.<sup>253</sup>

– *Het betreden van plaatsen ten behoeve van onderzoek: divergentie*

In het kader van de uitoefening van haar onderzoeksbevoegdheden, waaronder het afleggen van bedrijfsbezoeken en het vorderen van inlichtingen, worden door de NMa verschillende beslissingen genomen.<sup>254</sup> De rechtsbeschermingsmogelijkheden tegen deze beslissingen lopen op nationaal en Europees niveau uiteen. Er is geen sprake van convergentie, althans niet in de zin dat de rechtsbescherming in beide gevallen via een vernietigingsberoep loopt.

---

meer lijkt te bestaan om voorlopige maatregelen te verzoeken, zie Nordsjo 2006; Kerse & Khan 2005, p. 343.

251 Een vrij academisch probleem is nog het *openen van een procedure* dat volgens het Hof wel een formele handeling is, maar niet een waartegen beroep openstaat (zaak 60/80, IBM). De Awb kent een dergelijke formele handeling niet, maar omdat het EG-recht ook geen toegang biedt, is er geen sprake van een probleem; in ieder geval niet uit convergentieoogpunt. Een oud probleem, waar wel over is geprocedeerd, is de *boete-immuniteit* die, anders dan op EG-niveau, niet in de Mededingingswet was vastgelegd. Mogelijke onduidelijkheid is weggenomen doordat de rechtbank ten aanzien van een ‘voorlopig oordeel’ expliciet convergentie met het procedureel afwijkende EG-recht afwees in rechtbank 24 januari 2000, VBBS I. Ook is geprocedeerd over het karakter van een *brief*, opgesteld *naar aanleiding van een rapport*, waarin werd vastgesteld dat NOS en HMG de Mededingingswet overtraden, maar de beslissing op het verzoek om een last onder dwangsom op te leggen, werd aangehouden. De last onder dwangsom werd later opgelegd. Tegen de brief werd bezwaar ingesteld, waarop echter niet werd beslist. Het rechtskarakter van de brief kwam aan de orde tijdens de behandeling van het beroep tegen de last onder dwangsom. De rechtbank stelde vast dat de brief geen besluit betrof in rechtbank 11 december 2002, NOS en HMG.

252 Zaak 60/80, IBM.

253 CBB 17 november 2004, Carglass; vgl. rechtbank 11 maart 2003, Carglass; Cartigny 2005.

254 De relatief recent toegevoegde bevoegdheid van de NMa om ook zonder toestemming van de bewoner woningen te betreden, is nog geen onderwerp van uitspraken. Deze bevoegdheid is zeker niet onomstreden, zie bijv. kritisch Mok 2008.

Zo is de *aankondiging* van een bedrijfsbezoek onder het nationale recht geen besluit.<sup>255</sup> Wel kan over de rechtmatigheid van het bedrijfsbezoek en de uitvoering daarvan – twee verschillende dingen – geprocedeerd worden bij de civiele rechter. In het EG-recht ontbreekt een civiele rechter die als ‘restrechter’ over overheidshandelen kan oordelen, hoewel het Hof van Justitie (Gerecht en Hof) wel *ook* bevoegd is tot rechtsbescherming tegen onrechtmatige uitoefening van bevoegdheden via de schadevergoedingsactie van artikel 228 EG.<sup>256</sup> Wellicht ook doordat de toegang via artikel 228 EG aan strikte voorwaarden is verbonden, maar zeker ook omdat in het EG-systeem een onderscheid wordt gemaakt tussen een gewoon ‘verzoek’ en een ‘beschikking’ tot verificatie, is de laatste een beschikking waartegen afzonderlijk rechtsbescherming open staat.<sup>257</sup> Het verschil is derhalve niet zozeer dat al dan niet rechtsbescherming open staat, want dat is op beide niveaus het geval, maar dat deze op nationaal niveau door verschillende rechters wordt uitgeoefend. Die uitoefening verschilt wel. De nationale civiele rechter stelt zich in de beoordeling van een bedrijfsbezoek voorzichtig op; het moet buiten redelijke twijfel zijn dat ook de bestuursrechter in een later stadium zal oordelen dat sprake is van onrechtmatigheid om de vordering toe te wijzen.<sup>258</sup> Juist de terughoudende toetsing van de civiele rechter, vanwege de veronderstelling van een daadwerkelijke toets door de mededingingsbestuursrechter (maar of dat klopt is de vraag, zie bijvoorbeeld hoofdstuk 6, par. 5.4), gekoppeld aan het feit dat de aankondiging van een bedrijfsbezoek bij *beschikking* op Europees niveau wel een voor vernietigingsberoep vatbare handeling is, en de ‘soepeler’ houding van andere bestuursrechtelijke colleges,<sup>259</sup> roept de vraag op of de constructie op nationaal niveau niet zou moeten veranderen; de aankondiging van een bedrijfbezoek zou als voor beroep vatbare beschikking moeten worden aangemerkt (zie par. 5.8).<sup>260</sup>

---

255 Een in het kader van rechtsbescherming tegen beslismomenten bij bedrijfsbezoeken wel relevante, maar van dit proefschrift losstaande, casus betreft de aanwijzing (door de minister van EZ) van ambtenaren van de NMa en de OPTA tot bijstand bij een verificatie door de Commissie bij KPN. Deze werd wel aangemerkt als besluit, rechtbank Den Haag, 6 maart 2003; ABRvS 23 juni 2004, Min EZ/KPN Mobiel. Zie hierover ook Van der Meulen 2003; De Jong & Pigmans 2005.

256 Vgl. zaak 5/85, Akzo, ov. 15; Kerse & Khan 2005, p. 180.

257 Zie artikel 20, lid 3 en lid 4, Verordening 1/2003: een verzoek is daarentegen geen beschikking, maar de onderneming is dan ook niet verplicht zich aan het onderzoek te onderwerpen. Zie ook zaak 136/79, National Panasonic; zaak 155/79, AM&S; zaak 5/85, Akzo I; gev. zaken 46/87 & 227/88, Hoechst.

258 Zie rechtbank Den Haag (kort geding) 9 april 2003, Van Hattem en Blankevoort/Staat (NMa); en ook VerLoren van Themaat & Versteeg 2003.

259 Zie Jansen 2003 over de omgang van de CRvB met beslissingen in toezicht en onderzoek. Vgl. ook de hiervoor genoemde uitspraak over de aanwijzing van ambtenaren tot bijstand in een Commissieverificatie, die wel als besluit werd aangemerkt.

260 Dat geldt voor onderzoeken waarvoor geen toestemming van de rechter-commissaris is vereist, de ‘gewone’ verificaties, maar ook voor onderzoek waarbij die toestemming wel is vereist. De voorafgaande toets door de rechter-commissaris betreft een andere dan de vraag of een besluit rechtmatig is.

– *Verzoeken om inlichtingen: divergentie*

Een andere bevoegdheid van de NMa, die ook de Commissie heeft, is het verzoeken of vorderen van inlichtingen.<sup>261</sup> Het antwoord op de vraag of het *schriftelijk* vorderen van inlichtingen of inzage een besluit is, is in de nationale doctrine omstreden.<sup>262</sup> Deze beslissingen worden meestal ofwel aangemerkt als voorbereidingsbesluiten,<sup>263</sup> of in het geheel niet als besluit.<sup>264</sup> Net als bij verificatiebezoeken lijkt de keuze voor de betrokkene: meewerken en wachten tot het beroep tegen het al dan niet volgende eindbesluit, of niet meewerken en een appellabel sanctiebesluit afwachten,<sup>265</sup> of zonder afwachten naar de civiele rechter. In het Europese mededingingsrecht zijn de mogelijkheden anders. Daar doet zich, zoals bij de aankondiging van bedrijfsbezoeken, een verschil voor tussen een ‘simpel’ verzoek om informatie te verschaffen, en een beschikking daartoe. Bij een verzoek is er geen verplichting tot het overleggen van informatie, maar bij een beschikking wel. Dat laatste is ook een appellabele handeling.<sup>266</sup>

Er is derhalve sprake van divergentie tussen het EG-mededingingsrecht en het nationale mededingingsrecht, nu op nationaal niveau geen sprake is van een besluit. Wel staat op nationaal niveau de mogelijkheid van toegang tot de civiele rechter open. Op Europees niveau is daarentegen wel sprake van een appellabele handeling, althans als er een verplichting tot medewerking bestaat. Toch is de divergentie, wellicht, niet zo absoluut als bij de hiervoor aan de orde zijnde bedrijfsbezoeken het geval is. Het besluitkarakter van het vorderen van inlichtingen lijkt *buiten* het mededingingsrecht door de rechter namelijk verschillend te worden benaderd, en is voor verschillende uitleg en discussie vatbaar.<sup>267</sup>

Zo heeft enerzijds ook het CBB buiten een mededingingsrechtelijke context de visie naar voren gebracht dat er geen sprake is van een besluit; de verplichting de gevraagde inlichtingen te geven, vloeit voort uit de wet, niet uit het verzoek daartoe.<sup>268</sup> Maar het CBB heeft eerder, opnieuw buiten de context van het mededingingsrecht, ook bepaald dat een verzoek om inlichtingen wel een besluit is. Daarbij werd toen steun gevonden in de

---

261 Zie over de reikwijdte van deze bevoegdheid uitgebreid Dekker 2004.

262 Zie hierover o.a. Van der Meulen 1999 a.

263 In de zin van artikel 6:3 Awb; zie Michiels 1995, p. 102.

264 Zie in een Wft-zaak bijv. rechtbank Rotterdam 10 januari 2008, AB 2008/122.

265 Zie voor een dergelijk beroep rechtbank 7 augustus 2003, Texaco; en in het telecommunicatierecht ook CBB 8 december 2008, Opta – TNT, AB 2007/114, m.nt. Cartigny.

266 Zaak T-39/90, SEP t. Commissie. Ondertussen artikel 20, lid 4, Verordening 1/2003, resp. artikel 11 en artikel 13, Verordening 139/2004.

267 Ook kan voor deelterreinen expliciet rechtsbescherming worden geboden; vgl. het wetsvoorstel in het fiscale recht, waarbij de belastinginspecteur de mogelijkheid krijgt om bij beschikking informatie te vorderen, waarna beroep mogelijk is; zie Muller 2006 over het wetsvoorstel Dezentjé Hammink-Bluemink en Crone, TK 2005/2006, 30 645, nr. 2. De algemene kritiek betreft vooral het gemis aan rechtsbescherming; zie bijv. Dekker 2002 b, p. 305. Daarnaast is er ook specifiek mededingingsrechtelijke kritiek die verband houdt met het bredere karakter van de inzageplicht in het mededingingsrecht, vgl. Dekker 2004.

268 CBB 21 juli 1998, AB, 1998/437, m.nt. JHvdV. Ook CBB 2 maart 1999, NJB 1999, p. 569 en AB 1999, 168, m.nt. JHvdV, JOR 1999/64; bevestigd in CBB 19 december 2000, AB 2001/131, m.nt. JHvdV.

wetgeschiedenis.<sup>269</sup> De rechtbank, in een Wft-zaak, volgt echter de meer recente lijn van het CBb en merkt een verzoek om inlichtingen niet aan als besluit.<sup>270</sup>

Mededingingsrechtelijke uitspraken ontbreken. Het lijkt echter voor de hand te liggen dat zolang het CBb de ‘hevig bekritiseerde lijn blijft volgen’<sup>271</sup> van het niet aanmerken als besluit van een verzoek om inlichtingen, de rechtbank deze lijn ook in mededingingsrechtelijke zaken zal toepassen en er geen sprake zal zijn van convergentie. Dat lijkt mij niet de juiste lijn (zie par. 5.8).

– *Beslissingen over het horen van ondernemingen en toegang tot het dossier: divergentie?*

Onderdeel van de rechten van verdediging is het recht te worden gehoord. In het algemeen dienen belanghebbenden onder de Awb te worden gehoord.<sup>272</sup> De Mededingingswet bevat enkele aanvullende bepalingen (zie hoofdstuk 4, par. 3.2). Onderdeel van het recht om te worden gehoord, in ieder geval van een beschuldigde onderneming, is het uitoefenen van het recht op toegang tot het dossier.<sup>273</sup> Wat ‘toegang tot het dossier’ wordt genoemd in het Europese mededingingsrecht, wordt in de nationale context gereguleerd door de Mededingingswet en de Awb, onder de benaming ‘terinzagelegging’, dat echter een ruimer territorium bestrijkt. De terminologie verschilt en ook de achterliggende gedachte is, historisch althans, verschillend. In de Awb staat in principe de zorgvuldige voorbereiding van het besluit voorop, in het EG-mededingingsrecht de bescherming van de rechten van verdediging (zie hoofdstuk 4, par. 3.2). Wellicht mede daarom worden onder de Awb beslissingen over het al dan niet horen van een onderneming en het al dan niet verlenen van toegang tot het dossier niet aangemerkt als besluiten (zie hierna over de vertrouwelijkheidsbeslissingen die ook daarbij worden genomen); de van de Awb afwijkende regeling voor sommige ‘hoormomenten’ brengt voor dit aspect geen verandering mee.

Over deze beslissingen is op nationaal niveau niet bij de rechtbank Rotterdam geprocedeerd. Het lijkt echter aannemelijk, gelet op de aansluiting bij de algemene Awb-interpretatie voor vergelijkbare beslissingen, dat deze beslissingen ook in het mededingingsrecht niet als besluit zullen worden aangemerkt. Door de voorzieningenrechter in Den Haag werd de weigering tot het verlenen van toegang tot het dossier – meer specifiek een weigering om inzage te verlenen in een wel op de lijst met stukken vermeld memo – bijvoorbeeld niet als besluit aangemerkt.<sup>274</sup>

---

269 CBb 28 oktober 1998, JOR 1999/63.

270 Rechtbank Rotterdam 10 januari 2008, AB 2008/122.

271 Jansen 2008.

272 Over de vraag of beslissingen over het horen correct zijn, is bij de Ombudsman over de NMa een klacht ingediend, zie Ombudsman, 27 oktober 2004, AB 2005/22, m.nt. PJS.

273 Zie bijv. zaak T-112/98, Mannesmannröhren-Werke; gev. zaken T-25/95 e.a., Cimenteries; Ehlermann & Drijber 1996; O.W. Brouwer 2001 b.

274 Voorzieningenrechter Den Haag 20 mei 2003, Volker Stevin/Staat, en hierover Van der Meulen 2003, p. 123. De NMa zelf vindt een beslissing op een verzoek om toegang tot het dossier een voorbereidingsbesluit in de zin van artikel 6:3 Awb. Zie Dekker 2002 b, p. 73 en 311. De NMa laat

De nationale rechtsbeschermingmogelijkheden wijken voor beslissingen over het al dan niet horen (ervan uitgaande dat zij niet als besluiten zullen worden aangemerkt) en het al dan niet verlenen van toegang tot het dossier *gedeeltelijk* af van de rechtsbeschermingsmogelijkheden op EG-niveau. In het EG-mededingingsrecht wordt een onderscheid gemaakt tussen het niet horen van een *derde* en de weigering de *beschuldigde onderneming* te horen of toegang tot het dossier te verlenen. Het niet horen van een derde is onder omstandigheden een apart appellabele beslissing.<sup>275</sup> De weigering de beklagde onderneming te horen of toegang tot het dossier te verlenen, is dat niet, omdat de beschuldigde onderneming deze beslissing kan aankaarten bij een beroep tegen de eindbeslissing.<sup>276</sup> Toch is er over deze beslissingen ook op EG-niveau nog steeds enige onduidelijkheid.<sup>277</sup> Zo lijkt er op EG-niveau vervolgens ook een verschil te bestaan tussen enerzijds de rechtsbescherming bij toegang tot het dossier – er is geen besluit voor de beklagde onderneming als toegang wordt geweigerd – en anderzijds het openbaar maken van vertrouwelijke informatie, waarbij wel een besluit wordt aangenomen. Mede door deze inconsequentie is er kritiek op het niet aanmerken als appellabele handeling van de weigering de beschuldigde onderneming te horen of toegang te verlenen tot het dossier. Deze is met name gebaseerd op het belang van de bescherming van de rechten van verdediging (en artikel 6 EVRM) van de beklagde onderneming, die – zo zou men verwachten – van tenminste even groot belang moeten worden geacht als de hoorrechten van een derde.<sup>278</sup>

Aansluiting bij EG-rechtelijke toegang zou betekenen dat in ieder geval de beslissing een *derde* niet te horen, wordt aangemerkt als besluit. Daarbij zou men, op grond van de Awb, de weigering te horen kunnen aanmerken als voorbereidingsbesluit, zodat voor een derde beroep open staat, omdat deze in zijn belang wordt getroffen, maar voor de beklagde onderneming niet. Vanwege de afwijkende regeling van het horen van een beschuldigde onderneming in de Mededingingswet waarbij de ‘belanghebbenden’, waaronder in ieder geval de beklagde onderneming, maar als er een rapport is opgemaakt ook de derde wordt verstaan, steeds wordt gehoord (zie ook hoofdstuk 4, par. 3.2), is een dergelijk afwijzen te worden gehoord van een beschuldigde onderneming niet te verwachten. De vraag is echter of dat reeds voldoende is om de toetsing aan de eisen van effectieve rechtsbescherming zonder kleerscheuren

---

het rechtskarakter ook wel in het midden: vgl. besluit van 11 februari 2008, zaak 3938-3021, Korthof, waar het niet verlenen van toegang niet als apart beslismoment wordt getoetst.

275 Zie bijv. zaak T-90/96, Peugeot, en hierover Cumming 1998. Kerse & Khan 1997, p. 355, stellen, onder verwijzing naar zaak C-39/93 P, SFEI: ‘The Court may well be influenced by the importance which an affirmative or negative response may have in the particular circumstances for the individual’s legal protection’.

276 Zie gev. zaken T-10-12 & 15/92, CBR.

277 Die onduidelijk blijft bestaan na de introductie van de Hearing Officer, waardoor de procedure verder is geformaliseerd (normaal gesproken een teken dat sprake is van een voor beroep vatbare handeling). Zie Erlandsson 1998; Bradley 1995; Doherty, 1994; Hall 1995.

278 Dat beslissingen over bedrijfsbezoeken en het vorderen van inlichtingen in Verordening 1/2003 wel als beschikking worden aangemerkt en de beslissing omtrent het horen niet, is niet doorslaggevend om de laatste toch als zodanig aan te merken; het niet formeel aanmerken als beschikking heeft het Hof in andere gevallen niet weerhouden om toch rechtsbescherming mogelijk te maken.

te kunnen doorstaan. De uitsluiting van een mogelijkheid tot vernietiging van de beslissing om een beklagde onderneming al dan niet toegang te verlenen tot het dossier blijft immers staan; om de bestuursrechter rechtsbescherming te kunnen laten bieden, zou een dergelijke beslissing (ook op EG-niveau) als beschikking moeten worden aangemerkt.

– *Evaluatie en kritiek*

Over beslissingen in de toezicht- en onderzoeksfase komt een tweeledig beeld naar voren wat de vraag betreft of er sprake is van convergentie met het Europese mededingingsrecht. Aan de ene kant is rechtsbescherming tegen het opstellen van een *rapport* op Europees en nationaal niveau gelijk. Bij het aanmerken van een rapport als niet zijnde een voor beroep vatbaar besluit is bovendien expliciet aangesloten bij het Europese mededingingsrecht, waarin de punten van bezwaar niet als voor beroep vatbare handeling worden aangemerkt. Ook de rechtsbescherming bij *voorlopige maatregelen* (wel een besluit) en tegen het *initiëren van een procedure* (geen besluit) is gelijk. Bij uitspraken hierover sluit de nationale rechter echter niet aan bij het EG-recht. De convergentie is niet gebaseerd op de onderliggende materiële convergentie, maar is eerder inherent aan beide systemen, die op dit punt een gelijke toegang bieden. Vanuit het toetsen aan de eisen van effectieve rechtsbescherming (zie ook hoofdstuk 9) kan ook nu al worden opgemerkt dat hier geen problemen zijn te verwachten.

Aan de andere kant staan beslissingen over *bedrijfsbezoeken*, *het vorderen van inlichtingen*, *het horen* en het al dan niet *verlenen van toegang tot het dossier*. Hier is op Europees niveau sprake van voor beroep vatbare handelingen indien een verzoek bij beschikking medewerkingsplicht meebrengt, zoals bij verificaties en vorderingen om inlichtingen. Ook wordt rechtsbescherming geboden tegen de weigering een derde te horen of inzage te verschaffen in het dossier, maar niet als de weigering de beschuldigde onderneming betreft. Geen van deze beslissingen is waarschijnlijk op nationaal niveau voor beroep vatbaar, als zij al steeds een schriftelijke weerslag zouden krijgen. Er is derhalve sprake van divergentie. Deze divergentie wordt in uitspraken niet geëxpliciteerd: voorzover er uitspraken zijn van de mededingingsbestuursrechter, komt het Europese recht niet aan de orde. De nationale rechter sluit aan bij de algemene Awb-interpretatie. Niet alleen loopt de rechtsbescherming uiteen, er is ook ruimte voor kritiek. Deze kritiek geldt ook het niet bieden van rechtsbescherming op EG-niveau tegen de niet-appellabele beslissingen omtrent het horen. Op nationaal niveau betreft de kritiek het niet als appellabel besluit aanmerken van een beslissing tot bedrijfsbezoek, het vorderen van inzage of inlichtingen, beslissingen over het horen, of over het verlenen van toegang tot het dossier aan een beschuldigde onderneming. Dit is vooral een probleem in het licht van het belang van de rechten van verdediging. Mogelijke oplossingen komen hierna nader aan bod (par. 5.8).

## 5.5 Beslissingen over vertrouwelijkheid van stukken

Tijdens de procedure bij de NMa worden verschillende vertrouwelijkheidsbeslissingen genomen. Deze betreffen onder andere het aanmerken van stukken als vertrouwelijk bij het verlenen van toegang tot het dossier, het aanmerken van delen van stukken als vertrouwelijk bij terinzagelegging, en openbaarmaking van besluiten.

Wat vertrouwelijkheid bij *toegang tot het dossier* betreft, zijn er geen nationale mededingingsrechtelijke uitspraken. In het EG-rechtelijke systeem is een beslissing waarbij toegang wordt verleend tot als vertrouwelijk aangemerkte informatie, in ieder geval een appellabele beslissing,<sup>279</sup> maar het weigeren van toegang tot dergelijke informatie aan een beschuldigde onderneming niet (zie par 5.4).<sup>280</sup> Wat de *terinzagelegging tijdens een procedure* betreft, zijn onder de Mededingingswet verschillende situaties mogelijk, die elk door een ander wettelijk regime worden beheerst. Sommige terinzageleggingsmomenten worden in de Mededingingswet zelf geregeld en expliciet als besluit aangemerkt.<sup>281</sup> Sommige andere momenten van terinzagelegging worden slechts gedeeltelijk gereguleerd. Zo is wel de terinzagelegging van het eindbesluit in het concentratietoezicht geregeld, maar niet de terinzagelegging van informatie tijdens een procedure.<sup>282</sup> De Mededingingswet voorziet niet in overige beslissingen over vertrouwelijkheid. *Eindbesluiten* worden volgens voorgeschreven wijze bekendgemaakt en gepubliceerd, en daarmee openbaar toegankelijk. Daarbij moet ook een beslissing worden genomen over vertrouwelijk geachte gegevens. Ook hier zijn er verschillende mogelijkheden. Zo is in de Mededingingswet bepaald dat bij de bekendmaking van concentratiebesluit artikel 10 Wob van toepassing is. Daarbij is een week wachttijd voorgeschreven, zodat de onderneming wier vertrouwelijk geclaimde gegevens openbaar dreigen te worden gemaakt, daartegen een voorziening kan vragen. Deze beslissing is een besluit.<sup>283</sup> Deze regeling is met de 2007-wetswijziging uitgebreid naar boetebesluiten, zij het dat de wachttijd vijf dagen is. Ook bij sanctiebesluiten is artikel 10 van de Wob van toepassing verklaard.<sup>284</sup> Desalniettemin wordt deze bekendmakingsbeslissing in de Mededingingswet *niet* als besluit aangemerkt, wat alleen te verklaren is doordat de achterliggende gedachte van de vijf dagen wachttijd kennelijk een andere is dan de

---

279 Zaak 53/85, Akzo Chemie.

280 Het wel als vertrouwelijk aanmerken is niet apart appellabel, zie gev. zaken T-10-12 & 15/92, CBR.

281 Bijv. de terinzagelegging in een onderzoeksprocedure: het rapport en de op de zaak betrekking hebbende stukken worden op grond van de Mw (via de openbare voorbereidingsprocedure van de Awb) voor belanghebbenden ter inzage gelegd; zie artikel 60, lid 2 Mw, in samenhang met artikel 3:11, lid 2 en lid 3 Awb. Daardoor is artikel 10 Wob op deze gegevens van toepassing.

282 Er is op grond van de Mededingingswet geen verplichting tot terinzagelegging van het dossier in concentratiezaken. De NMa stelt dat de Awb niet van toepassing is en procedures niet openbaar (zie Spelregels bij concentratiezaken 2004; de Spelregels lijken echter in tegenspraak met het Formulier melding & aanvraag, zie p. 4).

283 Dat geldt ook voor de beschikking n.a.v. de melding: artikel 35, lid 3 Mw en artikel 42, lid 3 Mw. Zie voor een voorbeeld van een dergelijke, expliciet zo geduide, beschikking: besluit van de NMa van 27 december 2000, zaak 2059 Westraco/Sony. Er zijn drie gepubliceerde beschikkingen op de website van de NMa, allemaal ouder dan 2001.

284 Artikel 65 Mw.

wachttijd bij concentratiebesluiten. Dat draagt niet bij aan coherente regelgeving.<sup>285</sup> Ten aanzien van de openbaarmaking van andere besluiten is er geen regeling. Op EG-niveau heeft het Hof een beslissing om vertrouwelijk aangemerkte documenten of gegevens openbaar te maken als appellabele handeling aangemerkt.<sup>286</sup> Dat wordt op nationaal niveau niet gevolgd. Waar de Mededingingswet niet zelf het besluitkarakter vastlegt, worden beslissingen omtrent vertrouwelijkheid door de rechter niet als besluiten aangemerkt.

Zo stelde de voorzieningenrechter in Snitjer dat de mededeling in sanctieprocedures, dat stukken al dan niet ter inzage worden gelegd, geen besluit is. In deze zaak was aan onder meer Snitjer – beschuldigde onderneming – aangekondigd dat het rapport en alle verdere op de zaak betrekking hebbende stukken voor belanghebbenden ter inzage zouden worden gelegd. Daarop ontstond discussie over de vertrouwelijkheid van bepaalde documenten. Uiteindelijk deelde een medewerker van de NMa aan Snitjer mee dat het beroep op vertrouwelijkheid ten aanzien van bepaalde documenten onvoldoende gemotiveerd was en dat de in die documenten vervatte gegevens niet als bedrijfsvertrouwelijke- of fabricagegegevens in de zin van de Wob konden worden beschouwd, danwel anderszins als vertrouwelijk konden worden aangemerkt, zodat de betrokken documenten voor belanghebbenden openbaar gemaakt zouden worden. Deze aankondiging is informatief van aard en kondigt de feitelijke handeling van publicatie aan.<sup>287</sup>

Ook in de zaak Vodafone is openbaarmaking van vertrouwelijk geachte gegevens aan de orde. Het gaat in deze zaak om toezending van een Rapportage aan Vodafone – het gaat

---

285 Zie het amendement van de VVD-fractie (Kamerstukken 2005-2006, 30071, nr. 21), die bezorgd was over de publiciteit rondom besluiten en voorgenomen besluiten. Bij amendement is opgenomen dat een beschikking niet eerder dan vijf dagen na bekendmaking ter inzage wordt gelegd. De toelichting stelt dat deze wachttijd ondernemingen de mogelijkheid geeft om *reputatieschade* te voorkomen. Het gaat hier dus niet zozeer om vertrouwelijke gegevens, als wel om publiciteit.

286 Zaak 53/85, AKZO; zaak T-102/96, Gencor. Zie ook zaak C-36/92 P, SEP; de weigering om informatie van een derde als vertrouwelijk te behandelen, is vatbaar voor beroep. Zie ook Kerse & Khan 2005, p. 238-239.

287 Voorzieningenrechter rechtbank 24 december 2002, Snitjer; zie Cartigny 2004 a. Na de bestuursrechtelijke uitspraak volgde een civiele procedure, waarbij tot een schikking werd gekomen die door de rechter verbindend werd verklaard: rechtbank Den Haag in kort geding 22 januari 2003 (zie Nijs 2003). Partijen kwamen overeen dat de NMa de door Snitjer vertrouwelijk geachte gegevens niet openbaar zou maken aan anderen dan in de procedure al betrokken ondernemingen, met dien verstande dat ten opzichte van een drietal ondernemingen de NMa slechts de gegevens ter inzage zou mogen geven 'nadat de NMa in het kader van de vereiste belangenafweging heeft vastgesteld dat deze ondernemingen die gegevens redelijkerwijs nodig kunnen hebben ten behoeve van de eigen verdediging'. Deze oplossing is wonderlijk, omdat het de vraag is of deze gedifferentieerde openbaarmaking (die overigens wel wenselijk zou kunnen zijn), inclusief belangenafweging wel kan. Op grond van de Wob is de uitzonderingsgrond voor vertrouwelijke bedrijfsgegevens immers een absolute weigeringsgrond. In diens annotatie wijst Nijs er op dat de belangenafweging (gebaseerd op verdedigingsbelangen) wellicht is geïnspireerd door de Sep-uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank 26 november 2002, Sep (Norsk Hydro)). Dat kan, maar is dan niet goed doordacht; welke belangen worden tegen elkaar afgewogen? In deze civiele uitspraak kennelijk die van de met name genoemde ondernemingen (dus X, Y) en het belang van vertrouwelijkheid van Snitjer (Z). In de Sep-uitspraak is dat echter het belang van de NMa om de bewijsvoering rond te kunnen krijgen én het vertrouwen van marktpartijen niet te beschamen (van X en Y en Z, derhalve) en dus adequaat te kunnen (blijven) optreden tegenover de verdedigingsbelangen van Sep. Of is dit een schijntegenstelling? Kennelijk is deze gang van zaken bij de NMa ondertussen standaardpraktijk geworden, zie Elias & Pekelharing 2004, p. 180.



niet om een rapport in de zin van artikel 59 Mw, maar om een Rapportage over de marktdefinitie, opgesteld mede op basis van vertrouwelijk aangemerkte gegevens van Vodafone – waarvan per e-mail werd medegedeeld dat zij later die dag gepubliceerd zou worden. Opnieuw wordt geen besluit aangenomen.<sup>288</sup>

Dit standpunt is meer recent bevestigd in een uitspraak van de (exclusief bevoegde) voorzieningenrechter in een zaak tegen de Consumentenautoriteit: de terinzagelegging, ook als daarbij ‘tevens een oordeel [wordt] gegeven over de vertrouwelijkheid van gegevens’ is een feitelijke handeling.<sup>289</sup>

– *Evaluatie en kritiek*

In nationale literatuur en in bestuursrechtelijke jurisprudentie is geen eenstemmigheid over de vraag of de mededeling over terinzagelegging op grond van de Awb als besluit moet worden aangemerkt.<sup>290</sup> Ook is het geen uitgemaakte zaak dat beslissingen omtrent vertrouwelijke gegevens bij openbaarmaking van een besluit *geen* beschikking zou zijn, zoals de NMa betoogt.<sup>291</sup> Dit betekent dat sprake is van divergentie met het EG-recht, waar een beslissing over vertrouwelijkheid en terinzagelegging, althans wanneer vertrouwelijkheid wordt geweigerd, wel een besluit is, maar ook divergentie in een kleinere kring, binnen de Awb, en nog smaller, binnen het bestuursrechtelijke mededingingsrecht. De rechter legt in Snitjer immers een a-contrario-redenering aan, die loopt langs de volgende lijn: een aankondiging tot terinzagelegging is geen besluit, ook niet als daar een oordeel omtrent de vertrouwelijkheid van gegevens aan ten grondslag ligt; daarop zijn specifieke uitzonderingen in de Mededingingswet opgenomen; maar op grond van ‘de ratio’ en de ‘wetsgeschiedenis’ van de Mededingingswet worden deze, op grond van een a-contrario-redenering, niet uitgebreid naar niet geregelde momenten. Deze redenering is echter in tegenspraak met de in het concentratietoezicht gevolgde redenering naar analogie waarbij bij hiaten in de wetgeving een rechtsbeschermingsvriendelijke interpretatie werd gevolgd, *ook* vanwege de ratio en de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet. Door deze uitspraken ontstaat ten aanzien van vertrouwelijkheidsbeslissingen een verschil in rechtsbeschermingsmogelijkheden voor wat in feite gelijksoortige beslissingen zijn. Ook is er onduidelijkheid over de vraag of de Wob nu wel of niet van toepassing is bij beslissingen over vertrouwelijkheid (zie ook hierna). Hoewel de toets aan de eisen van effectieve rechtsbescherming pas in hoofdstuk 9 volgt, is nu al duidelijk dat dit niet de meest optimale situatie betreft: er is geen sprake van een coherent en begrijpelijk systeem, en in het licht van het belang van de rechten van verdediging is er onvoldoende toegang. Er zijn verschillende oplossingen mogelijk om deze situatie te redresseren (zie par. 5.8).

---

288 Rechtbank 11 september 2002, Vodafone Libertel. Zie ook Elias & Pekelharing 2004; De Jong & Pigmans 2003; Van der Meulen 2003, p. 123.

289 Rechtbank Rotterdam 14 juli 2008, X – Consumentenautoriteit.

290 Dit betreft de mededeling als bedoeld in artikel 3:11, lid 2, Awb. In Handboek Awb als voorbereidingsbesluit aangemerkt; zie ook Van Angeren & Polak 2000; anders: De Jong & Pigmans 2003, p. 116.

291 Zo heeft de Afdeling zich gebogen over de mededeling dat de Opta bepaalde gegevens in een besluit al dan niet als vertrouwelijk aanmerkte. Die beslissing werd wel als besluit aangemerkt, ABRvS 16 juli 2003, LJN AH9903. Zie hierover ook Gerbrandy & Pietermaat 2005, p. 352.

## 5.6 Wob-verzoeken en vertrouwelijkheid

Een derde kan via de Wob trachten informatie, zich bevindend in een mededingingsdossier, te verkrijgen. Dit kan nuttig zijn voor bijvoorbeeld schadevergoedingsprocedures, maar de Wob kan ook worden ingezet door journalisten of waakzame burgers. Ook op EG-niveau geldt een Wob-achtige regeling.<sup>292</sup> De toegangsregeling heeft een andere ratio dan toegang voor betrokkenen in een procedure bij de toezichthouder. De ratio van de Wob is openbaarheid van bestuur: controle door openbaarheid door een ieder op het optreden van de overheid. De toegang tot documenten is op Europees niveau in het mededingingsrecht gelegen in de rechten van verdediging; in de Awb, voorzover geregeld, is zij vooral ingegeven door een zorgvuldigheidsverplichting voor het bestuursorgaan. In de nationale context doet zich echter een afbakeningsprobleem voor tussen de regeling van de Wob en de regeling over openbaarmaking in de Mededingingswet, die op EG-niveau niet terugkomt. Een dergelijk *lex generalis/lex specialis*-regime geldt niet op EG-niveau: men kan zich beroepen op de Eurowob, ook voor mededingingsrechtelijke dossiers.<sup>293</sup> Toepassing van de EuroWob wordt niet principieel afgewezen, al wordt geen toegang verleend tot vertrouwelijke informatie. Anderzijds is het niet de Eurowob die een vertrouwelijkheidsbeslissing in een mededingingsrechtelijke procedure beheerst, zoals dat – in ieder geval gedeeltelijk en naar mijn mening geheel – het geval is met de Wob onder de Mededingingswet. Er is derhalve een verschil in systeem. Daarbij is het lastig te spreken van convergentie zoals die over het algemeen in dit proefschrift wordt onderzocht, in de zin van een proces van procedurele convergentie die materiële convergentie zou volgen. Deze stelling is ten aanzien van de Wob niet zomaar te poneren. Het is eerder andersom: de Eurowob is mede tot stand gekomen onder druk van de noordelijke lidstaten van de EG, naar analogie van daar bestaande regelingen. De vraag naar de verhouding tussen Mededingingswet en Wob is derhalve niet vanuit een convergentieperspectief te beantwoorden.

In algemene zin is de Wob niet van toepassing als een uitputtende regeling is opgenomen in een specifieke wetgeving. De NMa is lang van mening geweest dat dit het geval was voor de Mededingingswet, een standpunt dat werd onderschreven in literatuur.<sup>294</sup> De mededingingsbestuursrechter heeft zich over deze vraag niet uitgelaten, al was het maar omdat voor Wob-verzoeken de ‘gewone’ competentieregels gelden. De Afdeling heeft de NMa echter uiteindelijk geen gelijk gegeven en heeft bevestigd dat deze stelling niet opgaat.<sup>295</sup> Zij was, gelet op de bepalingen van de Mededingingswet, natuurlijk ook onhoudbaar, zodat het eigenlijk verbazingwekkend is dat het bijna tien jaar heeft geduurd voordat dit door de Afdeling is bevestigd. Dat uit de wetsgeschiedenis bij de Mededingingswet blijkt dat terughoudend moet worden omgegaan met het verstrekken van specifieke informatie over betrok-

---

292 De Eurowob; zie hierover Kranenborg & Voermans 2005.

293 Zie bijv. zaak T-2/03, *Konsumenteninformation*, en daarover ook Van de Hel & De Grave 2006.

294 Zie Van der Meulen 1999 b; Van de Hel & De Grave 2006.

295 ABRvS 7 februari 2007, *Gazelle/Staat*, in hoger beroep van rechtbank Arnhem 3 juli 2006; zie daarover Van de Hel 2006.

ken ondernemingen, betekent immers nog niet dat de Wob niet van toepassing zou (kunnen) zijn. Daarin zijn tenslotte juist uitzonderingen opgenomen die deze informatie beschermen.<sup>296</sup> Het lijkt mij ook niet juist te veronderstellen dat de wetgever met het op enkele plaatsen wel opnemen van specifieke regelingen een uitputtende regeling zou hebben bedoeld; de Mededingingswet is wel vaker niet geheel consistent (zie bijv. par. 5.5). De opgenomen bepalingen in artikel 90 en 91 Mw zijn bovendien niet bedoeld als regeling voor informatieverstrekking aan derden.<sup>297</sup> Ook met de bevestiging dat Wob-verzoeken overeenkomstig de Wob moeten worden beoordeeld, is de verhouding tussen Wob en Mededingingswet nog niet helemaal duidelijk. De vraag blijft of de Wob ook van toepassing is op andere vertrouwelijkheidsbeslissingen, zoals hiervoor aan de orde in paragraaf 5.5, of alleen daar waar de Mededingingswet dat voorschrijft. Bovenstaande argumenten gelden mijns inziens echter ook hier. Dat de wetgever dit slechts gedeeltelijk heeft aangegeven, kan niet als argument dienen voor een a-contrario-redenering.<sup>298</sup> Derhalve moet de Wob ook van toepassing worden geacht op beslissingen over het openbaar maken of het verlenen van toegang tot vertrouwelijke informatie. Dat leidt echter wel tot complicaties. Ten eerste geldt op grond van de Mededingingswet bij bekendmaking van tweedefasebesluiten in het concentratietoezicht de regeling van een week wachttijd, inhoudende dat een besluit met vertrouwelijk aangemerkte informatie niet eerder dan na een week wordt bekendgemaakt (en bij sanctiebesluiten vijf dagen),<sup>299</sup> zodat tegen die bekendmaking een voorlopige voorziening kan worden gevraagd. Dit is een extra bescherming die in de Wob ontbreekt, maar die wel zinvol is in het licht van het belang van de bescherming van vertrouwelijke gegevens. Een tweede complicatie is dat op grond van de Wob de gewone competentieregels gelden.<sup>300</sup> Beide problemen zijn echter te ondervangen met een regeling in de Mededingingswet (zie par. 5.8).

## 5.7 Informeel beleid

Net als de Commissie maakt de NMa in het voeren van mededingingsbeleid veelvuldig gebruik van informele instrumenten, zoals brieven, ‘voorlopige oordelen’, ‘punten van overweging’, ‘informele zienswijzen’,<sup>301</sup> persberichten, rapporten, adviezen aan derden, consultatiedocumenten en andere soorten informatieverstrekking die niet direct het eindresultaat zijn van een procedure gereguleerd door Mededingingswet en Awb. Het kan gaan om informatieverstrekking aan (toekomstige)

---

296 Idem Van Wijngaarden 2005.

297 Zie de uitspraak van de ABRvS, hiervoor genoemd.

298 De regeling dat de Wob van toepassing is bij de terinzagelegging van concentratiebesluiten en sinds de wetwijziging van 2007 ook, maar ook alleen maar, bij sanctiebesluiten, laat dat opnieuw zien (zie par. 5.5).

299 Opnieuw een voorbeeld van de zeer consistente mededingingswetgever.

300 Van Wijngaarden 2005, impliceert dat de rechtbank Rotterdam bevoegd is; dat lijkt mij echter niet juist.

301 Zie de NMa op haar website: zij gaan volgens de NMa over artikel 6 Mw, maar in de praktijk ook over het concentratietoezicht.

partijen, aan het ‘brede’ publiek, of aan andere instanties.<sup>302</sup> Sommige van deze beslissingen kunnen wellicht als rechtsoordeel worden aangemerkt, waartegen – in bepaalde omstandigheden – beroep open staat bij de rechter (zie par. 4.1.1 en par. 5.2). Voor andere van deze ‘beslissingen’ geldt dat het zeer duidelijk geen besluiten zijn.<sup>303</sup> Slechts over enkele categorieën is bij de mededingingsbestuursrechter geprocedeerd. De Europese rechtspraak is in deze uitspraken niet aan de orde, maar daarvan wordt over het algemeen niet afgeweken, hoewel in het EG-recht in het verleden tegen bepaalde typen van informele oordelen wel rechtsbescherming is opengesteld.<sup>304</sup> Over het algemeen is (ook) in de Nederlandse context echter geen sprake van besluiten waartegen beroep bij de rechter open staat.

– *Informele oordelen gedurende een procedure*

Dat geen sprake is van besluiten, geldt in ieder geval voor informele oordelen die nog lopende een procedure worden gegeven.

Het *voorlopig oordeel* is in een van de eerste mededingingsuitspraken aan de orde.<sup>305</sup> Over het voorlopig oordeel was nogal wat van doen geweest en enkele auteurs waren van mening dat het oordeel gezien moest worden als besluit.<sup>306</sup> De rechtbank stelde echter vast dat de NMa in het oordeel, dat de ter ontheffing aangemelde regelingen in strijd waren met artikel 6 Mw, dat ontheffing niet mogelijk was, dat partijen werden verzocht te berichten of zij de aangemelde regelingen zouden opheffen, en dat, als zij dit niet zouden doen, de NMa tot handhaving over zou gaan, slechts aangaf hoe de Mededingingswet in concreto moest worden uitgelegd. Van enig rechtsgevolg was (nog) geen sprake. Rechtsgevolgen zouden pas aan de orde komen bij een eventueel handhavingsbesluit. Er is derhalve sprake van een bestuursrechtelijk rechtsoordeel, waartegen in de regel geen beroep openstaat.

---

302 Van der Meulen 1999 c, maakte bijna tien jaar geleden een onderscheid in zes vormen van informeel beleid waartegen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open zou staan: informatieverstrekking buiten een lopende procedure (informele zienswijzen); informatieverstrekking voorafgaand aan een aanvraag of melding (prenotificatie-gesprekken); informatieverstrekking in een lopende procedure (visie van NMa omtrent een aangemelde gedraging met het doel de aanvraag te laten intrekken, zodat niet hoeft te worden beslist op de aanvraag); suggesties voor oplossingen (remedies); ordening van inspraak (punten van overweging); en de waarschuwing (voorlopig oordeel). Deze kunnen alle worden gezien als gericht op informatieverstrekking aan bij een (toekomstige) procedure betrokken partijen, die zelf informatie verlangen of van wie informatie wordt verlangd. De twee andere vormen kunnen eveneens onder de noemer ‘informeel beleid’ worden geplaatst. Het gaat dan om persberichten en jaarverslagen van de NMa, maar ook om informatie-uitwisseling in het netwerk van mededingingsautoriteiten.

303 Dat geldt, zo lijkt me, in ieder geval voor de informele informatieverstrekking aan ondernemingen met een korte vraag over de toepassing van de Mw, en voor informatie die gegeven wordt tijdens prenotificatiegesprekken.

304 Zoals ‘formele’ comfort letters (zie hierna), of informele eindafdoeningen van een klacht (zie par. 5.1).

305 Rechtbank 24 januari 2000, VBBS I.

306 Zie Brouwer & Schilder 1999; Pijnacker Hordijk & Glazener 1999; Verslag van een studiemiddag 1999, p. 28; anders: Van der Meulen 1999 c; Dekker 2002 b, p. 132.

Op deze uitspraak is kritiek gekomen, omdat de rechtbank hiermee niet de eerdere rechtsoordelenuitspraken van het CBb zou volgen.<sup>307</sup> Ook werd wel verdedigd dat vanwege de mogelijke schade als gevolg van het naar buiten brengen van het voorlopig oordeel in ieder geval in dergelijke gevallen wél beroep moest kunnen worden ingesteld.<sup>308</sup> Hoewel de ontheffingsprocedure niet meer bestaat, is de uitspraak van de rechtbank nog wel van belang voor andere typen informele beslissingen, zoals informele zienswijzen in het concentratietoezicht.

Zo is volgens de NMa ook een *informele zienswijze* in het concentratietoezicht geen besluit; deze heeft volgens de NMa met name betrekking op juridictionele vragen, die voorafgaand aan een melding spelen.<sup>309</sup> Ook de ‘punten van overweging’ die de NMa uitbrengt in de vergunningfase, lijken op het voorlopig oordeel van de VBBS-zaak, en zijn derhalve waarschijnlijk niet voor beroep vatbaar.

In het EG-recht, dat overigens niet ter sprake komt, zijn dergelijke voorlopige oordelen gedurende een procedure ook geen besluiten.<sup>310</sup> Er is derhalve geen sprake van divergentie. Toch zou men in bijzondere gevallen kunnen betogen dat sprake is van een rechtsoordeel dat met een besluit gelijk moet worden gesteld. Dat kan vooral voor derden relevant zijn, maar is met name voorstelbaar bij informele afdoeningen van een procedure (zie hierna).

#### – *Informele afdoeningen*

Naast informele instrumenten die tijdens een procedure worden gebruikt, is er ook een scala aan vormen van informele afdoeningen die een einde maken aan een procedure.<sup>311</sup> Deze zijn (nog) geen onderwerp geweest van bestuursrechtelijke procedures op nationaal niveau, hoewel over vergelijkbare beslissingen wel op EG-niveau is geprocedeerd. Informele afdoeningen zijn daarbij soms als appellabele handeling aangemerkt. Toch is het de verwachting dat door de nieuwe bevoegdheden van Verordening 1/2003 minder behoefte zal bestaan aan informele afdoeningen.<sup>312</sup> Zo zal het gebruik van *comfort letters*, waarvan de status altijd onduidelijk is gebleven, afnemen,<sup>313</sup> omdat het toezeggingsbesluit en de formele negatieve verklaring zijn geïntroduceerd. Van deze beslissingen is de status wel duidelijk: het zijn

---

307 Van Angeren & Polak 2000 verwijzen naar CBb 21 juli 1998, JB 1998/233 en CBb 22 maart 1999, AB 1999/168. Zie ook par. 4.1.1.

308 Maar genuanceerd is Cartigny 2000.

309 Deze hebben ‘betrekking op de interpretatie die de NMa aan een bepaling in de Mw geeft’, aldus de NMa in zijn Spelregels.

310 Zaak C-60/81, IBM. Zie over de punten van bezwaar in concentratiezaken ook Kekelekis 2004.

311 Bijvoorbeeld de *informele zienswijze als negatieve verklaring*. Deze kan zowel artikel 6 Mw als artikel 24 Mw betreffen. Het rechtskarakter is onduidelijk. Ook de Commissie geeft nog steeds informele oordelen, en stelt dat dit geen besluiten zijn (zie Mededeling informeel advies 2004). Dat lijkt terecht wat de vorm betreft waarin de Commissie ze nu geeft, omdat de Commissie tegenwoordig ook een formele negatieve verklaring, een voor beroep vatbare handeling, kan geven (artikel 10, Vo 1/2003).

312 Kerse & Khan 2005, p. 360.

313 *Comfort letters* werden over het algemeen niet als beschikking aangemerkt, maar soms wel: zie zaak 253/78, Guerlain, en vgl. Wodz 2000.

bindende beslissingen die vatbaar zijn voor beroep.<sup>314</sup> Hoogstwaarschijnlijk zal ook in de nationale context, door de nieuwe beslissingsbevoegdheden van de NMa, minder vaak gebruik worden gemaakt van sommige typen van informele eindafdoeningen.<sup>315</sup>

Over het algemeen zal bij informele afdoeningen geen beroep mogelijk zijn. Bij bepaalde typen beslissingen is dat ook geen probleem.<sup>316</sup> In bijzondere omstandigheden kan echter wellicht een rechtsoordeel waartegen beroep kan worden ingesteld, worden aangenomen,<sup>317</sup> omdat rechtsbescherming bij informele afdoening een serieus punt van zorg is. Enerzijds geldt dat er geen formele eindbeschikking volgt waartegen een vernietigingsberoep kan worden ingesteld, en anderzijds geldt dat informele oordelen een rol kunnen spelen in civiele procedures. Civielrechtelijk is dan ook wél geprocedeerd over informele afdoeningen.

Zo is geprocedeerd tegen de *informele zienswijze die géén negatieve verklaring inhoudt (een discomfort letter)*, inhoudende dat een bepaald informatiesysteem ‘op gespannen voet’ staat met artikel 6 Mw. De civiele rechter laat zich niet uit over het rechtskarakter van de informele zienswijze, maar gaat er kennelijk van uit dat het geen besluit betreft. Toch is de uitspraak ook voor dit hoofdstuk interessant vanwege het door de civiele rechter genoemde ‘stellig geformuleerde’ en ‘voorbehoudsloze’ van de vaststellingen waarvan ‘geen steun kan worden gevonden (...) dat het zou gaan om een voorlopige beoordeling’.<sup>318</sup> Dit zou kunnen impliceren dat de informele zienswijze in casu zou kunnen worden gekwalificeerd als een besluit of als rechtsoordeel dat daarmee gelijk moet worden gesteld.

---

314 Temple Lang 2003 c, stelt dat dit in ieder geval geldt voor het toezeggingsbesluit dat volgt op punten van bezwaar. Als het toezeggingsbesluit *daarvoor* wordt genomen, dan zou zij ook als informele afdoening kunnen worden gezien, waarvan de status opnieuw onduidelijk is. Overigens is de vraag wie in beroep kan gaan tegen dit besluit bij het EG-toezeggingsbesluit met meer vaagheden omkleed dan in het nationale systeem; vgl. over deze vraag bijv. Cook 2006 met Sousa Ferro 2005; Schweitzer 2008.

315 Zoals de *informele afdoening in concentratiezaken*, door de melding te laten wijzigen, zodat geen vergunning nodig was (zie hierover: Dekker 2002 b, p. 210). Vóór de 2007-wijziging was het niet mogelijk voorschriften te verbinden in een eerste fase, en werd deze weg gebruikt om ‘remedies’ op te kunnen leggen. Tegen dit informele ‘voorschrift’ kon niet worden opgekomen, hoewel wel tegen het besluit dat geen vergunning is vereist. Op EG-niveau zijn remedies al langer in beide fasen voor beroep vastbaar: zie gev. zaken T-125 & 127/97, Coca Cola. Ook kwam het *niet uitbrengen van een rapport* voor. Deze situatie wordt waarschijnlijk ondervangen door het toezeggingsbesluit (dat een beschikking is). Bij de 2007-wetswijziging is zij ingevoerd. De toevoeging van deze bevoegdheid is duidelijk door convergentiemotieven ingegeven.

316 Zoals de *informele zienswijze gericht op het intrekken van een aanvraag*. De aanvrager is immers niet verplicht de aanvraag in te trekken.

317 Dit geldt bijvoorbeeld voor de *informele zienswijze voorafgaand aan een melding*, inhoudende dat niet gemeld hoeft te worden, die onder omstandigheden als rechtsoordeel/besluit zou moeten worden aangemerkt. Stel bijvoorbeeld dat de NMa zegt dat niet gemeld hoeft te worden, en de tegenstribbelende over te nemen onderneming vindt van wel. Bij een beslissing dat een melding zou moeten volgen, kan gemeld worden en een besluit worden afgewacht, maar andersom niet. De NMa kan ook vinden dat er op EG-niveau gemeld moet worden; is dat een rechtsoordeel? Vgl. het informele oordeel van de Europese Commissie (brief en publicitair statement) dat een concentratie niet onder de Europese concentratieregels valt, maar onder de nationale, dat door het Hof als beschikking werd aangemerkt (zie par. 5.2).

318 Rechtbank Den Haag 31 augustus 2005, Gfk.

– *Het informeren van het publiek*

Ook is civielrechtelijk geprocedeerd over het naar buiten brengen van informatie door de NMa, buiten de kring van betrokkenen en buiten lopende procedures. Het gaat daarbij om informatieverstrekking via persberichten en jaarverslagen en het naar buiten brengen van bijvoorbeeld informele zienswijzen aan anderen dan betrokkenen. In algemene zin is de NMa bevoegd tot het informeren van het publiek.<sup>319</sup> Maar het (onbesuisd) naar buiten brengen van informatie kan schade opleveren.<sup>320</sup> Het is echter de vraag of sprake is van besluiten; dat lijkt niet zo te zijn.

Het uitbrengen van persberichten omvat geen besluiten, maar feitelijk handelen, zo wordt in Accell vastgesteld.<sup>321</sup> Ook het sturen van een rapportage met daarin vertrouwelijke gegevens van Vodafone aan diens concurrenten is geen besluit.<sup>322</sup>

Omdat geen sprake is van appellabele besluiten, is over deze informatievoorziening wel civielrechtelijk geprocedeerd.

Zo is het *persbeleid* van de NMa een doorn in het oog van sommige ondernemingen en hun advocaten. In Accell meende de rechtbank dat geen sprake was van onrechtmatig handelen – ‘schoonheidsfouten’ – maar het Gerechtshof oordeelde anders.<sup>323</sup> Ook is geprocedeerd over de *openbaarmaking van informele instrumenten*. Onder deze noemer valt het naar buiten brengen van bijvoorbeeld informele zienswijzen aan anderen dan betrokkenen in een procedure. Zo ging de Gfk-zaak over het naar buiten brengen van een informele zienswijze, die achteraf onjuist bleek te zijn.<sup>324</sup> De rechtbank stelt dat de NMa informele zienswijzen mag gebruiken, maar daarbij wel zorgvuldig moet handelen. Dat was hier niet het geval.<sup>325</sup> Daarnaast is geprocedeerd over de *publicatie van een Rapportage*, in de zaak Vodafone. Zowel de rechtbank als het Gerechtshof oordeelden, nadat door de bestuursrechter was vastgesteld dat het publiceren geen appellabel besluit inhield, dat de verstrekking van het rapport aan concurrenten van Vodafone onrechtmatig was.<sup>326</sup> Ten slotte is civielrechtelijk geprocedeerd over *informatieve brieven* van de NMa aan bijvoorbeeld Kamer, minister of collega-bestuursorganen. Daarvan is nog niet vastgesteld

---

319 Zie rechtbank Den Haag 1 oktober 2002, Vodafone; Gerechtshof Den Haag 24 februari 2005, Accell; en rechtbank Den Haag 31 augustus 2005, Gfk.

320 Zie bijv. Pijnacker Hordijk & Glazener 1999; en Cartigny 2005.

321 Rechtbank Den Haag 3 maart 2004, Accell.

322 Zie rechtbank Den Haag 31 augustus 2005, Gfk.

323 Gerechtshof Den Haag 24 februari 2005, Accell. Het Gerechtshof stelt dat de NMa, gelet op de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM, voorzichtigheid dient te betrachten bij het naar buiten brengen van informatie. Persberichten worden meestal oppervlakkig gelezen en de formulering was dusdanig stellig dat dit des te meer klemt. Twee uur was voor Accell te kort om zich op het persbericht te kunnen voorbereiden. Dat de NMa een alles-in-een-hand-orgaan is, noopt tot nog grotere zorgvuldigheid. Ook het jaarverslag is onzorgvuldig, door Accell met naam en toenaam te noemen en in grote stelligheid te spreken. In algemene zin is er weinig jurisprudentie over de vraag welke zorgvuldigheid de overheid bij haar persbeleid dient te betrachten, zie Kreijger 2004.

324 Rechtbank Den Haag 31 augustus 2005, Gfk.

325 De NMa had onrechtmatig gehandeld door Gfk zonder onderzoek en zonder te horen op de hoogte te stellen van een ‘voorbehoudsloze, stellig geformuleerde en ernstige verdenking die achteraf onjuist bleek te zijn’, en deze ook aan diens klanten te sturen, rechtbank Den Haag 31 augustus 2005, Gfk.

326 Zie rechtbank Den Haag 1 oktober 2002, Vodafone, en hierover Van Dijk 2002; Gerechtshof Den Haag 25 september 2003, Vodafone en hierover De Grave 2003.

of zij besluiten zijn.<sup>327</sup> Wel is de rechtmatigheid van het verstrekken van vertrouwelijke informatie aan de orde gekomen. In Vodafone werd geoordeeld dat de verstrekking aan OPTA of de directeur-generaal concurrentie van de Commissie (gelet op art. 91 Mw) en aan onderzoekers en wetenschappers die als externe adviseurs het onderzoek hebben verricht, rechtmatig is.

Ook op EG-niveau is het mogelijk dat publicatie schade kan veroorzaken. Dan kan schadevergoeding worden gevorderd via de ‘civiele’ actie van artikel 228 EG.<sup>328</sup> Het verschil met het nationale systeem is daarbij vooralsnog dat de schadevergoedingsacties in het EG-recht door uiteindelijk dezelfde instantie worden berecht als vernietigingsacties. Dat is in het nationale systeem niet het geval, hoewel de voorstellen voor een verzoekschriftprocedure voor schadevergoedingsacties bij de bestuursrechter daar mogelijkwerijs verandering in brengen (zie par. 5.8).

– *Evaluatie en kritiek*

De status van informele instrumenten is in sommige gevallen onduidelijk. Dat geldt zowel op het nationale niveau als op het Europese niveau. Meestal zullen *informele zienswijzen lopende een procedure* geen besluiten zijn, evenmin als dat het geval is op EG-niveau. Dat hoeft niet problematisch te zijn, omdat vaak een eindbesluit volgt, waarbij de informele tussenbeslissing ter discussie kan staan. In bijzondere gevallen kan bovendien via de (flexibele) strategische uitleg door de mededingingsbestuursrechter van het beschikkingsbegrip beroep mogelijk worden gemaakt. Steeds is ook de civiele rechter bevoegd te oordelen over de rechtmatigheid. Ook in het EG-recht zijn de meeste informele tussenbeslissingen geen appellabele handelingen; er is weliswaar geen sprake van divergentie, maar ook niet van expliciete convergentie in de schaarse uitspraken die er zijn. Omdat evenmin wordt afgeweken van de algemene Awb-lijn, is de gelijkheid in deze uitkomst vooral alternatief verklaarbaar (vergelijk hoofdstuk 3, par. 4.4). Dat wil zeggen dat zij het gevolg is van systeemovereenkomsten tussen het toegangsregime van de Awb en het toegangsregime op EG-niveau, en niet primair het gevolg van de onderliggende materiële convergentie. De informele afdoening van zaken kan in het licht van de eisen van effectieve rechtsbescherming wel problematisch zijn, met name als hierbij ook beslissingen omtrent vertrouwelijkheid worden genomen (zie ook par. 5.5). Als hiertegen geen beroep mogelijk is, rest een gang naar de civiele rechter. Het probleem daarvan is dat beoordelingen van de NMa in een civiele procedure op een andere manier worden benaderd en terughoudender worden getoetst (vergelijk par. 5.4).<sup>329</sup> In paragraaf 5.8 kom ik op dit punt terug.

---

327 Maar zie voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 26 juni 2002: een brief van de staatssecretaris over de voortgang verdeling etherfrequenties is geen besluit. Ook in het EG-recht is een brief van de Commissie aan de Nederlandse regering geen besluit, zie zaak T-113/89, Nefarma en zaak T-116/89, Prodifarma.

328 Zie Kerse & Khan 2005, p. 356-358.

329 De situatie is natuurlijk verschillend, maar een vergelijking kan worden getrokken met het ontzag van nationale rechters voor informele zienswijzen van de Europese Commissie.



## 5.8 Deelconclusie, knelpunten en oplossingsrichtingen

In de analyse van uitspraken van de mededingingsbestuursrechter over het besluitbegrip is gebleken dat zich niet een eenduidige conclusie opdringt over het antwoord op de kwestie of deze zich bij de interpretatie van de vraag waartegen beroep kan worden ingesteld, laat inspireren door zijn Europese collega-mededingingsrechters. Wel is duidelijk dat het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming in de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter geen rol speelt bij de interpretatie van het besluitbegrip. De mededingingsuitspraken lijken daarmee over het algemeen ook niet in strijd te zijn, hoewel de ondergrens van een helder stelsel van toegang tot de rechter wel in de buurt komt. Bovendien wil het nog niet zeggen dat, omdat strijdigheid ontbreekt, ook sprake is van de meest effectieve vorm van rechtsbescherming voor mededingingsrechtelijke beslissingen,<sup>330</sup> en dat geen spanning bestaat met de eisen die voortvloeien uit effectieve rechtsbescherming (zie hoofdstuk 2, par. 4).

### – *Sporen van convergentie, tekenen van eigenzinnigheid*

Er zijn sporen van convergentie, maar convergentie wordt op bepaalde punten ook expliciet afgewezen. Vaak wordt aan Europese jurisprudentie in het geheel geen aandacht besteed. De reden daarvoor kan zijn dat de toegang al gelijk is; de interpretatie van het besluitbegrip wijkt niet af van de interpretatie die het Hof geeft aan het begrip ‘voor beroep vatbare handeling’. Die begrippen vertonen dan in het algemeen ook grote gelijkenis (zie par. 4). Bovendien wijkt de interpretatie vaak ook niet af van de algemene Awb-lijn. Dit betreft de ‘simpele’ gevallen, de *clear-cut cases* van eindbeslissingen, waarvan duidelijk is dat zij gericht zijn op rechtsgevolg of waarvan in de Mededingingswet is aangegeven dat het beschikkingen betreft, maar ook de minder simpele gevallen waarin door de rechtbank de rechtsoordelenjurisprudentie wordt toegepast (zie par. 5.3), en bij sommige typen van informeel beleid, waarover vooral civielrechtelijk is geprocedeerd (zie par. 5.7). Evenmin wordt naar het EG-recht verwezen als de Wob aan de orde is, maar de verhouding tussen de Wob en de Mededingingswet kent geen vergelijkbaar equivalent op EG-niveau (zie par. 5.6).

Voor de beoordeling van het rechtskarakter van andere beslissingen wordt echter evenmin aangesloten bij de Europese mededingingsrechtelijke uitspraken, terwijl op EG-niveau beslissingen die door de nationale rechter niet als appellabel besluit worden aangemerkt, wel als voor beroep vatbare handelingen worden gezien. Het betreft beslissingen tijdens bedrijfsbezoeken, het vorderen van informatie en het horen (zie par. 5.4), en beslissingen over vertrouwelijkheid (zie par. 5.5). Sommige van deze beslissingen, zoals de beschikking tot verificatie en de beschikking tot vordering van informatie, zijn in de Europese regelgeving anders vormgegeven dan in de Awb, en daarin bevestigd als zijnde beschikkingen. Die afwijkende regeling staat echter niet per se in de weg aan spontane rechterlijke convergentie in de zin van het wel aanmerken als besluit, zoals blijkt in het duidelijk aansluiten bij de EG-benadering van de klacht (zie par. 5.1). Beslissingen over vertrouwelijkheid en

---

330 Vgl. Battjes 2007, p. 48.

toegang tot het dossier worden in het EG-recht soms als appellabele handelingen beschouwd, met name als het gaat om het *niet* aannemen van vertrouwelijkheid. Ook deze jurisprudentie wordt niet genoemd en niet gevolgd; er is sprake van niet expliciet gemaakte divergentie (zie par. 5.5). De mededingingsbestuursrechter wijkt met deze uitspraken echter niet af van de algemene Awb-lijn. Op die lijn wordt in algemene zin wel kritiek uitgeoefend (zie hierna). Het verdient echter wel opmerking dat het verschil in rechtsbeschermingsmogelijkheden in het Europese mededingingsrecht en het nationale mededingingsrecht nog zou kunnen worden verklaard doordat de alternatieve mogelijkheid voor een actie bij de civiele rechter op EG-niveau beperkter is dan op nationaal niveau. Als de bestuursrechter geen rechtsbescherming biedt omdat geen sprake is van een besluit, is de civiele rechter immers bevoegde restrechter.

Waar wel sprake is van convergentie, in zekere zin in afwijking van de algemene Awb-regeling, is in het aanmerken van de klacht als aanvraag (zie ook par. 3.2), en het afwijzen of toewijzen van die klacht als besluit waartegen bezwaar en beroep kan worden ingesteld (zie par. 5.1). Deze convergentie is min of meer expliciet gebaseerd op de geïnstitutionaliseerde rol van de klacht in het Europese mededingingsrecht en is een voorbeeld van spontane convergentie. Desondanks is op de afhandeling van de klacht de ‘gewone’ Awb-regeling van toepassing (zie ook hoofdstuk 8).

Deze convergentie staat in contrast met het expliciet afwijzen van procedurele convergentie in het concentratietoezicht, waar de rechter stelt dat de door de wetgever gewenste aansluiting niet slaat op procedurele kwesties. Het afwijzen van convergentie betekent in dit geval echter dat *meer* beslissingen als besluit worden aangemerkt, dan waartoe convergentie met het EG-recht zou nopen. Zo wordt rechtsbescherming tegen beslissingen in het concentratietoezicht, ook daar waar de Mededingingswet zwijgt over het rechtskarakter daarvan, overeenkomstig de wel in de Mededingingswet expliciet benoemde gevallen uitgebreid (zie par. 5.2). De uitspraken van de mededingingsbestuursrechter zijn niet per se onderling tegenstrijdig, hoewel het lijkt dat het convergentieargument slechts daar wordt gebruikt waar de rechter dit nodig denkt te hebben ter ondersteuning van zijn ingezette redenering. Aan dit kritiekpunt ten aanzien van de wat eclectische aansluiting bij het Europese recht kunnen kritische kanttekeningen worden toegevoegd. Deze gelden ook ten aanzien van de algemene Awb-lijn die door de rechter in mededingingszaken wordt gevolgd en, daar waar de EG-rechter (ook) geen rechtsbescherming biedt, ook voor het EG-niveau. Een aantal belangrijke punten komt naar voren.

– *Rechtsbescherming bij bedrijfsbezoeken, vorderen van inlichtingen, horen en toegang tot het dossier*

Beslissingen waarbij een bedrijfsbezoek wordt aangekondigd, waarbij inlichtingen worden gevorderd en waarbij een verzoek om te worden gehoord of om toegang tot het dossier te verlenen wordt afgewezen, worden niet aangemerkt als besluiten waartegen beroep openstaat bij de bestuursrechter. Dat geldt ook voor de uitoefening van de verificatiebevoegdheid. Vanuit extern convergentieperspectief is sprake van minder rechtsbescherming dan op EG-niveau. Vanuit intern convergentieperspectief

is dat wellicht eveneens het geval, althans voor sommige beslissingen.<sup>331</sup> Evaluatie van de rechtsbeschermingsstandaard levert ten aanzien van deze mindere toegang kritiek op.<sup>332</sup> Het kenmerkende van dergelijke beslissingen is dat enerzijds een medewerkingsplicht geldt, en een dreiging van een sanctie bij niet meewerken, en anderzijds de rechten van verdediging (in ieder geval daar waar het beschuldigde ondernemingen betreft, maar ook daarbuiten, zoals aangegeven in hoofdstuk 2, par. 3.2.1) in geding zijn. Daar kunnen andere argumenten aan worden toegevoegd. Bijvoorbeeld argumenten gebaseerd op bewijsrechtelijke efficiëntie: als er onzorgvuldigheid wordt geconstateerd, is het beter dat eerder vast te stellen dan pas bij het beroep tegen een eindbeslissing, omdat deze vaststelling van invloed kan zijn op het gebruik van bewijsmateriaal. Verder kunnen argumenten worden ontleend aan rechtseconomie, aan de eis van coherentie van het systeem – wat in algemene zin voor het oplossen van een probleempunt zou kunnen pleiten voor convergentie met EG-rechtelijke toegang, mits daarmee aan de eisen van effectieve rechtsbescherming kan worden voldaan – en aan de keuze voor bundeling van expertise bij de gespecialiseerde mededingingsbestuursrechter.<sup>333</sup>

Deze argumenten leiden tot een pleidooi voor het openstellen van rechtsbescherming bij de bestuursrechter. Daartoe zijn verschillende mogelijkheden, enerzijds voor de rechter, en anderzijds voor de wetgever (zie meer concreet ook hoofdstuk 9). Het meest voor de hand liggende is om schriftelijke beslissingen tot het doen van een verificatie, het vorderen van inlichtingen en inzage, beslissingen over het niet horen van een beschuldigde onderneming en het niet verlenen van toegang tot het dossier, in afwijking van de algemene Awb-lijn, als appellabel *besluit* aan te merken of daaraan gelijk te stellen. Het rechtsgevolg van dergelijke beslissingen is dat er een verplichting ontstaat om zich te onderwerpen aan de verificatie, het verschaffen van de inlichtingen. Het is bovendien *onredelijk bezwarend* om ofwel niet mee te werken en een boete te riskeren, ofwel af te wachten tot het eindbesluit. Niet in alle gevallen *volgt* bovendien een eindbesluit.

Niet altijd leidt convergentie met het EG-recht tot voldoende rechtsbescherming. Zoals eerder genoemd, is convergentie in het algemeen niet een voldoende argument voor afwijking van het Awb-recht (dat hier wordt voorgesteld), maar argumenten ontleend aan de eisen van effectieve rechtsbescherming kunnen dat wel zijn. De

---

331 De interne component omvat convergentie met het niet-mededingingsrechtelijke bestuursrecht; in het wel aanmerken als besluit van de aanwijzing van ambtenaren tot bijstand in een Commissieverificatie (zie hiervoor) zou een argument kunnen worden gevonden, en ook in de ‘soepeler’ (Jansen 2003 a) omgang van de Centrale Raad met beslissingen in toezicht en onderzoek zou inspiratie kunnen worden gevonden.

332 Zie ook Dekker 2002 b, p. 305.

333 Zie over de eis van coherente toegang voortvloeiende uit het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming (het doeltreffendheidsvereiste) zaak C-268/06, Impact, en daarover hoofdstuk 2, par. 2.5. In dit verband is vooral de conclusie van A-G Kokott ook interessant, waar zij ingaat op een stelsel van enerzijds een gespecialiseerde rechter, en anderzijds een algemene rechter, en van mening is dat ‘het mogelijk moet zijn de bescherming [van de richtlijn waarvoor de gespecialiseerde rechter gespecialiseerd is] volledig geldend te maken voor een dergelijke gespecialiseerde rechter’ (ov. 64). Dat is natuurlijk hier ook relevant.

mededingingsbestuursrechter voert (feitelijk) convergentie met het EG-recht in sommige gevallen als reden aan voor afwijking van een algemene Awb-lijn. Wellicht is het voor hem lastig een afwijking van het Awb-recht te legitimeren als daaraan geen convergentie ten grondslag ligt. Dat leidt ertoe dat om aan de eisen van effectieve rechtsbescherming recht te doen, het ‘veiliger’ is voor de Mededingingswetgever om er voor te kiezen om in de Mededingingswet dergelijke beslissingen als beschikking aan te merken. Wel is een probleem dat, om als besluit te worden aangemerkt, dergelijke beslissingen *schriftelijk* moeten worden genomen. Dat is nu niet altijd het geval: bij het afleggen van een bedrijfsbezoek, bijvoorbeeld, hoeven de NMa-ambtenaren niet noodzakelijkerwijs een papiertje bij zich te hebben waarop het doel van de verificatie wordt uiteengezet.<sup>334</sup> Bij het vorderen van inlichtingen zal dit eveneens een probleem kunnen zijn en het kan in het kader van een onderzoek door de NMa nodeloos ingewikkeld zijn om die schriftelijkheid steeds te eisen. Om dit probleem gedeeltelijk te ondervangen, zou in de Mededingingswet moeten worden opgenomen dat in ieder geval de beschikking omtrent het afleggen van een bedrijfsbezoek schriftelijk dient te worden genomen.

Dan is er nog de volgende vraag: is dit wel het *moment* in de NMa-procedure waarop rechtsbescherming open moet staan? Daarover kan worden opgemerkt dat de bedoeling van het aanmerken als apart besluitmoment zal zijn om op korte termijn antwoord te verkrijgen over de vraag of de NMa zijn bevoegdheid rechtmatig heeft ingezet: is de verificatie evenredig; is de vordering om inlichtingen te verschaffen proportioneel? Om nuttig te zijn voor de voortgang van de desbetreffende zaak ligt het voor de hand deze vraag op korte termijn te beantwoorden; een voorlopige voorziening ligt in de rede. Maar tegelijkertijd is, met name bij bedrijfsbezoeken, niet voorstelbaar dat de praktijk dat bij een verzoek om voorlopige voorziening het bestuursorgaan, wachtende op de voorzieningsuitspraak, de uitvoering opschort, zoals dat bij bijvoorbeeld een kapvergunning gebeurt, wordt gevolgd, vanwege het belang van het *onaangekondigde* karakter en daarmee het verrassingselement van een verificatie. Wel lijkt, ook met deze kanttekening, het nog steeds logisch dat het dezelfde rechter is die over de rechtmatigheid van de uitvoering van de verificatie, waarbij ook de aankondiging kan worden beoordeeld, beslist als de rechter die over de eindbeslissing oordeelt. De argumenten om hiervoor een apart moment te creëren, blijven eveneens overeind; er zal echter slechts in uitzonderlijke gevallen reden zijn voor een zeer snelle interventie bij voorziening.

– *Beslissingen over vertrouwelijkheid en toepassing van de Wob*

Beslissingen over vertrouwelijkheid zijn geen besluiten waartegen beroep mogelijk is. Op EG-niveau is hier een differentiatie te zien: de aanvrager van het (eind)besluit kan niet in beroep tegen de beslissing om zijn gegevens niet openbaar te maken, maar kan dat wel tegen het besluit zijn gegevens niet als *vertrouwelijk* aan te merken. In de Nederlandse context zou een dergelijke (convergerende) situatie kunnen worden bewerkstelligd door de terinzagelegging als een *voorbereidingsbesluit* aan

---

334 Zie Brochure Bevoegdheden van de NMa 2005, p. 8.

te merken.<sup>335</sup> Daarmee is echter nog niet de situatie ondervangen dat toegang wordt onthouden, bijvoorbeeld bij het wel als vertrouwelijk aanmerken van gegevens die zich in het dossier bevinden. Deze differentiatie is niet optimaal. De oplossing zou zijn om – verdergaand dan waartoe convergentie met het EG-recht zou leiden (zie ook hiervoor) – alle beslissingen van de NMa over terinzagelegging, toegang tot het dossier en openbaarmaking waarbij een beslissing omtrent vertrouwelijkheid van gegevens wordt genomen, als beschikking aan te merken, bijvoorbeeld door dat in de Mededingingswet op te nemen. Het rechtsgevolg is dat ofwel vertrouwelijk geclaimde gegevens bij anderen terechtkomen, ofwel dat toegang tot die gegevens wordt onthouden.

Zoals ik hiervoor betoogde, lijkt het mij juist dat de NMa vertrouwelijkheidsbeslissingen neemt met inachtneming van de Wob-criteria, nu de Mededingingswet niet een uitputtende regeling bevat. Dit geldt voor beslissingen over vertrouwelijkheid tijdens een procedure of bij openbaarmaking van een besluit en bij Wob-verzoeken. De Mededingingswet bevat voor het openbaar maken van vertrouwelijk geclaimde gegevens in een concentratiebesluit een regeling waarbij een week wachttijd wordt opgelegd. Deze regeling verdient uitbreiding. Het recht van ondernemingen om hun vertrouwelijke informatie vertrouwelijk te houden, en het belang van de NMa bij geschikte procedures hiervoor kan dan in ieder geval worden gewaarborgd; informatie ligt nooit zomaar op straat. Als alle beslissingen over vertrouwelijkheid appellabele besluiten zijn, genomen op grond van de Mededingingswet (in samenhang met de Wob), dan lijkt het logisch om, de eenheid van het systeem bewarend, voor Wob-verzoeken dezelfde rechtbank in Rotterdam (en het CBb in hoger beroep) bevoegd te verklaren. Daartoe is wetswijziging vereist.

– *De bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure*

Op een aantal plaatsen heb ik hiervoor gerefereerd aan mogelijke wijzigingen in het stelsel van toegang tot de bestuursrechter (zie ook par. 4.1.2). In de voorstellen van de VAR-Commissie rechtsbescherming, die nog niet erg uitgewerkt waren, leek een richting te worden gepropageerd waarbij een algemene verzoekschriftprocedure mogelijk zou worden gemaakt. Deze verzoekschriftprocedure zou kunnen strekken tot verkrijging van schadevergoeding voor onrechtmatige besluiten, maar ook bijvoorbeeld vanwege feitelijk handelen. Daaronder zou ook het verkrijgen van een vaststelling in rechte kunnen worden begrepen. Uit de voorgaande analyse van mededingingsrechtelijke uitspraken blijkt dat in sommige gevallen nu geen rechtsbescherming wordt geboden waar dat wel wenselijk is. Zelfs met de hiervoor voorgestelde uitbreiding van rechtsbeschermingsmogelijkheden door het aannemen van appellabele beschikkingen is immers niet tegen alle beslissingen van de NMa vernietigingsberoep mogelijk.

Een algemene verzoekschriftprocedure (met exclusiviteitsclausule voor de mededingingsbestuursrechter als het gaat om verzoeken waarbij de NMa de wederpartij is) zou hier soelaas bieden. Het voorontwerp van de werkgroep, zoals dat nu aan de minister voorligt, zelfs als het overeenkomstig het voorstel van de SER wordt

---

335 Zie Van Angeren & Polak 2000.

gewijzigd (zie par. 4.2.1), biedt dat slechts gedeeltelijk. Het voorontwerp biedt soelaas in die gevallen waar, zoals door mij voorgesteld, een besluit wordt aangenomen; de toegang is dan gelijk met het overige bestuursrecht. Zo kan een verzoek tot schadevergoeding worden ingediend als het verificatiebesluit onrechtmatig blijkt. Maar als het verificatiebesluit inderdaad als besluit wordt aangemerkt, is een dergelijk verzoek om schadevergoeding ook zonder verzoekschriftprocedure, door een connexe procedure of een zelfstandig schadebesluit mogelijk. Het is juist in deze vele wegen die naar Rome leiden, dat helderheid wordt getracht te geven. Hetzelfde geldt voor een schadeverzoekschrift naar aanleiding van de vordering tot inlichtingen, het niet horen, en de terinzagelegging van vertrouwelijke gegevens, als deze als besluiten worden aangemerkt. Bij de eerste twee besluiten is echter niet direct duidelijk waaruit de schade zou bestaan; eerder zou bij een onrechtmatig inlichtingenbesluit de aldus verkregen inlichtingen buiten het bewijsmateriaal moeten worden gelaten, waarvoor geen aparte verzoekschriftprocedure nodig lijkt. Bij het openbaar maken van vertrouwelijke informatie is schade wel voorstelbaar, maar als de algemene regeling van een week wachttijd wordt ingevoerd, zoals ik voorstel, zal een dergelijk verzoek in de praktijk niet snel aan de orde zijn.

Het voorontwerp (ook met SER-wijziging) helpt niet in een aantal van de gevallen die hiervoor werden besproken, zoals schade die het gevolg is van de uitoefening van een verificatiebezoek. Terwijl de verificatie zelf rechtmatig is, kan de uitvoering onrechtmatig zijn. De uitvoering is echter een feitelijke handeling en niet een handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit, en valt buiten het voorontwerp. Dat geldt ook voor het mondelinge verzoek om inlichtingen, ten aanzien waarvan niet zozeer een schadevergoedingsactie voorstelbaar is, maar wel een verklaring dat het verzoek onrechtmatig was, en het aldus verkregen bewijs niet mag worden gebruikt. Tenslotte geldt dit ook voor het naar buiten brengen van informatie of persbeleid: geen besluiten, maar feitelijk handelen, en onrechtmatigheid en schade wel mogelijk. De civielrechtelijke vordering tot schadevergoeding blijft bestaan, maar vanwege de eis van coherentie van het systeem en de expertise van de gespecialiseerde rechter en vanwege de verbinding met het onderliggende materiële recht, zou het openstellen van een rechtsweg bij de mededingingsbestuursrechter zinnig zijn.

Daarmee is het voorontwerp weliswaar nuttig, zeker als het SER-advies wordt gevolgd, maar voor het oplossen van de hier geschetste knelpunten, ook nadat verschillende beslissingen als besluit worden aangemerkt of daarmee worden gelijkgesteld, te beperkt. Om daarvoor een oplossing te bieden, zou het moeten worden uitgebreid, ofwel door ook schade als gevolg van feitelijk handelen te omvatten, ofwel door een algemenere verzoekschriftprocedure in te voeren.

## 6 CONCLUSIE

In deze eindparagraaf trek ik ten aanzien van de convergentie in de interpretatie van de toegangsbegrippen enkele conclusies (par. 6.1) die de deelconclusies overstijgen. Deze paragraaf heeft ook een conclusieoverstijgend karakter omdat zij daarnaast een evaluatie bevat van de oplossingen voor de knelpunten die in de deelconclusies zijn

genoemd (zie par. 3.4 en 5.8). Deze oplossingen hebben enkele algemene kenmerken. Paragraaf 6.2 bevat een weerlegging van enkele tegenargumenten die tegen deze kenmerken van de door mij voorgestelde oplossingen kunnen worden ingebracht. In paragraaf 6.3 volgt een eindconclusie.

## 6.1 Conclusie ten aanzien van de convergentie

In dit hoofdstuk is geanalyseerd of in uitspraken van de Nederlandse mededingingsbestuursrechter sprake is van convergentie als het gaat om de interpretatie van de toegangsbegrippen van de Awb. Met andere woorden, in hoeverre is de interpretatie van deze begrippen in overeenstemming met het Europese administratieve recht in mededingingsrechtelijke zaken, in hoeverre laat de nationale mededingingsrechter zich door EG-jurisprudentie inspireren, en in hoeverre wordt daardoor afgeweken van de algemene interpretatie van deze begrippen in het 'gewone' bestuursrecht? Het antwoord op deze vragen vormt een belangrijk deel van het toetsen van de in hoofdstuk 1 genoemde hypothese dat materiële mededingingsrechtelijke convergentie zal leiden tot procedurele convergentie.

### – *Meanderende rechter bij spontane convergentie*

Kort gezegd luidt het antwoord op de vraag naar convergentie dat sprake is van een meanderend beeld. Dan weer buigt de mededingingsrechter zich expliciet naar zijn Europese collega-mededingingsrechters om een afwijking van de algemene Awb-lijn te ondersteunen, dan weer juist om aansluiten bij de algemene Awb-interpretatie te onderbouwen, maar ook treedt hij bij een verschil daartussen op zijn schreden terug naar die algemene Awb-lijn. Wat duidelijk is, is dat de Awb-interpretatie steeds het vertrekpunt is, de basis waarop de rechter zijn uitspraken bouwt. Pas in tweede instantie komt, eventueel, het EG-recht of het specifieke Europese mededingingsrecht in beeld. In veel gevallen komt het EG-recht dan ook in het geheel *niet* ter sprake. Het verwarrende is dat dit echter zowel gevallen kan betreffen waarin de interpretatie in beide systemen tot dezelfde uitkomst leidt – er is dan wel sprake van convergentie, maar deze is eerder alternatief verklaarbaar dan het gevolg van materiële convergentie – als daar waar deze interpretatie afwijkend is.

Een conclusie zou kunnen zijn dat naarmate het onderwerp dat aan de orde is, meer verbonden is met het onderliggende materiële recht, de aansluiting met het EG-recht meer aanwezig is. Deze conclusie lijkt vooral te worden gestaafd door uitspraken met betrekking tot de toegang van de klager, wier belanghebbendestatus, zodat op diens aanvraag een besluit volgt, mede wordt gebaseerd op het Europese mededingingsrecht. Zij zou in zijn algemeenheid kunnen gelden voor de interpretatie van het *belanghebbendebegrip*. De algemene veronderstelling 'hoe dichter bij het materiële recht, des te meer plaats voor spontane convergentie' lijkt echter niet op te gaan voor de interpretatie van het *besluitbegrip*, behalve als het gaat om de klacht. Ook voor onderwerpen die nauw samenhangen met de materiële wetgeving, zoals toegang tot het dossier als onderdeel van het recht om te worden gehoord, wordt EG-jurisprudentie immers niet genoemd.

Een ander opvallend punt in de uitspraken ten aanzien van met name het besluitbegrip is dat de Rotterdamse bestuursrechter niet steeds dezelfde, voor meer rechts-

bescherming sympathieke, lijn kiest bij hiaten in de wetgeving. Tegenover elkaar staan de lijn in het concentratietoezicht (uitbreiding naar analogie) en de lijn bij de terinzagelegging (geen uitbreiding, a-contrario). De rechter besteedt in beide gevallen aandacht aan de ratio van de Mededingingswet en de wil van de wetgever, maar die wil wordt verschillend geduid. Mij lijkt het dat als er hiaten zijn, dit nog niet betekent dat het expliciet de bedoeling van de wetgever is geweest dat er geen rechtsbescherming openstaat. Veeleer is het aannemelijk dat aan deze hiaten een 'niet aan gedacht' van de wetgever ten grondslag ligt. Convergentie met het Europese mededingingsrecht bij de rechtbank is in deze gevallen overigens niet aan de orde. Bij de uitbreiding naar analogie wordt zij zelfs expliciet afgewezen. Bij de a-contrario-redenering, waar het EG-recht wel appellabele handelingen zou aanmerken en convergentie derhalve tot uitbreiding van rechtsbescherming kan leiden, wordt het EG-recht niet genoemd.

– *Effectieve rechtsbescherming speelt een ondergeschikte rol*

Het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming wordt door de mededingingsrechter bij het belanghebbendebegrip een enkele keer onderzocht. Vooral nog heeft dit niet geleid tot een uitbreiding van de interpretatie van het nationale belanghebbendebegrip. Dat lijkt ook niet voor de hand te liggen, hoewel dit in specifieke gevallen anders kan zijn. Bij de interpretatie van het besluitbegrip is het beginsel, verrassend genoeg, niet aan de orde gekomen. Vanwege deze ondergeschikte rol doet zich convergentie in de vorm van spill-over van effectieve rechtsbescherming van EG-rechten naar nationale rechten ook niet voor.

## 6.2 Knelpunten, oplossingen en evaluatie

Zoals in de tussenconclusies (par. 3.4 en par. 5.8) duidelijk is geworden, doen zich spanningen voor. Deze betreffen enerzijds enkele groepen belanghebbenden, zoals de consument en de afgeleidbelanghebbende, die over het algemeen geen toegang tot de rechter verkrijgen, en anderzijds enkele typen beslissingen, met name beslissingen gedurende het onderzoek waarbij rechten van verdediging in geding zijn en beslissingen omtrent vertrouwelijkheid, waartegen geen rechtsbescherming bij de bestuursrechter open staat. In de deelconclusies is reeds een aanzet gedaan om oplossingen te formuleren. Zowel knelpunten als oplossingen dringen zich als het ware nu al op (maar zie ook hoofdstuk 9).

– *Kenmerken van de oplossingsrichtingen*

De oplossingen die ik heb benoemd in de betreffende tussenconclusies, hebben enkele algemene kenmerken gemeen. Zo bepleit ik op de eerste plaats convergentie met de toegang in het Europese mededingingsrecht die op sommige punten *ruimer* is dan op nationaal niveau. Dit betreft zowel het belanghebbendebegrip als het besluitbegrip. Voor specifieke onderwerpen kan echter nu al worden betwijfeld of met deze spontane rechterlijke of (na wetwijziging) wettelijke convergentie de *meest effectieve* rechtsbescherming kan worden bereikt. Soms zijn verdergaande oplossingen wenselijk, omdat ook op Europees niveau rechtsbescherming tekort schiet; bijvoorbeeld bij beslissingen over het weigeren van toegang tot het dossier of over vertrouwelijkheid tegenover een beschuldigde onderneming. Ten tweede bepleit ik aansluiting bij verschillende voorstellen die in de Nederlandse bestuurs-



rechtelijke doctrine naar voren zijn gebracht; uitbreiding van het belanghebbende-begrip, en een verruimde toegang tot de rechter door het introduceren van een verzoekschriftprocedure die een uitgebreidere vorm zou moeten hebben dan nu aan de minister voorligt. Deze richtingen zijn in de algemene bestuursrechtelijke literatuur uitgebreid besproken en becommentarieerd (zie ook par. 2.1.2 en par. 4.1.2). Ten derde hebben sommige van mijn voorstellen gemeen dat zij een afwijking van de algemene Awb-lijn voorstaan, soms wat de interpretatie van het toegangsbegrip betreft, en ook wat de competentieregeling betreft. Afwijking speelt met name bij de toegangsbegrippen, omdat bij de vraag naar convergentie in de toetsing en bewijsrecht, in de hoofdstukken hierna besproken, afwijking van het algemene Awb-recht veel minder aan de orde is; een wettelijke regeling ontbreekt daar immers vrijwel geheel. Derhalve worden de mogelijke tegenwerpingen die tegen deze afwijking van de algemene Awb-lijn kunnen worden ingebracht, hier besproken en zover mogelijk ontkracht. Ten vierde pleit ik voor uitbreiding van rechtsbeschermingsmomenten. Dit brengt echter het gevaar van overbelasting van de mededingingsbestuursrechter met zich mee. Deze twee laatste punten verdienen nadere beschouwing.

– *Afwijking van de Awb*

Een belangrijk punt bij de bespreking van de mogelijke afwijking van de Awb is de veronderstelde uniformiteit van de Awb-begrippen. Dat wordt afgeweken van een algemene interpretatie wordt immers als belangrijk argument tegen een specifiek-mededingingsrechtelijke interpretatie gezien, hoewel ook wel stemmen opgaan die differentiatie binnen de Awb een stuk minder problematisch achten, gelet op het feit dat de Awb vele materiële rechtsgebieden bestrijkt en vanwege het principe dat het procedurele recht in dienst staat van het (verwerklijken van het) materiële recht.<sup>336</sup> Redenen voor een dergelijke afwijking zijn hier vooral gelegen in enerzijds de spanning tussen het beschermingsgebied van het mededingingsrecht en de ondergeschoven positie van de consument, en anderzijds het in geding zijn van de rechten van verdediging die in een procedure bij de NMa gewaarborgd dienen te worden, waarvoor artikel 6 EVRM geldt (zeker nu bij sommige beslissingen een sanctie dreigt bij het niet meewerken) en waarvoor het kader van de Awb niet bedoeld lijkt te zijn.

Afwijking van de Awb zou de rechtszekerheid in gevaar kunnen brengen. Dit betreft niet zozeer het voorstel om ook bij uitbreiding met de verzoekschriftprocedure de rechtbank Rotterdam (en het CBb) als relatief competent aan te wijzen, zo lijkt me, omdat dit in het verlengde ligt van de aanwijzing van deze instanties als colleges met bijzondere expertise. Het verzet tegen afwijking van de Awb kan met name de afwijkende uitleg van de Awb-begrippen betreffen. In de analyse over de toegang tot de rechter is echter duidelijk geworden dat het argument van niet afwijken van de Awb in ieder geval door de rechter zelf selectief wordt gebruikt, en onder omstandigheden evengoed opzij wordt geschoven. Die omstandigheden, zo heb ik hiervoor gedeut, kunnen met name liggen in het dicht tegen het materiële mededingingsrecht aanschuren van de desbetreffende procedurele kwestie. Niet alleen dit selectieve gebruik van het uniformiteitsargument door de mededingingsbestuursrechter zelf kan

---

336 Vgl. Konijnenbelt 2003.

als relativering van het gevaar van afwijking van de algemene Awb-lijn naar voren worden gebracht. Ook de Mededingingswet bevat nu, met gelijksoortige argumenten gebaseerd op verdedigingsbelangen en convergentie wettelijke afwijkingen van de Awb. Het gevaar voor de rechtszekerheid kan ook worden gerelativeerd, nu er sprake is van concentratie van rechtspraak bij één rechtbank en één hogerberoepsrechter. Ook wordt (over het algemeen) aangesloten bij het EG-recht, wat coherentie tussen beide systemen van materieel geconvergeerd recht versterkt; dat vermindert de rechtszekerheid van burgers of ondernemingen die met *beide* rechtssystemen in aanraking komen, in ieder geval niet. Ten slotte wordt in het mededingingsrecht vaak geprocedeerd met gespecialiseerde advocaten, zeker als het gaat om beklagde ondernemingen. Bovendien, en dat is het dragende argument voor afwijking, is de afwijkende lijn ingegeven door de materiële wetgeving zelf. Deze raakt belangen (het consumentenbelang als het gaat om het belanghebbendebegrip, het belang van de rechten van verdediging als het gaat om het besluitbegrip) die in de algemene regeling van de Awb een ondergeschikte plaats hebben. De procedurele regelingen dienen zich, normatief, te voegen naar de belangen die de materiële wetgeving raakt.

– *Gevaar van overbelasting*

Een tweede argument tegen uitbreiding van beroepsmogelijkheden is een rechtseconomisch argument en heeft betrekking op het gevaar dat de NMa, doordat een grotere groep als belanghebbende moet worden aangemerkt, overspoeld wordt door klachten, die waarschijnlijk lang niet altijd van een substantieel niveau zullen zijn. Ook op de rechter wordt vaker een beroep gedaan als meer beslismomenten als voor beroep vatbare besluiten worden aangemerkt. Dit is een legitieme vrees. Maar er zijn, opnieuw, enkele relativeringen. Ten eerste is het niet te verwachten dat uitbreiding van het belanghebbendebegrip tot een stortvloed aan extra zaken of extra beroepsgerechtigden zal leiden, al was het maar omdat de NMa tot prioritering bevoegd blijft (maar zie ook hoofdstuk 8, waarin ik kanttekeningen zet bij het huidige prioriteringsbeleid). Ten tweede betekent de uitbreiding van het aantal beslismomenten waartegen in beroep kan worden gekomen weliswaar meer verschillende zaken bij de rechter, maar daar staat een vermindering van zaken bij de civiele rechter tegenover. Bovendien komen sommige beslissingen nu aan de orde bij toetsing van het eindbesluit. Ik ben van mening dat een aparte toetsing tijdens een procedure echter meer betekenis heeft. Dat zal waarschijnlijk een indringender toets moeten zijn, die meer tijd zal kosten dan een ‘even meenemen’ bij toetsing van het eindbesluit, maar dat doet recht aan het belang van, onder andere, de bescherming van de rechten van verdediging. Een andere relativering is dat het hier alleen gaat om het mededingingsrecht, dat relatief veel minder zaken betreft dan (bijvoorbeeld) het omgevingsrecht of het strafrecht. Een principiële overweging die het bezwaar van het overbelasten van de mededingingsbestuursrechter echter mijns inziens het meest overtuigend weerlegt, is dat vanuit de rechtsfilosofie en vanuit rechtsstatelijke waarden vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de huidige, mede op numerieke gronden gehanteerde, beperkingen (zie ook par. 3.4 en par. 5.8): als uit de eisen van effectieve rechtsbescherming voortvloeit dat vaker een beroep op de rechter zal worden gedaan en deze keuze is alleszins binnen het redelijke, dan zou in een rechtsstaat deze keuze dienen te worden gemaakt.

### 6.3 Conclusie

Aan het einde van dit hoofdstuk kan slechts geconcludeerd worden dat de aan dit proefschrift ten grondslag liggende vooronderstelling dat materiële convergentie zal leiden tot procedurele convergentie (zie hoofdstuk 1, par. 3), niet volmondig wordt ondersteund door de analyse van de interpretatie van de toegangsbegrippen in mededingingsrechtelijke uitspraken. Van spontane convergentie in de vorm van parallelisme is slechts gedeeltelijk sprake. Convergentie door de beïnvloeding door het specifieke EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming doet zich niet voor, laat staan dat sprake is van spill-over-effecten daarvan naar niet door het EG-recht beheerste rechten. Er is sprake van een meanderende rechtspraak, die geen uitersten zoekt, maar in het midden ook niet geheel gelijkmatig doorstroomt.

Bovendien kan worden geconcludeerd dat zich enkele verschillen voordoen als de toegangsinterpretatie van de nationale mededingingsbestuursrechter wordt gelegd naast die van de Europese mededingingsrechter. Bij een dergelijke exercitie, die het hart vormt van dit hoofdstuk, dringen zich ook in het licht van de eisen van effectieve rechtsbescherming enkele problemen op. Deze kunnen vaak ook in een breder verband dan alleen het mededingingsrecht worden gezien. Hoewel de toetsing aan de eisen van effectieve rechtsbescherming in hoofdstuk 9 zal plaatsvinden en in zekere zin daarop wordt vooruitgelopen – wat geen onoverkomenlijk bezwaar zal opleveren in een benadering dat vorm niet de inhoud dwingend kan voorschrijven, maar vorm ten dienste staat aan de inhoud – kunnen voor deze knelpunten ook reeds nu oplossingen worden gevonden. Deze heb ik op verschillende plaatsen in dit hoofdstuk geduïd, aangezien zij verschillende knelpunten betreffen. De tegenargumenten die tegen enkele overkoepelende kenmerken van deze oplossingen naar voren kunnen worden gebracht, overtuigen in ieder geval voor het mededingingsrechtelijke bestuursrecht niet.



## 6 Mededingingsbeperkende gedragingen

### 1 INLEIDING

Dit hoofdstuk bevat een analyse van uitspraken van de nationale mededingingsbestuursrechter over het in artikel 6 Mw neergelegde verbod van mededingingsbeperkende overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen (korthedshalve ook: kartelverbod). De centrale vragen van deze analyse betreffen de convergentie in de materiële toepassing van het kartelverbod door de rechter, en de gevolgen van de materiële aansluiting voor convergentie in bewijs en toetsing door de rechter. De analyse betreft niet alleen uitspraken over artikel 6 Mw, maar ook die over artikel 81 EG, aangezien de NMa sinds Verordening 1/2003 verplicht is dit verbod toe te passen, en omvat ook de uitspraken over de uitzonderingen op het verbod. Om de convergentievraag te onderzoeken bekijk ik eerst op welke wijze de materiële convergentie in de regelgeving is vormgegeven (par. 2). Dit is nodig om te bezien welke ruimte de rechter van de wetgever (nog) heeft gekregen, zodat vervolgens kan worden geanalyseerd op welke wijze die materiële aansluiting bij de rechter vorm krijgt (par. 3). Daarna analyseer ik of voor bewijsrechtelijke aspecten (par. 4) en toetsing (par. 5) eveneens gesproken kan worden van convergentie. Sommige onderwerpen komen daardoor op verschillende plaatsen in dit hoofdstuk terug; zij zijn zowel materieelrechtelijk, bewijsrechtelijk en wat de toetsing door de rechter betreft uit een oogpunt van convergentie interessant. Het hoofdstuk sluit ik af met een overzicht van de belangrijkste bevindingen (par. 6).

Dit hoofdstuk is het tweede hoofdstuk waarin de analyse van uitspraken van de Nederlandse mededingingsbestuursrechter is neergelegd. Nadat de convergentie ten aanzien van toegangsvragen in het vorige hoofdstuk is onderzocht (hoofdstuk 5), komen hierna het concentratietoezicht (hoofdstuk 7) en de afwijzing van klachten (hoofdstuk 8) aan de orde. Dit hoofdstuk, net als de hoofdstukken hierna, bouwt voort op de theoretische uiteenzettingen van hoofdstuk 3, waarin de verschillende vormen van convergentie zijn benoemd, en hoofdstuk 4, waarin de algemene uitgangspunten van bewijs en toetsing zijn weergegeven. In hoofdstuk 9 volgt een beoordeling van de uitkomsten van de analyse in het licht van de eisen van het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals geformuleerd in hoofdstuk 2.

### 2 WETTELIJKE CONVERGENTIE IN VERBOD EN UITZONDERINGEN

In deze paragraaf ga ik achtereenvolgens in op de wettelijke convergentie ten aanzien van de verbodsnorm (par. 2.1) en de uitzonderingen (par. 2.2). De paragraaf sluit af met een korte opmerking over de betekenis daarvan voor het vervolg van dit hoofdstuk (par. 2.3).

## 2.1 Het verbod van artikel 6 Mw

Het uitgangspunt bij de nationale invulling van het verbod voor mededingingsbeperkende afspraken is te vinden in de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet. De verbodsnorm is ‘georiënteerd op die uit het EG-Verdrag maar geen kopie daarvan’.<sup>1</sup> Het uitgangspunt is dat de Mededingingswet ‘*niet strenger en niet soepeler* zal zijn dan de EG-mededingingsregels’. Ook geldt dat ‘met het zoveel mogelijk overnemen van de formulering van de [EG-]artikelen (...) wordt beoogd, dat de toepassing van de Mededingingswet *in belangrijke mate* wordt beïnvloed door de beschikkingenpraktijk van de Commissie en door de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG’.<sup>2</sup> Dit uitgangspunt is voor de onderdelen van de Mededingingswet verschillend vormgegeven.

### 2.1.1 Begrippen

De verschillende begrippen van de verbodsbepaling worden gedefinieerd door een directe verwijzing naar het EG-Verdrag; er is sprake van wat ik in hoofdstuk 3 een ‘juridische bypass’ heb genoemd. Het betreft verwijzingen in de Mededingingswet naar het EG-recht, zonder dat in de Mededingingswet een definitie wordt gegeven (zie hoofdstuk 3, par. 3). De begrippen ‘onderneming’ (zie ook par. 2.1.2),<sup>3</sup> ‘overeenkomst’, ‘onderling afgestemde feitelijke gedraging’ en ‘ondernemersvereniging’ worden niet in de Mededingingswet zelf gedefinieerd, maar door een verwijzing in artikel 1 Mw naar deze begrippen in artikel 81 EG. Omdat ook daar een definitie ontbreekt, wordt aangesloten bij de invulling van het Hof.<sup>4</sup> Wijzigingen, uitwerkingen en nuances in de invulling van de begrippen door het Hof werken zo direct door. Wat dit betekent voor de mededingingsbestuursrechter, is uitgewerkt in par. 3.1.

### 2.1.2 Verbodsnorm

De tekst van artikel 6, lid 1 Mw is vrijwel gelijk aan artikel 81, lid 1 EG; er is sprake van een juridische transplantatie (zie hoofdstuk 3, par. 3), hoewel artikel 6 Mw is beperkt tot de Nederlandse markt en het vereiste van de beïnvloeding van de interstatelijke handel ontbreekt. Het niet-strenger-niet-soepeler-uitgangspunt lijkt op het eerste gezicht dan ook niet al te ingewikkeld. Dat wil echter niet zeggen dat de toepassing van de verbodsnorm eenduidig of gemakkelijk is.

#### – Ondernemingsbegrip

De onduidelijkheid betreft ten eerste het toepassingsbereik van de verbodsnorm. Constitutief vereiste is dat sprake is van gedrag van een onderneming. Voor invulling van dit begrip wordt in de Memorie van Toelichting verwezen naar jurisprudentie van het Hof (zie par. 2.1.1). Deze aansluiting brengt mee dat over de kern van het

---

1 MvT bij de Mededingingswet, p. 10.

2 MvT, p. 10 (cursief AG)

3 Het begrip ‘onderneming’ komt niet alleen in het kartelverbod voor, maar geldt ook voor de toepassing van het verbod op het maken van misbruik van een machtspositie en in het concentratietoezicht.

4 Vgl. MvT, p. 58.

ondernemingsbegrip weinig discussie bestaat: er is sprake van een onderneming als een economische activiteit wordt uitgeoefend.<sup>5</sup> De onzekerheid die bestaat in de ‘randgebieden’, wordt echter meegeïmporteerd (zie ook hoofdstuk 4, par. 4). Zo betreft de onzekerheid bijvoorbeeld de *entiteit* die het ondernemingsbegrip omvat,<sup>6</sup> wanneer de uitzonderingen voor *overheidsprerogatieven* en activiteiten van zuiver *sociale aard* van toepassing zijn,<sup>7</sup> en wanneer sprake is van activiteiten, zoals die van zuiver *sportieve aard* of *deontologie*, die al dan niet onder het begrip economische activiteit vallen.<sup>8</sup> Het is voor deze laatste activiteiten zelfs de vraag of sprake is van een uitzondering op de regel of van een vóórvraag (aan de regel wordt niet toegekomen, omdat er geen economische activiteit is),<sup>9</sup> wat onder meer belangrijk is voor de bewijslastverdeling (zie ook hoofdstuk 4, par. 2.5). Vooral nog heeft de nationale rechter bij de invulling van het begrip zelden de randgebieden hoeven te betreden (zie par. 3.1).

– ‘Mededingingsbeperking’ en doelstellingen van mededingingsrecht

De verbodsbepaling van artikel 81, lid 1 EG bevat een open verbodsnorm met vage begrippen: het begrip mededingingsbeperking is daarvan de kern. De invulling hiervan is om verschillende redenen niet bij voorbaat steeds duidelijk.<sup>10</sup> Zo is de Europese invulling van de verbodsnorm historisch gezien mede gebaseerd op het in de context van de Mededingingswet ontbrekende doel van de totstandkoming van de interne markt.<sup>11</sup> Ook is zij ingekleurd door de soms vooral ook politieke bepaling van de verhouding tussen het mededingingsrecht en andere Europese beleidsterreinen, en de verhouding tussen de mededingingsbepalingen en de algemene doelstellingen van de EG.<sup>12</sup> De uitvoering van deze andere beleidsterreinen is eveneens in handen van de Commissie. Op nationaal niveau zijn er ook met het mededingingsbeleid conflicterende andere beleidsterreinen; afwegingen daartussen hoeven niet dezelfde uitkomst te hebben als op EG-niveau. De weging daarvan is echter in het algemeen ook niet in handen van de NMa. Daarnaast kan voor de interpretatie van de verbodsnorm ook de maatschappelijke context van belang zijn, in de zin van een samenleving waarin (historisch gezien) meer vertrouwen wordt gesteld in private macht, of juist meer vertrouwen in publieke macht.<sup>13</sup> Deze maatschappelijke context verschilt tussen de lidstaten: de positie van het Hof daarin is noodzakelijkerwijs een andere dan die van een nationale rechter.

---

5 Zaak C-41/90, Höfner.

6 Zie Townley 2006.

7 Zie Gerbrandy & Hessel 2004, p. 29-84.

8 Zaak T-193/02, Piau; zaak C-309/99, Wouters; zie ook Gerbrandy & Pietermaat 2005, p. 2-3.

9 Zie zaak C-364/92, Eurocontrol (ov. 30); gev. zaken C-264/01 e.a., AOK.

10 Vgl. Odudu 2001 a, p. 60; Ferry 1981, p. 215; Hartley 1996.

11 Zie o.a. Marquis 2007, p. 30-31; Nazzini 2006 b, p. 498; Buttigieg 2005, p. 647-651; Amato 1997, p. 44-45; Monti 2007 a, p. 39-44. Recent bevestigd in de conclusie van A-G Trstenjak in zaak C-209/07, Beef Industry.

12 Zie o.a. Van Miert 1993; Nazzini 2006 b, p. 502-203; Jones & Sufrin 2008, p. 49-50; Bork 1978; Brodley 1987; Amato 1997, p. 7-43; Ehlermann & Laudati 1998; Syam Khemani & Schone 1998, p. 87; Nicolaidis 2005, p. 128.

13 Zie Amato 1997, p. 109-113; Harding & Joshua 2003. Dit kleurt ook de benadering van de rechten van verdediging, vgl. par. 5.4. Zie over de andersoortige ontwikkeling van het Amerikaanse recht Page 2005, p. 1-4.

Meer specifiek is de vraag van belang welke economische doeleinden met het mededingingsrecht worden nagestreefd. Het antwoord kleurt in belangrijke mate de interpretatie van de verbodsnorm. Algemeen wordt aangenomen dat de consument centraal staat.<sup>14</sup> Maar het kan daarbij gaan om verschillende grootheden: het algemene consumentensurplus van de *Chicago School*,<sup>15</sup> ook wel het algemene surplus of ‘*total welfare*’ genoemd,<sup>16</sup> en in ieder geval de optelsom omvattend van het consumentensurplus en het producentensurplus; meer specifiek alleen het consumenten-deel van het algemene surplus, dat wellicht beter kan worden aangeduid met consumentenwelvaart;<sup>17</sup> de bescherming van de zwakkere partij in algemene zin (het consumentenwelzijn);<sup>18</sup> of een breder algemeen belang.<sup>19</sup> De ontwikkeling van economische inzichten beïnvloedt de interpretatie van het kartelverbod.<sup>20</sup> Zo lijkt het nu over het algemeen geaccepteerd dat kenmerk van een mededingingsbeperking is dat daardoor de *consumentenwelvaart* (het consumentensurplusdeel van het algemene surplus) afneemt, met name door een verlaging van de *output* of een verhoging van de prijs.<sup>21</sup> Dat heeft belangrijke gevolgen voor de verbodsbepaling, omdat een handelingsbeperking pas een beperking van consumentenwelvaart kan opleveren als een van de partijen een zekere marktmacht inneemt; pas dan kan er sprake zijn van een mededingingsbeperking. Maar zelfs over de betekenis van het begrip ‘consumentensurplus’ en de rol van efficiënties daarin kan van mening worden verschillend.<sup>22</sup> Bovendien staat de ontwikkeling niet stil.<sup>23</sup>

De trend naar een ‘meer economische benadering’, in het Europese mededingingsrecht vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw ingezet, is nog niet beëindigd. Het centraal stellen van consumentenwelvaart is wellicht de kern van deze modernisering van het mededingingsrecht. Dat neemt niet weg dat ook de hiervoor genoemde elementen, zoals beperking van de handelingsvrijheid en het internemarktimperatief, nog een rol kunnen spelen in de interpretatie van het kartelverbod. Niet altijd treden deze andere aspecten op de voorgrond, maar op de achtergrond kleuren zij de norm van artikel 81 EG. De als gevolg daarvan inherente onduidelijkheid over de invulling van de verbodsnorm wordt door de koppeling aan het EG-recht op nationaal niveau

- 
- 14 De oorspronkelijke ordoliberalen stelde *commerciële vrijheid* centraal: zie Gerber 1994; Amato 1997, p. 40-43 en p. 98-100; Gerber 1998, p. 232-265; Page 2005, p. 9-10. Deze gedachte is ook in de jurisprudentie van het Hof ondertussen verlaten, zie zaak T-112/99, Métropole M6.
- 15 Zie over de *Chicago School* vooral Bork 1978; Budzinski 2003, p. 8-11; Jones & Sufrin 2008, p. 23-30; en kritisch Cucinotta e.a. 2002.
- 16 Jones & Sufrin 2008, p. 13.
- 17 *Consumerwelfare*, zie Jones & Sufrin 2008, p. 13.
- 18 Buttigieg 2005. De bescherming van de zwakkere partij kan ook gericht zijn op bescherming van de kleine zelfstandige, zoals in de VS in het midden van de vorige eeuw, vgl. Page 2005, p. 13-15.
- 19 Monti 2002; Kerber 2008. Vgl. ook de meer dan alleen economische doelen omvattende ideeën van de *Harvard-school*, bijv. Budzinski 2003, p. 7.
- 20 Of, zelfs als het verbod gelijk wordt geïnterpreteerd, de omringende regels, zoals bewijs of de voorwaarden voor schadevergoeding, zodat het verbod strenger of soepeler wordt, zonder dat de kern verandert, zie Page 2005, p. 14-25.
- 21 Het consumentenbelang als doelstelling is door het Gerecht ook geaccordeerd, zie zaak T-168/01, GSK, ov. 118; gev. zaken T-213 & 214/01, Österreichische Postsparkasse, ov. 110-115; vgl. Kerber 2008, p. 2. Vgl. ook de gewijzigde Richtsnoeren artikel 81 (3) EG en daarover Bourgeois & Bocken 2005, p. 114.
- 22 Zie Jones & Sufrin 2008, p. 48; Brodley 1987, p. 1032-1033; Kerber 2008, p. 5-15.
- 23 Zie over Post-Chicago bijv. Budzinski 2003, p. 8-15.



geïncorporeerd. Daarbij kan de vraag opkomen of elk van de elementen die de interpretatie kleuren, op nationaal niveau hetzelfde gewicht moet toekomen als op EG-niveau (zie par. 3.2). Met andere woorden, of de ruimte voor de rechter, de *judicial discretion*, zoals deze door het Hof is ingevuld, ook geldt voor de nationale rechter die, zonder dat sprake hoeft te zijn van een *onjuiste* invulling, voor een andere weging zou kunnen kiezen (zie ook hoofdstuk 4, par. 4).

– *Onderscheid tussen doelbeperking en effectbeperking*

In artikel 6 Mw wordt net als in artikel 81 EG een onderscheid gemaakt tussen doelbeperkingen en gevolgbeperkingen. Dit onderscheid is conceptueel niet helder en aan wijziging onderhevig. Het onderscheid is echter belangrijk, omdat uit jurisprudentie van het Hof blijkt dat wanneer sprake is van een doelbeperking, een onderzoek naar de effecten van de overeenkomst op de markt achterwege kan blijven.<sup>24</sup> Dat is anders voor niet-doelbeperkingen, waarvan het beperkende karakter pas kan worden vastgesteld nadat is onderzocht wat de concrete gevolgen op de markt zijn. Het onderscheid kleurt derhalve de zorgvuldigheidsnorm voor het bestuursorgaan (zie ook par. 3.2) en de onderzoeksplicht voor het bestuursorgaan (zie par. 4.2). Ook is het onderscheid relevant, omdat het er op lijkt dat een afweging van positieve en negatieve effecten bij een doelbeperking in ieder geval onder het derde lid van artikel 81 EG moet plaatsvinden, terwijl bij niet-doelbeperkingen een dergelijke afweging wellicht mogelijk is onder het eerste lid. Dat heeft gevolgen voor de bewijslastverdeling (zie par. 4.2.3). Op basis van jurisprudentie van het Hof kan een opsomming worden gemaakt van welke soort overeenkomsten over het algemeen als doelbeperkingen moeten worden beschouwd; deze bestaat vooral uit horizontale overeenkomsten, die over het algemeen ‘slechter’ zijn dan verticale overeenkomsten.<sup>25</sup> De catalogus van doelbeperkingen zou vanwege de wettelijke convergentie ook gelden voor artikel 6 Mw. Dit blijkt soms de benadering van de nationale rechter te zijn (zie par. 3.2.1). Maar bij een nadere beschouwing is het onderscheid tussen doelbeperking en gevolgbeperking minder duidelijk en de catalogus minder vast. Zo kan de vraag gesteld worden *waarom* een bepaalde beperking in de doelcategorie wordt gestopt (anders dan het antwoord dat het Hof dat doet, wat de vraag slechts verschuift). Aan deze kwalificatie wordt vaak ten grondslag gelegd dat bepaald gedrag ‘naar zijn aard’ een mededingingsbeperking oplevert, omdat dergelijke praktijken ‘are so invariably injurious that an enquiry into the actual effect is superfluous’.<sup>26</sup> Maar waar deze aanname vervolgens op is gebaseerd, blijkt (vrij verrassend) weinig gesubstantieerd.<sup>27</sup> Kennelijk is het ‘automatisch’ plaatsen van een soort gedraging in de categorie van doelbeperkingen gebaseerd op een ervaringsregel. Dit betekent logischerwijs, buiten het recht althans, dat uitzonderingen mogelijk zijn. Dat brengt allerlei problemen voor een eenduidige toepassing van de regel mee, bijvoorbeeld ten aanzien van de onderzoeksplicht voor de NMa en de bewijslastverdeling.

---

24 Gev. zaken 56 & 58/64, Grundig & Consten.

25 Zie o.a. Jones & Sufrin 2008, p. 223-236; Richtsnoeren verticalen, punten 46-56. Maar A-G Trstenjaks conclusie in zaak C-209/07, Beef Industry, ov. 48, waarschuwt terecht dat een uitputtende lijst niet kan worden opgesteld.

26 Odudu 2001 c, p. 383. Zie ook A-G Trstenjak, conclusie in zaak C-209/07, Beef Industry, ov. 44; Richtsnoeren artikel 81 (3), punt 21.

27 Zie kritisch Nazzini 2006 b; Odudu 2001 c, p. 381; Odudu 2001 b; Robertson 2007.

Meer voor de hand liggend is dat op basis van de (liefst op waarnemingen of metingen gebaseerde) ervaringsregel een *juridische* regel wordt geformuleerd, die inhoudt dat dergelijke beperkingen, hoewel wellicht soms in de praktijk niet, in rechte altijd als mededingingsbeperking worden aangemerkt. Eventuele misslagen worden vanwege de rechtszekerheid op de koop toegenomen.<sup>28</sup> Dat wordt niet door het Hof geëxpliciteerd. Een economische benadering van het kartelverbod lijkt ook met een dergelijke juridische regel te gaan wringen.<sup>29</sup>

Het punt dat ik hier wil maken, is dat over de conceptuele basis van het onderscheid tussen doelbeperking en gevolgbeperking het laatste woord nog niet is gesproken. Deze onduidelijkheden worden op nationaal niveau geïncorporeerd; dat blijkt ook uit de prejudiciële vragen van het CbB in *Mobiele Operators* (zie par. 3.2.1). Wat het overnemen van 's Hofs catalogus van doelbeperkingen op nationaal niveau betreft, bestaat bovendien het gevaar dat een categorisering als doelbeperking, die op EG-niveau te rechtvaardigen is, op nationaal niveau onterecht kan zijn. Zo worden in het EG-recht verticale exportverboden als doelbeperking aangemerkt. De ratio voor het kwalificeren van een verticaal exportverbod als een doelbeperking ligt mede in het internemarktimperatief.<sup>30</sup> Hoewel niet bij voorbaat is uitgesloten dat in een nationale context verticale exportverboden niet ook onder het verbod van artikel 6 Mw zouden vallen, is het als doelbeperking aanmerken vanuit economisch perspectief niet vanzelfsprekend (zie par. 3.2.1). Ten slotte is een belangrijke vraag *hoe* moet worden vastgesteld dat een overeenkomst een doelbeperking bevat. Ook bij een 'naar zijn aard'-redenering moet toch op een of andere wijze worden vastgesteld wat de aard van de overeenkomst is. Dat kan bijvoorbeeld door het kijken naar de bepalingen van de overeenkomst in kwestie, door een ander onderscheidend criterium te hanteren,<sup>31</sup> of, zo blijkt, door te verwijzen naar jurisprudentie van het Hof (zie par. 3.2.2).

– *Rule of reason en nevenrestricties*

In het Europese mededingingsrecht loopt een langlopende discussie over de vraag of artikel 81 EG een *rule of reason* kent.<sup>32</sup> De inhoud van een eventuele *rule of reason* blijft enigszins onscherp, maar meestal wordt gedoeld op een afweging van positieve en negatieve gevolgen van een overeenkomst binnen het kader van de verbodsbepaling. De Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet zwijgt hierover,<sup>33</sup> maar gezien het niet-strenger-niet-soepeler-uitgangspunt is de discussie ook voor de Mededingingswet van belang. Het Hof heeft het bestaan van een *rule of reason* niet expliciet ontkend, maar het Gerecht ondertussen wel.<sup>34</sup> Het ontkennen van een *rule of reason* neemt niet weg dat bij de toepassing van artikel 81 EG, zoals

---

28 Zie bijv. Amato 1997.

29 Dat blijkt ook uit jurisprudentie van het Gerecht zelf: zie de toch wel verrassende uitspraak in zaak T-168/01, GSK en daarover Van Ginneken 2007, p. 58; Demetriou & Gray 2007, p. 1445.

30 Zie bijv. Amato 1997, p. 48-49; Hildebrand 2005, p. 16-17.

31 Zoals bepleit door Odudu 2001 b.

32 Zie o.a. Manzini 2002; Marquis 2007; Robertson 2007; Sánchez 2006; Whish & Suftrin 1988; Loozen 2002; Odudu 2001 c; Odudu 2002 b, p. 100; Hildebrand 2005, p. 35-39; Nicolaidis 2005; Jones & Suftrin 2004, p. 180-186; Jones & Suftrin 2008, p. 236-237.

33 Wel wordt genoemd dat het Hof 'in een enkel geval een afspraak in verband met de bijzondere economische context van dat geval niet als mededingingsbeperkend beschouwt', MvT p. 14.

34 Zie zaak T-112/99, Métropole M6, ov. 72, bevestigd in zaak T-328/03, O2; kritisch Nazzini 2006 b.

meermalen is genoemd, een economische benadering wordt voorgestaan. Dat geldt ook voor de jurisprudentie van het Hof,<sup>35</sup> maar *rule of reason* en economische benadering zijn verschillende ideeën, hoewel beide als gevolg hebben dat het verbod genuanceerder wordt toegepast. Overigens moet worden vastgesteld dat ook na de expliciete ontkenning van de *rule of reason* door het Gerecht de controverse in ieder geval uit de doctrine niet is verdwenen.<sup>36</sup> De onduidelijkheid blijft bestaan, omdat in recente arresten het Gerecht wel degelijk een exercitie onderneemt ‘that looks suspiciously like balancing’.<sup>37</sup> Het is de vraag of deze wel geoorloofde weging, die inherent lijkt aan het onderzoek om het effect van een overeenkomst vast te stellen (wat waarschijnlijk betekent dat deze ‘balancing-act’ niet kan worden opgevoerd bij doelbeperkingen),<sup>38</sup> de toets onder artikel 81, lid 3 EG overbodig maakt, of dat het bij de weging onder het derde lid gaat om andere te wegen aspecten (zie ook par. 3.2.4 en 4.2.6).<sup>39</sup> In deze lijn van conceptuele problematiek past ook de onduidelijkheid betreffende het leerstuk van *nevenrestricties*. Dit leerstuk brengt mee dat bepaalde mededingingsbeperkende clausules niet onder het verbod vallen, omdat zij inherent zijn verbonden aan een niet-beperkende (of zelfs mededingingsbevorderende) overeenkomst. Het leerstuk lijkt verschillende manifestaties te kennen en is gemakkelijk te verwarren met de *rule of reason*.<sup>40</sup> De leer van de *nevenrestricties* bevat een scala aan onzekerheden: kan het concept wel worden gebruikt bij verticale overeenkomsten;<sup>41</sup> kan het leerstuk alleen bij doelbeperkingen een rol spelen; is die rol beperkt tot een omkering van de bewijslast;<sup>42</sup> zijn de Richtsnoeren artikel 81, lid 3 EG een juiste vertaling van de jurisprudentie van het Hof;<sup>43</sup> is het Métropole-arrest, waarop de richtsnoeren zijn gebaseerd, wel een juiste weergave van het concept;<sup>44</sup> en hoe past het Wouters-arrest in deze lijn?<sup>45</sup> Al met al geldt dat ‘the concept begs more questions than it answers’ (zie ook par. 3.2.4).<sup>46</sup>

#### – Merkbaarheid

Het vereiste van merkbaarheid wordt ook in de bepaling van artikel 6, lid 1 Mw ingelezen, overeenkomstig het merkbaarheidsvereiste van artikel 81, lid 1 EG. Dit betekent dat niet-merkbare beperkingen niet onder het verbod vallen. In de Memorie

35 Zie bijv. gev. zaken T-374/94 e.a., ENS, maar ook eerdere jurisprudentie, zoals zaak 26/76, Metro I; zaak 42/84, Remia; zaak 161/84, Pronuptia; zaak 258/78, Nungesser; zaak C-250/92, Göttrup-Klim; zaak T-112/99, Métropole M6, ov. 75-76.

36 Zie Marquis 2007, p. 46.

37 Marquis 2007, p. 44. Zie gev. zaken T-374/94 e.a., ENS; zaak T-328/03, O2, en daarover Demetriou & Gray 2007, p. 1441; Nicolaidis 2005, p. 125-127.

38 Zie Odudu 2001 a, p. 62.

39 Zie Nazzini 2006 b, p. 517; Odudu 2001 c; en in navolging van hen ook Marquis 2007, die onderscheiden tussen de ‘welfare-enhancing effects (...) on output or price’ die betrekking hebben op allocatieve efficiëntie en onder artikel 81, lid 1 EG bij weging een rol spelen, en productieve efficiëntie, inherent aan de desbetreffende overeenkomst, die een rol speelt bij artikel 81, lid 3 EG; zie ook Kerber 2008, p. 5 en vgl. A-G Trstenjak, conclusie in zaak C-209/07, Beef Industry, ov. 56.

40 Zie bijv. Jones & Sufrin 2008, 248-254.

41 Lugard & Hancher 2004, p. 16-417.

42 Odudu, 2001 b, p. 71-74.

43 Lugard & Hancher 2004, p. 417.

44 Nazzini 2006 b.

45 Zie Nazzini 2006 b.

46 Faull & Nikpay 1999, p. 292.

van Toelichting wordt opgemerkt dat voor de interpretatie van artikel 6 Mw ook de jurisprudentie van het Hof met betrekking tot merkbaarheid ‘mede richtinggevend’ is.<sup>47</sup> Dat brengt mee dat ook de onduidelijkheid, zoals ten aanzien van de onderzoekspllicht, wordt overgenomen, hoewel dat de nationale rechter niet belet het leerstuk veelvuldig toe te passen (par. 3.2.5 en 4.2.5).

## 2.2 Uitzonderingen in de regelgeving

Het verbod op het maken van mededingingsbeperkende afspraken kent een aantal uitzonderingen.

### – Europese groepsvrijstellingen en ontheffingen

Op EG-niveau zijn groepsvrijstellingen vastgesteld, waardoor groepen overeenkomsten worden uitgezonderd van het verbod van artikel 81 EG. Voor artikel 6 Mw zijn deze vrijstellingen van belang, omdat in de Mededingingswet is bepaald dat wanneer een overeenkomst onder een Europese groepsvrijstelling valt, ook artikel 6 Mw niet van toepassing is: wat op Europees niveau wordt toegestaan, wordt op nationaal niveau niet verboden. Groepsvrijstellingen werken rechtstreeks door, zowel voor overeenkomsten die een interstatelijke component bevatten en derhalve daadwerkelijk onder het verbod van artikel 81, lid 1 EG zouden vallen (artikel 12 Mw), als voor ‘nationale’ overeenkomsten (artikel 13 Mw).<sup>48</sup> Ook overeenkomsten waarvoor een individuele ontheffing door de Europese Commissie is verleend, vallen niet onder het nationale verbod (artikel 14 Mw).<sup>49</sup> Deze uitzonderingen zijn in de uitspraken aan de orde (par. 3.4).

### – Ontheffingen en wettelijke uitzondering

Ten aanzien van de ontheffingsmogelijkheid voor mededingingsbeperkende overeenkomsten koos de wetgever voor het overnemen van de ontheffingscriteria van artikel 81, lid 3 EG in artikel 17 Mw (een juridische transplantatie, zie ook hoofdstuk 3, par. 3). De convergentie betrof ook het *systeem* van voorafgaande aanmelding en beoordeling door de mededingingsautoriteit, hoewel niet de precieze procedurele bepalingen. Vanwege deze wetgevingstechniek diende de belangrijke wijziging in het Europeesrechtelijke systeem betreffende de verandering van artikel 81, lid 3 EG naar een rechtstreeks werkende uitzondering, om het uitgangspunt van convergentie vast te houden, te worden gevolgd door wijziging van de Mededingingswet. De wetgever heeft na de wijziging van het Europese systeem opnieuw gekozen voor aansluiting bij het EG-recht. Dit geldt voor de criteria (die gelijk zijn gebleven en gelijkloidend zijn aan artikel 81, lid 3 EG), en voor het systeem van een rechtstreeks

---

47 MvT, p. 14. Er is sprake van een uitlegverwijzing (zie hoofdstuk 3, par. 3). Tegelijkertijd merkt de minister op dat de De Minimis-bekendmaking, waarin het begrip merkbaarheid via een kwantitatieve invulling door de Commissie juridisch handen en voeten wordt gegeven (De Minimis-bekendmaking, ondertussen gewijzigd), onder de Mededingingswet niet van toepassing zou zijn.

48 Overeenkomsten die beperkt zijn tot de Nederlandse markt en derhalve niet onder het verbod van artikel 81 EG vallen (en daarmee ook niet onder de vrijstelling), en wel onder artikel 6 Mw, zouden zijn verboden, maar die als zij een interstatelijke component zouden bevatten, wel van de groepsvrijstelling zouden kunnen genieten.

49 Zie MvT, p. 319.

werkende uitzondering. Ondernemingen moeten nu zelf oordelen over de toepassing van de uitzondering en voorafgaande aanmelding is niet meer mogelijk. Dat levert onduidelijkheid op. Niet alleen geldt deze voor de interpretatie van de uitzonderingscriteria, die al bestond, maar minder op het bord van individuele ondernemingen terecht kwam, maar zij betreft ook de vraag welke belangen een rol kunnen spelen en hoe de verhouding is tussen de weging onder de verbodsbepaling en de weging bij toepassing van de uitzondering. De onzekerheid geldt bijvoorbeeld de vraag in hoeverre niet-economische belangen bij deze beoordeling kunnen worden betrokken.<sup>50</sup> Ook is onduidelijk wat de wijziging betekent voor de bewijslastverdeling en de bewijsmaatstaf. Al tijdens de totstandkoming van de Mededingingswet beaamde de minister dat de beschikkingenpraktijk van de Commissie ‘nog in ontwikkeling’ was, maar niettemin als ‘uitgangspunt’ diende.<sup>51</sup> De vraag is echter of deze beschikkingenpraktijk nog ‘good law’ is. Bovendien heeft de Commissie met de systeemwijziging weliswaar getracht meer duidelijkheid te scheppen over de te wegen belangen door richtsnoeren op te stellen, maar daarmee de onzekerheid niet weggenomen.<sup>52</sup> Zie over dit alles in de uitspraken van de mededingingsrechter hierna, paragraaf 3.4 en paragraaf 4.2.6.

– *Diensten van algemeen economisch belang en nationale uitzonderingen*

Zowel op Europees niveau (artikel 86, lid 2 EG) als op nationaal niveau (artikel 11 Mw) gelden uitzonderingen voor ondernemingen belast met diensten van algemeen economisch belang (via een transplantatietechniek). Er zijn wel enkele ondergeschikte verschillen. Noch de EG-uitzondering, noch artikel 11 Mw is in de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter aan de orde. Zij blijven derhalve verder buiten beschouwing.<sup>53</sup> Dat geldt ook voor het in *afwijking* van het Europese recht gelden van enkele nationale uitzonderingen, die per definitie alleen van toepassing kunnen zijn als de desbetreffende overeenkomst niet onder het verbod van artikel 81, lid 1 EG valt.<sup>54</sup> Ook deze uitzonderingen komen verder niet aan de orde.

### 2.3 Slotopmerking

De wetgever heeft gekozen voor convergentie in de materiële bepalingen van de Mededingingswet en daarbij een waaier aan technieken gebruikt. Deze betreffen bijvoorbeeld rechtstreekse doorwerking van definities, rechtstreekse doorwerking van groepsvrijstellingen, het overnemen van de verbodsbepaling en de uitzonderingscriteria, het via de Memorie van Toelichting overnemen van in EG-jurisprudentie ontwikkelde concepten, zoals het merkbaarheidsconcept, het van toepassing houden van nationale procedurele regels die kunnen afwijken van de Europese regels, en het afwijken (althans voor nationale situaties) van het EG-recht. De wettelijke materiële convergentie betekent dat de onzekerheden over de verschillende concepten ook op

---

50 Vgl. Bouterse 1994, p. 13-28.

51 MvT, p. 23.

52 Richtsnoeren artikel 81 (3) EG; hierover o.a. Lugard & Hancher 2004; Pijnacker Hordijk 2004; Bourgeois & Bocken 2005.

53 Zie voor een toepassing van artikel 25 Mw: rechtbank 11 december 2002, NOS en HMG (De Telegraaf).

54 Zie ook MvT Mw, p. 21; zie over cao's en het mededingingsrecht ook Wirtz 2006.

nationaal niveau gelden. Het is derhalve de vraag hoe de rechter met de aan de Mededingingswet ten grondslag liggende gedachte van het niet-strenger-en-niet-soepeler-toepassen omgaat.

### 3 INVULLING DOOR DE RECHTER

De rechtbank en het CBb hebben gezamenlijk ondertussen een flink aantal uitspraken gedaan over artikel 6 Mw, al dan niet met toepassing van ook artikel 81 EG.<sup>55</sup> In deze paragraaf ga ik aan de hand van deze uitspraken na hoe de wettelijke materiële convergentie bij de mededingingsbestuursrechter vorm krijgt. Alvorens het kartelverbod te kunnen toepassen, dient de rechtbank, als hierover vragen zijn gerezen, eerst vast te stellen of de NMa *rechtsmacht* heeft. Dit is een algemene juridische vraag, waarvoor de rechtbank evenwel aansluit bij mededingingsrechtelijke jurisprudentie van het Hof, zodat sprake is van convergentie.<sup>56</sup> Als rechtsmacht is aangenomen, kan overgegaan worden tot toepassing van het verbod. In de navolgende analyse ga ik eerst in op de rechterlijke convergentie bij de interpretatie van de begrippen (par. 3.1). Een belangrijk deel van deze paragraaf betreft vervolgens de analyse van de uitspraken over de toepassing van de materiële verbodsnorm, zowel artikel 6 Mw (par. 3.2.), als samen met artikel 81 EG (par. 3.3). Daarna komt de toepassing van de uitzonderingen aan bod (par. 3.4). De paragraaf sluit af met een slotopmerking (par. 3.5).

---

55 Over artikel 6 Mw in ieder geval: van *de rechtbank*, de uitspraken van 1 april 1999, VND; 16 mei 2001, KNMD; 2 juli 2001, Stichting Witgoed en Stichting Bruingoed; 26 september 2001, IPAS (SIMN I); (voorzieningenrechter van de rechtbank) 12 oktober 2001, VBBS II; 23 oktober 2001, COV; 4 december 2001, SSV; 11 september 2002, Vodafone Libertel; 18 juni 2003, Notarissen Breda; 13 februari 2004, Secon; 25 maart 2004, Uneto-VNI; 17 augustus 2004, VNTC; 17 augustus 2004, Modint; 22 december 2004, VBB (SIMN II); 24 juni 2005, Pompstations; 28 feb 2006, Bovag en NCRBM; 22 mei 2006, AUV; 22 mei 2006, Aesculaap; 20 juni 2006, Duitse Garnalen; 13 juli 2006, Mobiele operators; 17 juli 2006, NIP; 19 juli 2006, Garnalen; 18 juli 2007, Giant en Accell (Fietsenkartel); 24 juli 2007, Erdo; 17 oktober 2007, CNV; 9 januari 2008, GTI Utiliteit; 4 maart 2008, Solétanche; 17 oktober 2008 Schagen Zwolle; 17 oktober 2008, Lareco Nederland. Ook is in 2008 een begin gemaakt met de serie uitspraken over de bouwfraude, die hier niet allemaal even relevant zijn. Van *het CBb* zijn de volgende uitspraken in ieder geval relevant: uitspraak van 12 maart 2004, Notarissen Breda; 26 mei 2004, Vodafone Libertel; 28 oktober 2005, Modint; 7 december 2005, Secon; 6 september 2007, Electroburo Vos II; 31 december 2007, Mobiele operators; 5 juni 2008, VBBS (SIMN IV); 3 juli 2008, Aesculaap; 3 juli 2008, AUV; 6 oktober 2008, NIP. Ook uitspraken over klachten hebben vaak betrekking op artikel 6 Mw, maar deze zijn niet de primaire focus van dit hoofdstuk (zie hoofdstuk 8). Over het *ondernemingsbegrip* zijn o.a. van belang: uitspraak van de rechtbank van 12 april 2000, CBR; voorzieningenrechter CBb 19 juni 2000, CBR; CBb 3 juli 2002, CBR; rechtbank 1 augustus 2001, Van Vollenhoven Olie; CBb 18 april 2003, Van Vollenhoven Olie; rechtbank 1 augustus 2001, Amsterdamse bloemenmarkt; rechtbank 6 februari 2002, muziekscholen Roosendaal; rechtbank 3 november 2004, NAP; rechtbank 13 december 2004, VVR; rechtbank 19 december 2005, Boontje (gemeente Castricum); CBb 2 mei 2006, Golfers; CBb 15 januari 2008, Boontje (gemeente Castricum).

56 De vraag of de rechtsmacht zich uitstrekt over niet-Nederlandse ondernemingen, wier gedragingen gevolgen hebben op de Nederlandse markt, is aan de orde in Duitse Garnalen, waarin aan (o.a.) Duitse ondernemingen een boete werd opgelegd. Onder verwijzing naar de MvT (p. 10), sluit de rechtbank aan bij de Europese jurisprudentie over de rechtsmacht van de Commissie (gev. zaken 89/85 e.a., Houtslijp I; zie Ferry 1981) en past deze vervolgens toe op de voorliggende casus: rechtbank 20 juni 2006, Duitse Garnalen.

### 3.1 Begrippen

Voor een aantal begrippen levert de rechtstreekse verwijzing in de Mededingingswet vooralsnog weinig problemen op: dat geldt voor de begrippen *onderneming*, *ondernemersvereniging* en *besluit* (van een ondernemersvereniging). In uitspraken hierover zijn ‘hard cases’ over randgebieden van de begrippen vrijwel niet aan de orde (zie ook hoofdstuk 4, par. 4) Andere begrippen krijgen in de uitspraken nadere beschouwing: dat geldt voor de begrippen *overeenkomst*, en *onderling afgestemde feitelijke gedraging*.

#### – *Onderneming, ondernemersvereniging, besluit*

Bij de invulling van het begrip *onderneming* handelt de rechter over het algemeen overeenkomstig de verwijzing van de wetgever naar het EG-recht. Dit geldt ook voor de beoordeling van activiteiten ter onderscheiding daarvan: overheidsprerogatief, overheidsgezag, activiteiten van zuiver sociale of sportieve aard. De rechtbank en het CBb, indien er discussie mogelijk is over de vraag of sprake is van een ondernemingsactiviteit – anders komt dit punt niet aan de orde – sluiten steeds *expliciet* aan bij jurisprudentie van het Hof.<sup>57</sup> Deze jurisprudentie fungeert als precedent voor de regel en daarmee als juridisch precedent, maar ook als precedent in een redenering van feitelijk geval naar feitelijk geval, en daarmee als feitenprecedent (zie hoofdstuk 4, par. 4). Bij de invulling, met name de precisering van de invulling van de gevallen waarin *geen* sprake is van een ondernemingshandelen, kunnen wel enige kanttekeningen worden geplaatst,<sup>58</sup> maar over het algemeen zijn de uitspraken van de rechtbank en het CBb duidelijk: de juridische bypass van de Mededingingswet wordt gevolgd door rechterlijke convergentie.

De wijze van beoordeling in uitspraken verloopt volgens een terugkerend stramen: in algemene zin wordt verwezen naar Europeesrechtelijke jurisprudentie over het ondernemingsbegrip, waarna wordt getoetst of in casu sprake is van een onderneming. Bij het toespitsen van de redenering op de desbetreffende casus wordt als dat mogelijk is, opnieuw verwezen naar Europeesrechtelijke voorbeelden.<sup>59</sup> De specifieke casusposities van het nationale recht brengen echter mee dat niet altijd rechtstreeks kan worden aangesloten bij de voorbeelden uit de Europese jurisprudentie, waar het bijvoorbeeld zelden zal gaan om casusposities waarbij decentrale overheden zijn betrokken.<sup>60</sup>

Het voorgaande geldt ook voor het begrip *ondernemersvereniging*, als daarover discussie wordt gevoerd: meestal wordt de vraag of sprake is van een ondernemers-

---

57 In CBb 15 januari 2008, Castricum wordt bijv. verwezen naar zaak C-309/99, Wouters e.a., ov. 57.

58 Zie Gerbrandy & Pietermaat 2005, hoofdstuk 1.

59 Zie de uitspraken over het CBR, dat niet handelt als onderneming bij het hanteren van zogenoemde inschrijvingsovereenkomsten met rijsschoolhouders, rechtbank 12 april 2000; voorzieningenrechter CBb 19 juni 2000; CBb 3 juli 2002; en Gerbrandy & Pietermaat 2005, p. 12. Zie verder rechtbank 3 november 2004, NAP voor een voorbeeld van overheidsgezag, en over de vraag of de gemeente Castricum bij steunverlening tegelijkertijd onder de reikwijdte van de mededingingsregels voor ondernemingen kan vallen, zie rechtbank 19 december 2005 en CBb 15 januari 2008.

60 Zie bijv. de uitspraken over de gemeente die in de uitoefening van taken op het gebied van ruimtelijke ordening handelt in de uitoefening van een overheidsprerogatief, o.a. rechtbank 1 augustus 2001, Bloemenmarkt Amsterdam.

vereniging impliciet bevestigend beantwoord.<sup>61</sup> De ruime en functionele interpretatie die de aansluiting met het EG-recht meebrengt, levert over het algemeen weinig problemen op.<sup>62</sup> Wel is er discussie wanneer tussen de overheid en het desbetreffende orgaan een verbinding bestaat. Het betreft hier ‘randgebieden’ van het begrip, waar enige interpretatieruimte voor de rechter mogelijk zou zijn, ware het niet dat deze voor een belangrijk deel is ingevuld door jurisprudentie van het Hof.<sup>63</sup> Die jurisprudentie is voor de nationale rechter dan ook het aanknopingspunt voor het oplossen van de voorliggende casus.

Zo stelt de rechtbank, verwijzend naar jurisprudentie van het Hof,<sup>64</sup> ten aanzien van een adviesorgaan van de Minister dat ‘de Minister zijn bevoegdheden op grond van de Wet BIG *niet overgedragen* (heeft) aan particuliere marktdeelnemers, nu hij zelf vertegenwoordigd is (...) en niet gebonden is aan de adviezen van dit orgaan’. Ook de *samenstelling* van het adviesorgaan is niet van dien aard dat sprake is van een ondernemersvereniging, ‘aangezien het niet voor de hand ligt dat [het adviesorgaan] voornamelijk de belangen van een beroepsgroep zou behartigen’.<sup>65</sup>

Een vergelijkbaar stramen wordt door de rechter ten slotte ook gebruikt om de vraag te beantwoorden wanneer er sprake is van een *besluit* van een ondernemersvereniging. Het algemene uitgangspunt wordt gememoreerd (zo blijkt ‘onmiskenbaar dat de wetgever beoogd heeft de Europese mededingingsregels als oriëntatie voor de Mw te laten gelden’),<sup>66</sup> de aansluiting wordt geëxpliciteerd (‘zodat onder het verbod (...) besluiten van ondernemersverenigingen als bedoeld in artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag, vallen’),<sup>67</sup> de algemene regel, zoals door het Hof uiteengezet, wordt weergeven (uit jurisprudentie ‘blijkt dat voor het aannemen van een besluit van een ondernemersvereniging bepalend is of bij de ondernemersvereniging in kwestie de wil tot coördinatie heeft bestaan en of deze wil ondubbelzinnig tot uitdrukking is gebracht’).<sup>68</sup>

Een punt van discussie is daarbij of het gaat om de wil van de vereniging of de wil van de leden. In Bovag stelt de rechtbank dat het gaat om de wil van de vereniging. Dat lijkt in overeenstemming met de EG-interpretatie.<sup>69</sup>

---

61 Bijv. in rechtbank 17 juli 2006, NIP.

62 Vgl. rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

63 Het Hof heeft bepaald dat bezien moet worden welke invloed de overheid op het desbetreffende orgaan heeft (of diens bevoegdheden zijn overgedragen), en welke samenstelling het orgaan heeft, vgl. Gerbrandy & Hessel 2004, p. 219-223.

64 De rechtbank verwijst naar zaak C-185/91, Reiff en zaak C-35/99, Arduino.

65 Rechtbank 3 november 2004, NAP (cursief AG).

66 Rechtbank 28 februari 2006, Bovag. Zie voor een overzicht van die EG-jurisprudentie De Vries 2005.

67 Rechtbank 28 februari 2006, Bovag.

68 Rechtbank 17 juli 2006, NIP (herhaling van 22 mei 2006, AUV), onder verwijzing naar zaak 45/85, Verband der Sachversicherer, ov. 32, en zaak T-193/02, Piau.

69 Anders: Schillemans 2004.



Ten slotte wordt de algemene regel toegepast op de voorliggende, nationale casus.<sup>70</sup> Anders dan bij het ondernemingsbegrip wordt daarbij echter geen gebruik gemaakt van EG-rechtelijke feitenprecedenten.

– *Overeenkomst*

Het begrip ‘overeenkomst’ is in een aantal uitspraken aan de orde. Voor de uitleg van dit begrip wordt overeenkomstig het uitgangspunt van de Mededingingswet in de meeste uitspraken expliciet aangesloten bij het EG-recht. Daarvan wordt ook bij de toepassing van het begrip op de voorliggende feiten niet afgeweken. Zo wordt net als in het EG-recht ‘gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht’,<sup>71</sup> het begrip ‘overeenkomst’ ruim geïnterpreteerd,<sup>72</sup> maar dient er desalniettemin wel sprake te zijn van wilsovereenstemming. Dat wordt eveneens onder verwijzing naar EG-jurisprudentie uitgelegd: ‘het wezenlijk element van het begrip overeenkomst (...) is het bestaan van een wilsovereenstemming die is bereikt tussen ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voorzover hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is’.<sup>73</sup> Wilsovereenstemming brengt derhalve mee dat sprake moet zijn van meerdere partijen. Unilateraal gedrag valt niet onder het begrip overeenkomst.

De vraag of sprake is van unilateraal gedrag is aan de orde in de zaak Pompstations, waarin het wel duidelijk is dat verschillende pompstationhouders zijn bijeengekomen, gesproken hebben over een nieuwkomer op de markt en dat er vervolgens sprake was van gelijktijdige kortingen op de prijs, maar waarbij het de vraag is of deze kortingsacties zijn geïnitieerd van bovenaf (door de brandstofleverancier) of zijn overeengekomen tussen de pompstationhouders onderling. De rechtbank past EG-jurisprudentie toe en hanteert daarbij een redelijke uitleg van het gedrag: ‘het *ligt voor de hand* dat tijdens (...) deze regiobijeenkomst is gesproken over de (...) komst van het eerste [V]-station in Nederland en hoe de markt daarop zou kunnen reageren. Het is *niet onlogisch* dat alsdan de gevolgen voor de omzet voor eiseressen aan de orde zijn gekomen (...)’ Daarom impliceren de besprekingen geen wilsovereenstemming.<sup>74</sup>

Net als in EG-jurisprudentie is wilsovereenstemming met name een punt van discussie als deze ofwel niet expliciet is geuit, ofwel wanneer ondernemingen wel gezegd hebben in te stemmen, maar in de praktijk daarbij een niet aan de wederpartij expliciet gemaakt voorbehoud hebben gemaakt.<sup>75</sup> Beide zijn ook problemen van

---

70 Vgl. rechtbank 28 februari 2006, Bovag, zie ook par. 4.2.1.

71 Rechtbank 13 februari 2004, Secon.

72 De rechtbank verwijst niet naar een specifiek arrest, maar zie voor voorbeelden zaak 41/69, ACF Chemiefarma N.V.; zaak C-277/87, Sandoz; gev. zaken 209/78 e.a., Fedetab; en voor een *beperking* in verticale relaties zaak T-41/96, Bayer AG, in beroep gev. zaken C-2 & 3/01 P, Adalat. Ook het CBb 7 december 2005, Secon, stelt dat het niet ‘om een naar nationaal recht bindende en geldige overeenkomst behoeft te gaan’; zie vergelijkbaar CBb 3 juli 2008, AUV en 3 juli 2008, Aesculaap. Zie ook Capobianco 2007, p. 37; Souto Soubrier 2007, p. 94.

73 Rechtbank 24 juni 2005, Pompstations (cursief AG). De rechtbank verwijst naar zaak T-41/96, Bayer, ov. 69. Dit punt wordt herhaald in rechtbank 20 juni 2006, Duitse Garnalen, en 19 juli 2006, Garnalen.

74 Rechtbank 24 juni 2005, Pompstations (cursief AG). Geen sprake van unilateraal gedrag, hoewel aangevoerd door partijen, is er in rechtbank 18 juni 2003, Notarissen Breda.

75 Zie over de problematische kanten van wilsovereenstemming o.a. Sousa Ferro 2007; Chellingsworth 2001; Parret 2004; Parret 2001; Capobianco 2007; Souto Soubrier 2007.

bewijs (zie par. 4.2.1) en zijn in uitspraken van de Nederlandse mededingingsbestuursrechter aan de orde. Bij de *niet expliciet geuite wilsovereenstemming* geldt dat voor verticale relaties de acceptatie van een overeenkomst, en daarmee wilsovereenstemming, kan worden afgeleid uit gedrag. In dat geval is slechts sprake van *schijnbaar* unilateraal gedrag.<sup>76</sup>

In algemene zin overweegt het CBb onder verwijzing naar EG-jurisprudentie dat acceptatie kan worden afgeleid uit het toezenden van algemene voorwaarden, als dat ‘plaatsvindt in het kader van een geheel van vaste handelsbetrekkingen die worden geregeld door een tevoren gesloten algemene overeenkomst’, waarbij ‘de afnemers de gedragslijn van de leverancier te hunnen aanzien stilzwijgend aanvaarden, wat blijkt uit het feit dat zij zonder protest telkens nieuwe bestellingen onder identieke voorwaarden plaatsen’.<sup>77</sup> Die lijn wordt vervolgens toegepast,<sup>78</sup> de aan de orde zijnde casus van Secon wordt onderscheiden van het arrest Adalat, waarin het Hof een nuancering aanbracht in het leerstuk van de schijnbare acceptatie.<sup>79</sup> Een feitelijke (parallele) situatie zoals in dat arrest is in Secon niet aan de orde, zo stelt het CBb.

Vooraf in horizontale relaties is het aantonen dat sprake is van een overeenkomst (of o.a.f.g.), vaak voldoende om ook de beperking aan te tonen.<sup>80</sup> Als er geen sprake is van een expliciete overeenkomst, wordt in ieder geval de eis gesteld dat de partijen *aanwezig* zijn bij het overleg waar de overeenkomst zou zijn gesloten.<sup>81</sup> Dit punt is met name problematisch gebleken bij het begrip o.a.f.g. (zie hierna). Toch wordt in bijvoorbeeld Garnalen aanwezigheid expliciet gememoreerd.<sup>82</sup>

Wat het tweede punt betreft, het *interne voorbehoud*, is het eveneens in overeenstemming met EG-jurisprudentie om het verweer af te wijzen dat aan de desbetreffende afspraak geen uitvoering werd gegeven, of slechts met tegenzin.<sup>83</sup>

In Secon stelt de rechtbank onder verwijzing naar jurisprudentie van het Hof,<sup>84</sup> dat ‘de omstandigheid dat een leverancier *niets heeft ondernomen* om een clausule van een contract met een concurrentiebeperkende doelstelling door zijn afnemers te doen naleven (...) onvoldoende [is] om die clausule aan het verbod (...) te onttrekken’.<sup>85</sup> Hetzelfde geldt in een horizontale relatie: ‘nu geen van de [betrokkenen] tijdens het overleg (...)’

---

76 Zie de bespreking bij Sousa Ferro 2007; Souto Soubrier 2007, p. 94.

77 CBb 7 december 2005, Secon. Het CBb verwijst naar zaak C-277/87, Sandoz. Maar zie voor de vraag of Sandoz nog wel ‘good law’ is, Sousa Ferro 2007, p. 207.

78 CBb 7 december 2005, Secon. Zie ook rechtbank 22 mei 2006, AUV en rechtbank 22 mei 2006, Aesculaap.

79 Gev. zaken C-2 & 3/01 P, Adalat.

80 Maar zie voor een uitzondering in de nationale uitspraken rechtbank 4 maart 2008, Solétanche, waarin niet het bestaan van de overeenkomst, maar de inhoud van de overeenkomst ter discussie staat.

81 Zie bijv. Capobianco 2007, p. 38.

82 De rechtbank stelt dat ‘de partijen *aanwezig* bij het overleg, *overeenstemming* bereikten over de hoeveelheden te vangen garnalen’, rechtbank 19 juli 2006, Garnalen (cursief AG). Zie ook rechtbank 20 juni 2006, Duitse Garnalen.

83 Zie Souto Soubrier 2007, p. 96; Capobianco 2007, p. 38. In de jurisprudentie van het Hof is het interne voorbehoud bijv. aan de orde in gev. zaken 209/78 e.a., Fedetab; zaak T-23/99, LRAF, ov. 339-340.

84 De rechtbank verwijst naar zaak 86/82, Hasselblad.

85 Rechtbank 13 februari 2004, Secon (cursief AG).

*afstand* hebben genomen van deze afspraak, moet worden aangenomen dat zij hiermee hebben ingestemd'.<sup>86</sup>

– *Onderling afgestemde feitelijke gedraging*

Het begrip o.a.f.g. is een vangnetbegrip waardoor, ook als er geen sprake is van een overeenkomst, mededingingsbeperkend gedrag toch onder het kartelverbod kan vallen. Ook dit begrip wordt door het Hof breed geïnterpreteerd, maar moet toch van het begrip 'overeenkomst' worden onderscheiden.<sup>87</sup> Ook moet het begrip o.a.f.g. conceptueel van het begrip mededingingsbeperking worden onderscheiden, hoewel in de praktijk de vaststelling van afstemming en de beoordeling daarvan als beperking door elkaar kan lopen. Voor de algemene brede interpretatie van het begrip wordt door de nationale rechter, overeenkomstig het uitgangspunt van de Mededingingswet, aangesloten bij de jurisprudentie van het Hof. Dit betekent dat de 'uitleg van dit begrip (...) niet verschilt' van de EG-rechtelijke uitleg.<sup>88</sup> Dat heeft als gevolg dat als de NMa inderdaad aansluit bij de artikel 81 EG-interpretatie van het Hof een beroep op het *lex certa*-beginsel niet slaagt.<sup>89</sup> In algemene zin is overeenkomstig de artikel 81 EG-interpretatie sprake van een o.a.f.g. wanneer 'er een vorm van coördinatie tussen ondernemingen is, die zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking'.<sup>90</sup> Daarbij moet aan drie voorwaarden worden voldaan: *afstemming* tussen ondernemingen, parallel *marktgedrag* en een *causaal verband* tussen afstemming en gedrag.<sup>91</sup> Juridische interpretatievraagstukken doen zich met name voor ten aanzien van de voorwaarde van afstemming. Dat wil niet zeggen dat de andere twee voorwaarden geen problemen opleveren, maar deze zijn met name van bewijsrechtelijke aard (zie par. 4.2.4).

Afstemming impliceert, zo blijkt uit jurisprudentie van het Hof, direct of indirect contact en een zekere vorm van consensus, een *meeting of minds*, waarbij wederkerigheid is vereist. Dit blijkt ook uit de nationale uitspraken. Aan het vereiste van afstemming kan geen afbreuk worden gedaan door het niet expliciet uiten van een voorbehoud. Onder verwijzing naar EG-rechtelijke jurisprudentie stelt de rechtbank

---

86 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen (cursief AG). Zie over het interne voorbehoud ook rechtbank 22 mei 2006, Aesculaap.

87 Zie zaak 48/69, ICI (ov. 64 en 65). Maar zie Parret 2001, p. 33, die naar aanleiding van gev. zaken C-2 & 3/01 P, Adalat stelt dat het 'onderscheid tussen 'overeenkomst' en 'onderling afgestemde feitelijke gedraging' bijzonder schimmig is geworden'. Anderzijds is de grens tussen overeenkomst en o.a.f.g. veel minder belangrijk dan het verschil tussen collusie en geen collusie, vgl. Jones 1993, p. 274. Zie over de overeenstemming tussen beide begrippen ook CBb 31 december 2007, Mobiele Operators.

88 CBb 31 december 2007, Mobiele Operators.

89 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel.

90 Rechtbank 24 juni 2005, Pompstations. De rechtbank verwijst naar zaak 48/69, ICI, ov. 64, 66 en 118; gev. zaken 40/73 e.a., Suiker Unie, ov. 174; zaak 172/80, Züchner, ov. 21; en zaak C-199/92 P, Hüls (Polypropyleen), ov. 161. Zie ook rechtbank 13 juli 2006, Mobiele Operators en rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel, waarin de rechtbank de algemene overweging in iets andere bewoordingen herhaalt, met toevoeging van een verwijzing naar zaak C-49/92 P, Anic. Het CBb bevestigt deze uitleg van het begrip o.a.f.g. en de convergentie ter zake in 31 december 2007, Mobiele Operators.

91 Zie rechtbank 24 juni 2005, Pompstations; 13 juli 2006, Mobiele Operators; 18 juli 2007, Fietsenkartel; CBb 31 december 2007, Mobiele Operators.

dat het (net als bij het overeenkomstbegrip) in dat geval dient te gaan om een duidelijke en wezenlijke distantieering.<sup>92</sup> Voor de afstemming is, zeker als sprake is van slechts een enkele bijeenkomst waarop zou zijn afgestemd, noodzakelijk dat komt vast te staan dat elk van de betrokkenen aanwezig was op het moment van afstemming. Ook dit betreft vervolgens een bewijskwestie (zie par. 4.2.4). Voor afstemming van gedrag dient ook sprake te zijn van een zekere wederkerigheid in het contact.<sup>93</sup> De wederkerigheid van de afstemming is in sommige zaken gemakkelijker vast te stellen dan in andere; daarvan is geen sprake 'als een onderneming eenzijdig verklaart over haar toekomstig marktgedrag, tenzij deze verklaring wordt afgelegd in het kader van samenwerking tussen ondernemingen'.<sup>94</sup> Hoe dit vast te stellen en op basis van welk bewijsmateriaal, is onder andere onderwerp van discussie tussen de partijen in *Mobiele Operators* (zie par. 4.2.4). De vraag is ten slotte of een impliciete aanvaarding voldoende is om tot wederkerigheid te kunnen concluderen; dat wordt in algemene zin door het CBb niet ontkend, maar uit het ontbreken van verzet kan alleen instemming worden afgeleid als dat wordt ondersteund door andere factoren, zoals 'parallel marktgedrag dat anderszins onvoldoende kan worden verklaard en overige contacten tussen de betreffende ondernemingen'.<sup>95</sup>

Samengevat wordt voor de begrippen, overeenkomstig het wettelijk uitgangspunt, de jurisprudentie van het Hof waarin de interpretatie van het begrip is neergelegd als uitgangspunt genomen, inclusief de daarin aangebrachte nuances en ontwikkelingen. Deze jurisprudentie geldt als juridisch precedent, in die zin dat de inhoud van het begrip wordt bepaald door het Hof, maar daarnaast ook als feitelijk precedent, in die zin dat een voorliggende casus op feitelijke gronden van een aan het Hof voorgelegde casus al dan niet wordt onderscheiden, waardoor de kwalificatie van de feiten wordt bepaald.

### 3.2 Mededingingsbeperking in uitspraken

In deze paragraaf analyseer ik de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter over het begrip mededingingsbeperking. Daarbij zal duidelijk worden dat het idee van het niet-strenger-niet-soepeler toepassen door rechtbank en CBb wordt gevolgd. Dat wil zeggen dat de rechter zegt dit uitgangspunt te volgen; of daarmee altijd overeenstemming met het EG-recht wordt bereikt, en of de convergentie daadwerkelijk tot uiting komt, is de vraag. Zo wordt voor de uitleg van het centrale concept *mededingingsbeperking* aangesloten bij het EG-recht, hoewel niet steeds expliciet. Het begrip is echter zelf niet eenduidig (zie par. 2.1.2). De rechtbank stelt: 'kenmerk van een mededingingsbeperkende afspraak is (...) dat onzekerheden worden weggenomen en welbewust een feitelijke samenwerking in de plaats wordt gesteld van de risico's

---

92 Rechtbank 18 juli 2007, *Fietsenkartel*, onder verwijzing naar zaak T-61/99, *Adriatica*.

93 CBb 31 december 2007, *Mobiele Operators*. Het CBb verwijst daarbij naar het erg omvangrijke arrest in gev. zaken T-25/95 e.a. *Cimenteries CBR*, ov. 1849. Vgl. ook rechtbank 18 juli 2007, *Fietsenkartel*.

94 CBb 31 december 2007, *Mobiele Operators*, met verwijzing naar T-314/94, *Moritz J. Weig*, ov. 110; zie ook rechtbank 24 juni 2005, *Pompstations*; en over reciprociteit ook *Jones 1993*, p. 276; *Capobianco 2007*, p. 43-44.

95 CBb 31 december 2007, *Mobiele Operators*.

van concurrentie',<sup>96</sup> maar dat is maar een deelaspect van het begrip. In algemene zin is het opmerkelijk dat de kern van het begrip mededingingsbeperking in de uitspraken vrijwel steeds onbenoemd blijft: is dat omdat de overeenkomst leidt tot een verlaging van de consumentenwelvaart door een verhoging van de prijs of een verlaging van de output? Of is dat, zoals de rechtbank hiervoor overweegt, een beperking van de commerciële vrijheid van een van de partijen? Daarnaast is in de Europese context het interne marktimperatief ook een element van het concept mededingingsbeperking.<sup>97</sup> De vraag is dan of tussen deze doelstellingen sprake is van een tegenstelling of van een nevenschikking (zie ook par. 2.1.2). De NMa belijdt in navolging van Europees mededingingsbeleid dat de bescherming van het consumenten-surplus centraal staat, maar bij de mededingingsbestuursrechter wordt deze benadering alleen in de uitspraak van het CBb in *Mobiele Operators* expliciet benoemd.<sup>98</sup> Daarbij merk ik op dat het impliciet wel duidelijk is – in sommige uitspraken meer dan in andere – dat ook bij de rechter over het algemeen de positie van de consument centraal staat; uit het *geheel* aan uitspraken kan de onderschrijving van de economische benadering, en daarmee de centrale(re) positie van consumentenwelvaart, wel worden afgeleid. Bovendien zij ter nuancering opgemerkt dat het grotendeels afwezig zijn van fundamentele overwegingen ten aanzien van de doelstellingen van het mededingingsbeleid voor het mededingingsrecht en het kartelverbod ook weer geen verbazing hoeft te wekken, nu de primaire rol van de rechter het beslechten van het voorliggende geschil betreft, en rechters over het algemeen voor zichzelf een 'minimalistische' rol weggelegd lijken te zien (zie ook hoofdstuk 4, par. 4).

In het navolgende ga ik met de convergentiegedachte als uitgangspunt nader in op het onderscheid tussen doelbeperking en effectbeperking (par. 3.3.1); de benadering van doelbeperkingen door de nationale rechter (par. 3.3.2); de benadering van effectbeperkingen in uitspraken (par. 3.3.3); nevenrestricties en de *rule of reason* (par. 3.3.4); merkbaarheid (par. 3.3.5); en het verweer van de 'state-action defense' (par. 3.3.6).

### 3.2.1 *Het onderscheid tussen doelbeperking en effectbeperking*

In artikel 81 EG, en derhalve ook in artikel 6 Mw, wordt een onderscheid gemaakt tussen overeenkomsten (en dergelijke) die het doel hebben de mededinging te beperken, en overeenkomsten die dat ten gevolge hebben (zie par. 2.1.2). Het onderscheid wordt door de nationale mededingingsbestuursrechter natuurlijk ook gehanteerd. Het CBb stelt dat 'gelet op de oriëntatie van het Nederlandse mededingingsrecht op het Europese, bij de toepassing van het Nederlandse recht de rechtspraak van het Hof op dit punt leidraad [dient] te zijn'.<sup>99</sup> Het volgen van dit uitgangs-

---

96 Rechtbank 24 juli 2007, Erdo. Vgl. zaak 48/69, ICI; gev. zaken 40/73 e.a., Suiker Unie.

97 Zie recent A-G Trstenjak, conclusie in zaak C-209/07, *Beef Industry*, ov. 42.

98 CBb 31 december 2007, *Mobiele Operators*.

99 CBb 28 oktober 2005, *Modint*. Het CBb verwijst naar zijn uitspraak van 15 juli 2004, *NOS*, maar dat is een wat wonderlijke verwijzing; het citaat komt daarin niet op deze wijze terug en het gaat om een misbruikzaak.

punt betekent ook dat bij het plaatsen in de categorie van doelbeperkingen een nader onderzoek naar concrete effecten achterwege kan blijven.

Zo overweegt de rechtbank: ‘de gemaakte afspraken strekken er alle toe de mededinging te beperken (...) zodat volgens vaste jurisprudentie van het [Hof] een onderzoek naar de concrete gevolgen van die afspraken niet meer nodig is’.<sup>100</sup>

Dat leidt tot de vraag hoe het onderscheid tussen doelbeperking en gevolgbeperking moet worden vastgesteld.

– *De standaardoverweging uit Modint*

In Modint geeft het CBb voor het eerst antwoord op deze vraag. Daarbij lijkt er tussen de Europese jurisprudentie en die van de nationale rechters echter enige discrepantie te ontstaan. Het CBb overweegt:

‘Blijkens *vaste rechtspraak van het Hof* (...) moet de beoordeling of een overeenkomst of een deel daarvan al dan niet strekt tot beperking van de mededinging of die ten gevolge heeft, plaatsvinden binnen het feitelijke kader waarin de mededinging zich, *zonder* de overeenkomst met haar beweerde beperkingen, zou afspelen. Dit houdt in dat de overeenkomst moet worden onderzocht binnen de economische context waarin zij toepassing vindt, rekening houdend met de doelstellingen van partijen en de wijze waarop zij daadwerkelijk op de markt optreden, de producten of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft, de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert’.<sup>101</sup>

Deze overweging is een standaardoverweging geworden; zij wordt in uitspraken van de rechtbank steeds herhaald.<sup>102</sup> Het CBb overweegt zelf echter later subtiel anders, in *Mobiele Operators*:

‘volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moet de *strekking* van een overeenkomst worden nagegaan in verband met de economische omstandigheden waarbinnen zij moet worden toegepast (...).<sup>103</sup> Hiertoe moet worden onderzocht welke doeleinden de overeenkomst als zodanig, bezien in verband met de economische context waarin zij toepassing moet vinden, heeft willen verwezenlijken (...).<sup>104</sup> Wanneer uit het onderzoek van de voorwaarden van een overeenkomst in hun juridische en economische context op zich blijkt van een verstoring van de mededinging, kan ervan worden uitgegaan dat deze gedraging tot doel heeft de mededinging te belemmeren, beperken, of vervalsen’.<sup>105</sup>

---

100 Rechtbank, 24 juli 2007, Erdo, met verwijzing naar gev. zaken 56 & 58/64, Consten & Grundig. Vergelijkbaar: CBb 31 december 2007, *Mobiele Operators*.

101 CBb, 28 oktober 2005, Modint (cursief AG). Het CBb verwijst naar zaak 56/65, STM, zaak C-399/93, Oude Luttikhuis (ov. 10) en ook naar de Richtsnoeren artikel 81 (3), punten 17, 21 en 22. Even verder in Modint verwijst het CBb ook naar zaak C-250/92, Göttrup-Klim, ov. 45, waar – wellicht – een verwijzing naar ov. 31 ook passend was geweest.

102 Zie bijv. rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel; rechtbank 19 juli 2006, Garnalen; rechtbank 22 mei 2006 AUV; rechtbank 17 juli 2006, NIP.

103 CBb 31 december 2007, *Mobiele Operators* (cursief AG), met opnieuw verwijzing naar zaak 56/65, STM, en nu ook naar zaak T-168/01, GSK, ov. 119.

104 Het CBb verwijst hiervoor naar gev. zaken 29 & 30/83, CRAM en Rheinzink, ov. 26.

105 Het gaat in *Mobiele Operators* over een o.a.f.g, waarvoor hetzelfde geldt.

Meer recent wordt deze overweging door het CbB herhaald. Daaraan wordt expliciet, toegevoegd:

‘[De] NMa stelt zich terecht op het standpunt dat niet kan worden verlangd de strekking van het besluit aannemelijk te maken door te onderzoeken hoe de concurrentie zich zou hebben ontwikkeld zonder de betreffende besluiten.’<sup>106</sup>

– *Het probleem van de standaardoverweging*

Als de Modint-overweging naast die uit Mobile Operators en NIP wordt gezet en deze worden vergeleken met de desbetreffende jurisprudentie van het Hof, dan blijkt dat de ‘standaardoverweging’ uit Modint te verstrekkend is geweest. Met name het daarin genoemde vergelijken van de situatie mét overeenkomst met de situatie zonder overeenkomst (het counterfeitelijk onderzoek) is niet aan de orde bij de vraag of sprake is van een doelbeperking, maar bij de beoordeling van de daadwerkelijke gevolgen als *geen* doelbeperking kan worden vastgesteld. Deze lezing blijkt duidelijk uit de jurisprudentie van het Hof.

Zie bijvoorbeeld: ‘wens men te onderzoeken, of een overeenkomst *ertoe strekt* de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verstoren, dan heeft men in de *eerste plaats* te letten op de strekking der overeenkomst in verband met de *economische omstandigheden*, waarin zij moet worden toegepast; de in art. 85, lid 1, bedoelde verstoringen van de mededinging moeten voortvloeien uit alle of sommige van de *clausules* der overeenkomst zelve. Wanneer een onderzoek van bedoelde clausules echter *niet* aan het licht mocht brengen, dat in voldoende mate van benadeling der concurrentie sprake is, *dan* ware na te gaan tot welke gevolgen de overeenkomst leidt, waarbij (...) de mededinging moet hier worden gezien in samenhang met de omstandigheden, waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst zou afspelen’.<sup>107</sup>

Hoewel het counterfeitelijk onderzoek derhalve achterwege kan blijven om vast te stellen of sprake is van een doelbeperking, betekent dit niet dat in het geheel geen onderzoek plaats hoeft te vinden. De methode van onderzoek, zo stelt het Gerecht, ‘heeft *algemene gelding*’ en moet ‘het economische en juridische kader’ betreffen, ‘waarbij in het bijzonder rekening wordt gehouden met de economische context waarin de ondernemingen werkzaam zijn, de producten of diensten waarop die overeenkomst betrekking heeft, alsmede de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert’.<sup>108</sup> Het is een kwestie van minder en méér onderzoek, want dit onderzoek kan ‘kort blijven wanneer uit de voorwaarden van de overeenkomst op zich reeds van een verstoring van de mededinging blijkt (...), maar zal moeten worden gecompleteerd naar gelang de omstandigheden van het specifieke geval dit vereisen’.<sup>109</sup>

---

106 CbB 6 oktober 2008, NIP.

107 Zaak 56/65, STM (cursief AG). Het betreft jurisprudentie die door het CbB ook wordt aangehaald; zie ook zaak T-168/01, GSK, waarnaar het CbB in Mobile Operators ook verwijst (hoewel niet zozeer ov. 119, maar met name ov. 148 en ov. 162).

108 Zaak T-328/03, O2, ov. 67.

109 Zaak T-168/01, GSK, ov. 119 en ov. 120.

Deze benadering blijkt ook uit de richtsnoeren van de Commissie,<sup>110</sup> en is in de doctrine bevestigd als een logische benadering van het onderscheid.<sup>111</sup> Samengevat: als uit de woorden en de inhoud van de overeenkomst al het beperkende doel kan worden afgeleid, hoeft het onderzoek niet verder te gaan.<sup>112</sup> Het is derhalve vanuit convergentieperspectief maar goed dat de ‘standaardoverweging’ uit Modint *in de praktijk* door de rechtbank al niet steeds werd toegepast, hoewel wel steeds herhaald. De feitelijke onderzoeksverplichting was daardoor al minder afwijkend van de EG-jurisprudentie dan het theoretische kader van Modint deed vermoeden (zie par. 4.2.2 en par. 4.2.3). Dit is overigens ook de reden waarom het CBb de NMa in NIP wel gelijk kan geven dat een counterfeitelijk onderzoek niet nodig is, en toch de rechtbank gelijk kan geven in de vernietiging van het besluit van de NMa; uit de uitspraak ‘blijkt dat het ontbreken van een zodanig onderzoek voor de rechtbank niet de reden is geweest de eerste beslissing op bezwaar te vernietigen’.<sup>113</sup>

– *Gevaren van achteloze convergentie*

In paragraaf 2.1.2 noemde ik enkele onduidelijkheden die inherent zijn aan het onderscheid tussen doelbeperking en gevolgbeperking. De genoemde problemen, namelijk de onduidelijke grondslag voor het plaatsen van een soort beperking in de categorie van doelbeperking en de vraag of het plaatsen door de EG-rechter van bepaalde (vooral verticale) overeenkomsten in die categorie op nationaal niveau steeds navolging verdient, zijn in nationale uitspraken daadwerkelijk aan de orde. Er is wel een verschil tussen beide: het eerste probleem betreft een algemeen conceptueel punt dat inherent is aan het EG-recht zelf en door de wettelijke convergentie ook op nationaal niveau geldt. Het tweede punt is nationaal van aard en betreft de grens van convergentie. Beide problemen hebben gemeen dat de aansluiting, die zo gemakkelijk lijkt – achteloze convergentie van de wetgever zou dat kunnen worden genoemd – minder gemakkelijk blijkt te zijn. De rechter kan, net als de wetgever, deze convergentie, zonder daar verder uitgebreid bij stil te staan, op een vrij letterlijk niveau volgen: achteloze convergentie van de rechter. Het is echter de vraag of dat wel recht doet aan de achterliggende idee van materiële convergentie.

– *Onduidelijke grondslag*

De onduidelijke grondslag van het onderscheid tussen doelbeperking en effectbeperking lijkt mede ten grondslag te liggen aan de eerste prejudiciële vraag van het CBb in *Mobiele Operators*: ‘welke criteria moeten bij de toepassing van artikel 81, eerste lid, EG worden gehanteerd bij de beoordeling of een onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst?’<sup>114</sup>

---

110 Zie Richtsnoeren artikel 81 (3) EG, punt 17; hierover Lugard & Hancher 2004; Bourgeois & Bocken 2005.

111 Zie bijv. Odudu 2001 b, p. 262.

112 Vgl. Bourgeois & Bocken 2005, p. 177; Richtsnoeren artikel 81 (3) EG, punt 22; conclusie A-G Trstenjak in zaak C-209/07, *Beef Industry*, ov. 50.

113 CBb 6 oktober 2008, NIP.

114 CBb 31 december 2007, *Mobiele Operators*.



Om de context van de vraag te begrijpen, dient te worden opgemerkt dat de rechtbank de in deze zaak aan de orde zijnde uitwisseling van prijsinformatie als een o.a.f.g. met een mededingingsbeperkend doel had aangemerkt.<sup>115</sup> Het probleem van het plaatsen van o.a.f.g.'s in deze categorie, omdat de gedraging 'naar zijn aard' mededingingsbeperkend zou zijn, zoals de rechtbank in feite deed, is echter dat het zo zou kunnen zijn dat de betreffende gedraging geen effect blijkt te hebben op de mededinging, in de zin van geen effect op het consumentensurplus. In dat geval betekent een verbod (en een boete) een vals-positief besluit. Het probleem van een mogelijk vals-positief besluit speelt in Mobiele Operators: de gedragingen hebben geen directe invloed op de consumentenprijs, maar betreffen de relatie tussen de mobiele operators en de dealer (de wederverkoper), die daarnaast ook door andere factoren dan door de uitgewisselde informatie wordt beheerst. Het is daarom voor het CBb zo gemakkelijk nog niet om een doelbeperking aan te nemen, hoewel horizontale prijsuitwisseling over het algemeen in de doelbeperkingcategorie wordt geplaatst. Het CBb overweegt dat 'uit de rechtspraak van het Hof van Justitie weliswaar blijkt *welke omstandigheden* in aanmerking moeten worden genomen bij het onderzoek naar de doeleinden die met een onderling afgestemde feitelijke gedraging als hier aan de orde, worden nagestreefd, maar niet blijkt van een *duidelijk criterium* aan de hand waarvan vervolgens kan worden vastgesteld of de betreffende onderling afgestemde feitelijke gedraging de strekking heeft de mededinging te beperken, te verhinderen of te vervalsen'. De overwegingen die het CBb hieraan ten grondslag legt, zijn het uitgebreider citeren waard:

'In dit verband overweegt het College dat uit de rechtspraak en de toepassing van de mededingingsbepalingen zou kunnen worden afgeleid dat een overeenkomst of onderlinge afstemming de strekking heeft de mededinging te beperken indien *de ervaring leert* dat door een dergelijke overeenkomst of afstemming ongeacht de economische omstandigheden *altijd of nagenoeg altijd* de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Iedere onderneming die aan dergelijke afstemming deelneemt, behoort zich van de onwettigheid bewust te zijn, omdat de daadwerkelijke schadelijke gevolgen onmiskenbaar zijn en zich ongeacht de andere krachten op de relevante markt, zullen voordoen of zich slechts in uitzonderlijke omstandigheden niet zullen voordoen (...). Alleen indien een onderzoek van betreffende overeenkomst of onderlinge afstemming aan het licht mocht brengen dat in voldoende mate van beperking, verhindering of vervalsing van de mededinging sprake is, is gerechtvaardigd dat wordt afgezien van onderzoek tot welke gevolgen de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging leidt en behoeft de mededinging niet te worden bezien in samenhang met de omstandigheden, waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging zou afspelen (...). Een dergelijke interpretatie lijkt eveneens geboden om te vermijden dat aan een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging de strekking wordt toegedicht dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst, terwijl bij onder-

---

115 Rechtbank 13 juli 2006, Mobiele Operators. Aan de orde is de verlaging van de dealervergoeding voor de verkoop van mobiele telefoonabonnementen (postpaid). Het CBb stelt over de rechtbankuitspraak vast (cursief AG): 'De rechtbank heeft het mededingingsbeperkende oogmerk van het verstrekken van informatie door Vodafone (...) afgeleid uit het *veronderstelde gevolg* dat verlaging van de standaarddealervergoeding voor postpaid-abonnementen zal hebben voor de *prijzen* op de retailmarkt. Voorts heeft de rechtbank haar conclusie (...) gebaseerd op het *gericht zijn* van de mededeling over dealervergoedingen voor de verkoop van postpaid-abonnementen op het in de markt blijven van nagenoeg *dezelfde marktverhoudingen*.'

zoek – dat volgens het arrest Grundig evenwel achterwege mag blijven – zou blijken dat deze effecten zich in feite niet voordoen (vals-positieve uitkomst).<sup>116</sup>

De prejudiciële vraag van het CBb is hier om verschillende redenen interessant. In algemene zin omdat de vraag dwingt stil te staan bij de redenen voor het onderscheid tussen doelbeperking en gevolgbeperking, en daarmee bij de criteria waarop dit onderscheid is gestoeld. Het dwingt tot niet-minimalistische overwegingen ten aanzien van de grondslagen van dit onderscheid (zie ook hoofdstuk 4, par. 4). Daarnaast blijkt uit de vraag dat de betekenis van kernbegrippen van het kartelverbod niet vaststaat (zie ook par. 2.1.2); ook na 40 jaar EG-jurisprudentie is een verschuiving in betekenis mogelijk. Uit de prejudiciële vraag kan zelfs een waarschuwing worden afgeleid: het blindelings aansluiten bij jurisprudentie van het Hof ten aanzien van het aanmerken van een bepaalde gedraging als doelbeperking kan ertoe leiden dat aan een herkwalificatie daarvan, in het licht van nieuwe economische inzichten, ten onrechte voorbij zou kunnen worden gegaan.<sup>117</sup> Het CBb maakt zich hier in ieder geval niet schuldig aan achteloze convergentie. Ook is de uitspraak relevant omdat het CBb duidelijk de consument (meer precies: de eindafnemer) centraal stelt in zijn interpretatie van het begrip mededingingsbeperking, in overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof (zie ook par. 2.1.2). Ten slotte geldt dat dit de eerste maal is dat het CBb prejudiciële vragen stelt in een mededingingsrechtelijke zaak. Daarbij baseert het CBb zich niet alleen, zoals in een Leur-Bloem-situatie (zie hoofdstuk 3, par. 4.2), op de Mededingingswet, maar ook op artikel 81 EG, dat hier decentraal wordt toegepast. Het antwoord is hier vanwege de transplantatietechniek ook rechtstreeks relevant voor artikel 6 Mw.

– *Ceci n'est pas un doelbeperking*

Als gevolg van de wettelijke materiële convergentie bestaat het gevaar dat op nationaal niveau een verticale overeenkomst als doelbeperking wordt gekwalificeerd, terwijl die kwalificatie op EG-niveau mede, of zelfs vooral, is ingegeven door het internemarktimperatief (zie par. 2.1.2). Dit punt – het tweede gevaar van achteloze convergentie – is aan de orde in Secon.<sup>118</sup> De zaak betreft een verticaal doorleveringsverbod en aanbevolen prijzen. Het Hof heeft beide beperkingen in algemene zin als doelbeperkingen aangemerkt; in de nationale zaak merkt de Bezwaar-Adviescommissie echter op dat de Europese jurisprudentie juist op dit punt niet zonder meer van toepassing zou hoeven zijn. De rechtbank en het CBb volgen echter de kwalificatie van het Hof. Expliciet (hoewel erg kort) overweegt de rechtbank dat het ontbreken van een internemarkt doelstelling in de Mededingingswet aan 'analoge toepassing van deze jurisprudentie' niet in de weg staat.<sup>119</sup>

Op een bepaald niveau, het oppervlakkige, *shallow*, niveau van de casus (zie ook hoofdstuk 4, par. 4) is vanuit convergentieoogpunt op de kwalificatie als doelbeper-

---

116 CBb 31 december 2007, Mobiele Operators (cursief AG).

117 De A-G lijkt echter in haar conclusie, genomen naar aanleiding van de prejudiciële vragen van het CBb, een meer traditionele benadering van doelbeperkingen voor te staan. Zie conclusie van 19 februari 2009 in zaak C-8/08, Mobiele Operators.

118 Rechtbank 13 februari 2004, Secon; CBb 7 december 2005, Secon.

119 Rechtbank 13 februari 2004, Secon (cursief AG); onderschreven door het CBb.

king weinig aan te merken. Inderdaad worden dergelijke overeenkomsten door het Hof als zodanig aangemerkt. Op de EG-jurisprudentie is wel kritiek geuit, omdat met name verticale prijsbinding economisch bekeken als relatief onschuldig wordt beschouwd,<sup>120</sup> maar de nationale mededingingsrechter hoeft niet voor de Europees-rechtelijke troepen uit te lopen: zolang verticale prijsbinding *juridisch* als beperkend wordt aangemerkt, hoeft de nationale mededingingsrechter niet anders te oordelen op grond van *economische* perspectieven, in ieder geval niet voordat de hoogste rechter dat doet. Tegelijkertijd maken recente(re) arresten van het Gerecht, en op nationaal niveau ook de prejudiciële vragen van het CBb, duidelijk dat een vaststaande kwalificatie op losse schroeven kan komen te staan. Convergentie op een traptree hoger, een meer abstract, *deeper*, niveau (vergelijk hoofdstuk 4, par. 4) – het niveau van de economische benadering van mededingingsbeperkingen – zou kunnen leiden tot een afwijkende kwalificatie, zonder dat daarmee het aansluitingsuitgangspunt op dit abstracter niveau geweld wordt aangedaan. Op het één op één toepassen van de EG-jurisprudentie is in dit geval vooral ook af te dingen dat de kwalificatie als doelbeperking van een doorleveringsverbod in het EG-recht mede is ingegeven door het internemarktimperatief, dat op nationaal niveau ontbreekt. Derhalve is het de vraag of deze overeenkomst ook in de context van de Nederlandse markt als doelbeperking moet worden gekwalificeerd of dat een economische benadering een dergelijke beperking aan een onderzoek zou hebben moeten onderwerpen, gericht op het vaststellen van de feitelijke effecten, niet op het totstandkomen van de interne markt maar op het consumentensurplus.<sup>121</sup> Dat kan nog steeds tot eenzelfde uitkomst leiden, een verboden beperking, maar de route is anders. Dit onderkennen kan van belang zijn voor toekomstige zaken; een *narrow* uitspraak lijkt hier niet de juiste benadering te zijn geweest.<sup>122</sup> Aan dit punt gaat de rechter voorbij. Anders dan in *Mobiele Operators*, waar het CBb de vinger op de zere plek van achteloze wettelijke convergentie legt, is van een dergelijke oplettende houding in dit geval geen sprake, althans niet expliciet. Ook binnen de door de wetgever geplaatste piketpaaltjes van materiële aansluiting had, door de veranderende economische inzichten in het mededingingsrecht, de rechter hier echter meer ruimte kunnen nemen voor een eigen invulling.

### 3.2.2 Doelbeperkingen

Naast het onderscheid tussen doelbeperking en effectbeperking, in het voorgaande aan de orde, is in de uitspraken veelvuldig de daadwerkelijke kwalificatie van een overeenkomst (en dergelijke) als doelbeperking aan de orde. Deze kwalificatie is van belang, omdat bij een doelbeperking een verder (diepgaander) onderzoek naar de gevolgen van de desbetreffende overeenkomst achterwege blijft. Voor het aanmerken als doelbeperking worden meestal twee vragen onderscheiden: (i) de kwalificatie van de voorliggende feiten als beperking van een bepaald type, bijvoorbeeld als prijsbinding of als marktverdeling, en (ii) de categorisering van de beperking (of dat type beperking) als doelbeperking. De eerste vraag is in ieder geval een kwalificatievraag,

---

120 Zie Kneepkens 2007 voor een overzicht van recente economische inzichten hieromtrent.

121 Zie ook Loozen 2006, p. 90. Waarmee overigens nog niet is gezegd dat de beperking geoorloofd was: er kan wel degelijk ook sprake zijn van mededingingsbeperkend effect.

122 Vgl. Sunstein 2008, p. 2.

maar het is niet helemaal duidelijk of dat ook geldt voor de tweede vraag. Is het aanmerken van bijvoorbeeld een doorleveringsverbod als doelbeperking een kwalificatie van feiten of van interpretatie van het begrip ‘mededingingsbeperking’ (en dus een rechtsvraag) of van allebei een beetje? Het antwoord is van belang voor de toetsingsintensiteit door de rechter, en ook voor de (normatieve) beoordeling van de wijze waarop de convergentie zich in de praktijk ontwikkelt, en hangt misschien samen met de vraag of het onderscheid tussen doelbeperking en effectbeperking een *ervaringsregel* betreft, in welk geval dit doorleveringsverbod een doelbeperking oplevert en een kwalificatievraag betreft, of een *rechtsregel*, die inhoudt dat een doorleveringsverbod per definitie een doelbeperking is.<sup>123</sup> Het antwoord wordt in de uitspraken niet geheel duidelijk.

– *Convergentie bij doelbeperkingen vaak impliciet*

Soms leidt de eerste vraag – welk soort beperking is aan de orde – tot discussie tussen partijen, maar vaak is de etikettering van de eenmaal vastgestelde feiten duidelijk, hoewel de zaak Modint daarop een uitzondering is (zie par 4.2.2). Vervolgens is de categorisering, de tweede vraag, als doelbeperking meestal eveneens vanzelfsprekend; de spreekwoordelijke uitzondering doet zich echter voor in Mobile Operators, zoals hiervoor bleek (par. 3.2.1). Over het algemeen lijkt de rechter bij de beoordeling van doelbeperkingen op weinig problemen te stuiten bij het vormgeven van de wettelijke convergentie.

Zo zijn in nationale uitspraken de volgende gedragingen als doelbeperking aangemerkt: directe horizontale prijsafspraken, zoals in Garnalen en Duitse Garnalen;<sup>124</sup> indirecte horizontale prijsbinding (gedragscodes of advieskortingsregelingen), zoals in KNMD, COV en (door de rechtbank) in Modint;<sup>125</sup> quota, zoals in Garnalen en Duitse Garnalen;<sup>126</sup> uitwisseling van prijsinformatie, zoals (door de rechtbank) in Mobile Operators en in Fietsenkartel;<sup>127</sup> verticale prijsbinding, zoals in Secon;<sup>128</sup> horizontale marktverdelingsregelingen, zoals in Notarissen Breda;<sup>129</sup> boycot van nieuwe toetreders, in Bovag, Garnalen en Duitse Garnalen;<sup>130</sup> leveringsweigering, zoals in Secon en AUV;<sup>131</sup> overeenkomsten in het kader van aanbestedingen, zoals in VBBS en *bid-rigging* zoals in Erdo;<sup>132</sup> een crisiskartel, zoals in SSV.<sup>133</sup>

Uit de uitspraken blijkt dat voor de kwalificatievraag, de eerste vraag, meestal niet naar het EG-recht wordt verwezen: het kwalificeren van bijvoorbeeld een gedragscode voor dierenartsen,<sup>134</sup> een advieskortingsregeling van een brancheorganisatie als

---

123 Zie voor de lastige scheidslijn tussen interpretatie en kwalificatie in het algemeen ook hoofdstuk 4, par. 3.3.

124 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen, en rechtbank 20 juni 2006, Duitse Garnalen.

125 Rechtbank 16 mei 2001, KNMD; 23 oktober 2001, COV; 17 augustus 2004, VNTC.

126 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen, en rechtbank 20 juni 2006, Duitse Garnalen.

127 Rechtbank 13 juli 2006, Mobile Operators; rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel.

128 Rechtbank 13 februari 2004, Secon en CBb 7 december 2005, Secon.

129 Rechtbank 18 juni 2003, Notarissen Breda.

130 Rechtbank 28 februari 2006, Bovag; 19 juli 2006, Garnalen; 20 juni 2006, Duitse Garnalen.

131 Rechtbank 13 februari 2004, Secon; 22 mei 2006, AUV; 22 mei 2006, Aesculaap.

132 Rechtbank 22 december 2004, VBB (SIMN IV); 24 juli 2007, Erdo.

133 Rechtbank 4 december 2001, SSV.

134 Rechtbank 16 mei 2001, KNMD.

horizontale prijsbinding;<sup>135</sup> en het als horizontale marktverdeling aanmerken van de toerbeurtregeling in Notarissen,<sup>136</sup> gebeurt zonder EG-verwijzingen. Niet altijd hoeft de reden voor het ontbreken van een verwijzing te zijn dat er geen vergelijkbare casusposities in EG-jurisprudentie aan de orde zijn geweest; wel is vaak de kwalificatie erg voor de hand liggend en is het EG-rechtelijke kader eerder in de uitspraak geschetst.<sup>137</sup> Hoewel de jurisprudentie van het Hof hier, anders dan bij effectbeperkingen (zie hierna), niet als feitenprecedent wordt gebruikt, hebben *Commissiebeschikkingen* soms wel die functie. Als er een relevant voorbeeld bestaat dat feitelijk grote overeenkomsten vertoont met de voorliggende casus, dan wordt een dergelijke Commissiebeschikking als ‘maatstaf’ gebruikt, bijvoorbeeld ten aanzien van de ‘antileurregeling’ van een brancheorganisatie in de bouw<sup>138</sup> en voor een crisiskartel in de varkensslachterijensector.<sup>139</sup> De verwijzing naar Commissiebeschikkingen als feitelijk precedent kan enige verwarring opleveren. De rechter ziet zich blijkbaar niet alleen gebonden aan jurisprudentie van het Hof, maar ook, hoewel op onduidelijke wijze, aan Commissiebeschikkingen. Deze vorm van verwijzen naar, of baseren op, Commissiebeschikkingen komt op verschillende onderdelen van de invulling van het verbod en de uitzonderingen terug, aangevuld met verwijzingen naar informele brieven en beleidsregels van de Commissie. Op het gebruik van Commissiebeslissingen als feitelijk en juridisch precedent kom ik daarom in de eindparagraaf van dit hoofdstuk (par. 6) terug.

De kwalificatie van de beperking als een bepaald type beperking is van groot belang, omdat daarmee het karakter als doelbeperking, de tweede vraag, in beginsel ook vaststaat; in de praktijk is het lot van de overeenkomst dan bezegeld. De beantwoording van de tweede vraag – het aanmerken van de beperking als doelbeperking – valt soms vloeiend samen met de eerste kwalificatievraag, bijvoorbeeld bij de uitspraken over een boycot (waarin beide vragen zonder verwijzing naar het EG-recht worden beantwoord).<sup>140</sup> Het belang van de eerste kwalificatie blijkt ook uit de uitspraken in *Modint*, waar de rechtbank de voorliggende feiten als horizontale prijsbinding en daarmee als doelbeperking kwalificeerde, hoewel duidelijk geen sprake was van een ‘klassiek kartel’.<sup>141</sup> Het CBb stelde dan ook dat sprake was van een ‘vergoeding voor verleende diensten’ en daarmee geen doelbeperking, zodat een nader onderzoek naar de gevolgen diende plaats te vinden (zie par. 3.2.3).<sup>142</sup>

---

135 Rechtbank 23 oktober 2001, COV.

136 Rechtbank 18 juni 2003, Notarissen Breda.

137 Zie bijv. de *Garnalen*-uitspraken, waar over de kwalificatie geen onduidelijkheid bestaat en het EG-rechtelijke kader bij de beoordeling van de overeenkomsten als doelbeperking aan de orde komt, rechtbank 19 juli 2006.

138 Rechtbank 12 oktober 2001, VBBS II, met verwijzing naar de SPO-beschikking van de Commissie (beschikking van 5 februari 1992, zaken IV/31.572 en IV/32.571, 92/204/EEG).

139 Rechtbank 4 december 2001, SSV, met verwijzing naar de baksteen-beschikking van de Commissie (beschikking van 29 april 1994, zaak IV/34.456, 94/296/EG; Pb. L131 van 26/05/1994, p. 15-22).

140 Rechtbank 28 februari 2006, *Bovag*; en rechtbank 19 juli 2006, *Garnalen*.

141 Daarop is dan ook kritiek gekomen: vgl. Van Harinxma thoe Slooten 2004.

142 CBb 28 oktober 2005, *Modint*.

Opvallend is dat voor het aanmerken van de soort beperking als doelbeperking weliswaar niet wordt afgeweken van EG-jurisprudentie,<sup>143</sup> maar dat ook voor dit punt niet steeds wordt verwezen naar jurisprudentie van het Hof. In Garnalen, waar het EG-recht wel wordt genoemd, stelt de rechtbank dat ‘uit vaste rechtspraak van het Hof (volgt) dat overeenkomsten betreffende de vaststelling van *prijzen* en *productie* gewoonlijk geacht worden de concurrentie te beperken’,<sup>144</sup> maar vaak wordt niet expliciet naar het EG-recht verwezen en wordt korthedshalve vastgesteld dat sprake is van een doelbeperking; illustratief is de zaak Erdo, waarin over afspraken bij aanbestedingen (*bid-rigging*) slechts wordt gesteld: ‘de gemaakte afspraken *strekken* er alle toe de mededinging te beperken’.<sup>145</sup>

– *Ruimte voor de rechter bij kwalificatievragen*

Hiervoor is opgemerkt dat de kwalificatie van een *doorleveringsverbod* als doelbeperking in het EG-recht mede is ingegeven door het internemarktimperatief (zie par. 3.2.1). De vraag of deze kwalificatie op nationaal niveau vanwege de wettelijke convergentie moet worden gevolgd, hangt samen met de vraag of de plaatsing van een bepaalde beperking in de categorie van doelbeperkingen een kwalificatievraag of een interpretatievraag betreft. Ik zou menen dat zowel het kwalificeren van de feiten als bepaald type beperking, als het aanmerken van die beperking als doelbeperking kwalificatievragen zijn, te beantwoorden aan de hand van de algemene omschrijving (een interpretatievraag) van wat een doelbeperking is. De economische benadering lijkt daarvoor een ondersteuning te bieden: het hangt immers steeds van de omstandigheden af of inderdaad *deze* horizontale prijsafspraken een doelbeperking inhoudt. In de praktijk lijkt de nationale rechter echter de tweede vraag te behandelen als een interpretatievraag, die vooral in handen is van het Hof. Als het echter een kwalificatievraag betreft, zoals ik meen, heeft de rechter meer ruimte ten opzichte van de ‘categorisering’ van het Hof.<sup>146</sup> De insteek dient convergentie op het niveau van de interpretatie te zijn, terwijl het daadwerkelijk aanmerken van deze beperking als doelbeperking, *omdat* het Hof of de Commissie dat over het algemeen ook doet, wel praktisch kan zijn, maar aan de economische benadering niet steeds recht hoeft te doen: omdat het een kwalificatievraag betreft, hoeft *dit* doorleveringsverbod in een nationale casus derhalve niet noodzakelijkerwijs een doelbeperking te zijn.

---

143 Zie voor horizontale prijsbinding bijv. zaak 48/69, ICI; voor prijsaanbevelingen van ondernemersverenigingen gev. zaken 209/78 e.a., Fedetab, en beschikking van de Commissie 5 juni 1996, Fenex (Pb 1996, L 181, p 28), en in algemene zin, De Vries 2005; voor prijsafspraken in vrije beroepen bijv. Jones & Sufrin 2004, p. 796-796. Voor outputbeperkingen zoals quota zie o.a. zaak C-137/92 P, Huls en zaak C-51/92 P, Hercules; over informatie-uitwisseling bijv. zaak C-238/05, Asnef Aequifax, en hierover ook Osti 1994, en Lévêque 2007; voor *bid-rigging* bijv. zaak T-9/99, HFB e.a., en zaak T-29/92, SPO; voor crisiskartels o.a. het 12<sup>e</sup> Mededingingsverslag van de Commissie, en Harding & Joshua 2003, p. 146; voor een voorbeeld van veroordeling van boycotts bijv. Bellamy & Child 2001, p. 239; over doorleveringsverboden en verticale prijsbinding ook hiervoor, par. 3.2.1. Marktverdeling zoals in Notarissen lijkt op deze wijze in de EG-jurisprudentie niet aan de orde geweest, maar zie in algemene zin over marktverdeling elk handboek Mededingingsrecht.

144 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen. De rechtbank verwijst naar zaak 246/86, Belasco.

145 Rechtbank 24 juli 2007, Erdo (cursief AG). Vergelijkbaar kort is de beoordeling in o.a. rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel en rechtbank 22 mei 2006, AUV en Aesculaap.

146 Of het daadwerkelijk de rechter is die die ruimte zelf kan invullen of dat een deel daarvan op het bord van de NMa terecht komt en slechts afstandelijk getoetst kan worden, hangt af van het type kwalificatie (zie hoofdstuk 4, par. 3.3 en hierna par. 5).

### 3.2.3 Effectbeperkingen

Als er geen sprake is van een doelbeperking, dient te worden nagegaan wat het effect is dat de overeenkomst daadwerkelijk op de markt heeft. Hoe stelt de nationale rechter dat in het licht van de wettelijke convergentie vast? Daarvoor kan opnieuw een onderscheid worden gemaakt tussen verschillende vragen: (i) als welke soort beperking zijn de feiten te kwalificeren; (ii) als tussenvraag de vraag of de desbetreffende beperking als doelbeperking kan worden aangemerkt; en (iii) of sprake is van een mededingingsbeperkend effect op de markt. Hier is duidelijker dat de vraag of sprake is van een mededingingsbeperkend effect op de markt een vraag is van bewijs, en kwalificatie van de feiten, dan het geval is bij de vraag of een bepaalde beperking als doelbeperking moet worden aangemerkt (zie hiervoor). Het is niet noodzakelijk om de tussenvraag te stellen: in theorie kan worden overgegaan tot beoordeling van het mededingingsbeperkend effect zonder dat is vastgesteld dat geen sprake is van een doelbeperking. Dat laatste ligt echter wel voor de hand omdat aan een onderzoek naar het mededingingsbeperkend effect pas wordt toegekomen als geen sprake is van een doelbeperking. Meer nog dan bij doelbeperking lopen de vragen echter door elkaar. Zo kan het onderzoek naar de mededingingsbeperkende gevolgen, als duidelijk geen sprake is van een doelbeperking, voorafgaan aan de vraag als welke soort beperking de in het onderzoek naar voren gekomen feiten moeten worden gekwalificeerd.

In de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter bestaat over de eerste vraag, welke soort overeenkomst aan de orde is, zelden verschil van mening; de uitzondering in de zaak *Modint* is hiervoor al besproken (zie par. 3.2.1). De tussenvraag wordt meestal niet overgeslagen; slechts zelden wordt de vraag in het midden gelaten of al dan niet sprake is van een doelbeperking.<sup>147</sup>

Zo is van verschillende typen gedragingen vastgesteld dat géén sprake is van een doelbeperking: exclusiviteitsbedingen in een verticale relatie in *BasisMedia*,<sup>148</sup> erkenningsregelingen, zoals in *Uneto-VNI*, *Golfers en Elektroburo Vos*,<sup>149</sup> het door een branchevereniging voorschrijven van een vergoeding voor te verlenen diensten, zoals in *Modint* (althans door het CBb);<sup>150</sup> aanbevolen prijzen door een brancheorganisatie in de vrije beroepssector in *NIP*;<sup>151</sup> door een brancheorganisatie aan haar leden voorgeschreven korting op een fietsenonderhoudsbeurt, en 'Leidraad' met rentepercentage en winstopslagberekening in *Bovag*.<sup>152</sup>

Dat *geen* sprake is van een doelbeperking wordt vaak beantwoord door aan te sluiten bij EG-rechtelijke precedenten; dit in tegenstelling tot de conclusie dat *wel* sprake is van een doelbeperking (zie par. 3.2.2). Als uit jurisprudentie van het Hof blijkt dat een bepaald type overeenkomst geen doelbeperking is, dan is dat voldoende voor de

---

147 Eigenlijk alleen in rechtbank 11 september 2002, *Vodafone Libertel*.

148 Rechtbank 8 juni 2004, *BasisMedia*.

149 Rechtbank 25 maart 2004, *Uneto-VNI*; CBb 2 mei 2006, *Golfers*; en rechtbank 14 december 2004, *Golfers en CBb* 6 september 2007, *Elektroburo Vos II*.

150 CBb 28 oktober 2005, *Modint*.

151 Rechtbank 17 juli 2006, *NIP*.

152 Rechtbank 28 februari 2006, *Bovag*.

rechtbank om tot eenzelfde oordeel te komen, bijvoorbeeld ten aanzien van de exclusieve overeenkomst in BasisMedia.<sup>153</sup> De verwijzing kan hier, net als bij doelbeperkingen, ook een Commissiebeschikking betreffen, zoals ten aanzien van een erkenningsregeling,<sup>154</sup> of de beoordeling van door een brancheorganisatie aanbevolen prijzen.<sup>155</sup> Maar voor de beoordeling van een bepaald type beperking wordt, als de NMa voor dergelijke beperkingen beleidsregels heeft opgesteld, ook wel en alleen maar aangesloten bij de richtsnoeren van de NMa, en daarmee alleen impliciet geoordeeld dat geen sprake is van een doelbeperking.<sup>156</sup>

In al deze gevallen dient te worden onderzocht wat de daadwerkelijke gevolgen zijn van de desbetreffende gedraging (de derde vraag). Uit wat hiervoor is uiteengezet over het onderscheid tussen doelbeperkingen en effectbeperkingen komen aanwijzingen over dit onderzoek naar voren (par. 3.2.1). De reikwijdte daarvan is ook onderwerp van bewijsrecht (zie par. 4.2.3), maar voor een beeld van de materiële convergentie bij effectbeperkingen dient op bewijsrechtelijke aspecten enigszins te worden vooruitgelopen. Uit jurisprudentie van het Gerecht blijkt dat het onderzoek twee stappen zou moeten omvatten: marktafbakening en een counterfeitelijk onderzoek.<sup>157</sup> De achterliggende idee is een *economisch* onderzoek naar de werkelijke omstandigheden van het geval en de *concrete* effecten op de markt, waarbij de marktpositie van partijen als indicator fungeert van de mogelijkheid van een mededingingsbeperkende overeenkomst (zie ook par. 4.2.3). Hoewel de beide stappen in de uitspraken van de rechter niet steeds zo duidelijk terugkomen, komt deze achterliggende idee wel naar voren.

Zo stelt de rechtbank in Uneto-VNI dat 'rekening [dient te] worden gehouden met de *concrete situatie* waarin deze regeling *effect* sorteert',<sup>158</sup> en ook wordt de standaardoverweging uit Modint waarin deze economische benadering wordt benoemd (en die voor een effectbeperking klopt) door de rechtbank steeds herhaald. Maar een echte marktafbakening of echt counterfeitelijk onderzoek komt niet vaak expliciet naar voren. Een uitzondering is de zaak NIP, waarin de rechtbank overweegt dat 'dient (...) te worden onderzocht hoe de concurrentie op de markt voor psychologische diensten zich zou hebben ontwikkeld zonder de door de betrokken verenigingen vastgestelde en naar buiten gebrachte adviestarieven (...)',<sup>159</sup> maar die zaak blijkt het onderzoek naar een doelbeperking te betreffen en de rechtbank wordt door het CBb in abstracto teruggedroefd: geen counterfeitelijk onderzoek is nodig (maar het door de rechtbank wel aan de NMa opgedragen onderzoek is ook niet als zodanig aan te merken, aldus het CBb).<sup>160</sup>

---

153 Rechtbank 8 juni 2004, BasisMedia.

154 Rechtbank 25 maart 2004, Uneto-VNI, waarin verwezen wordt naar de beschikking van de Commissie van 29 november 1995 in de zaak FNK/SCK.

155 Rechtbank 17 juli 2006.

156 Zoals in CBb 2 mei 2006, Golfers; en in rechtbank 29 december 2004 en CBb 6 september 2007, Elektroburo Vos II, waarin getoetst wordt aan de Richtsnoeren samenwerking bedrijven van de NMa.

157 Zie zaak T-168/01, GSK, ov. 148 en 162; en zaak T-328/03, O2, ov. 68.

158 Rechtbank 25 maart 2004, Uneto-VNI.

159 Rechtbank 17 juli 2006, NIP.

160 CBb 6 oktober 2008, NIP. Zie ook par. 3.2.1 en par. 4.2.3.



Ondanks het ontbreken van een aanduiding van marktafbakening en counterfeitelijk onderzoek stellen de rechtbank en CbB in verschillende uitspraken vast dat het onderzoek van de NMa tekortschiet.<sup>161</sup> Daarbij wordt niet steeds opnieuw verwezen naar Europeesrechtelijke jurisprudentie. Zo is interessant dat ten aanzien van erkenningsregelingen in Uneto-VNI door de rechtbank nog wordt gerefereerd aan het EG-rechtelijke kader,<sup>162</sup> terwijl dat in de uitspraken over de golfprofessionals en Elektroburo Vos niet (meer) het geval is.<sup>163</sup> In die laatste uitspraken wordt door de rechter getoetst aan de ondertussen totstandgekomen Richtsnoeren samenwerking bedrijven van de NMa.<sup>164</sup> De richtsnoeren zelf worden ook niet expliciet aan het EG-recht getoetst.<sup>165</sup> Desalniettemin is de wijze van benadering van het onderzoek door de NMa vergelijkbaar met de EG-rechtelijke benadering (zie ook par. 4.2.3).

Kortom, materiële rechterlijke convergentie bij effectbeperkingen ligt derhalve ten grondslag aan de uitspraken; voor de kwalificatie van de feiten als een bepaalde soort beperking en voor het vaststellen dat geen sprake is van een doelbeperking, wordt regelmatig verwezen naar EG-rechtelijke voorbeelden. Maar bij de toetsing aan artikel 6 Mw komt de door de Europese rechter voorgestane toets van marktafbakening en counterfeitelijk onderzoek in geen van de uitspraken in alle facetten naar voren. Dat neemt weer niet weg dat de achterliggende gedachte van een economische beoordeling in de feitelijke context van het voorliggende geval wel blijkt.

#### 3.2.4 *Nevenrestricties en rule of reason*

Voor invulling van het leerstuk van nevenrestricties sluit de mededingingsbestuursrechter aan bij EG-precedenten. Zo overweegt het CbB onder verwijzing naar jurisprudentie van het Hof<sup>166</sup> dat een ‘nevenrestrictie elke restrictie is die rechtstreeks verband houdt met en nodig is voor de verwezenlijking van de primaire transactie’.<sup>167</sup> Aan deze voorwaarden wordt vervolgens getoetst, bijvoorbeeld in Modint en in Vodafone Libertel.<sup>168</sup> De verschillende conceptuele problemen rond dit leerstuk komen in de nationale uitspraken echter niet aan bod (zie par. 2.1.2).

Ook de *rule of reason* – in de zin van een afweging van positieve en negatieve effecten van een gedraging voor de mededinging onder het eerste lid van de verbodsbepaling – is aan de orde in de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter. De

---

161 Rechtbank 25 maart 2004, Uneto-VNI; rechtbank 17 juli 2006, NIP; rechtbank 28 februari 2006, Bovag; en CbB 28 oktober 2005, Modint; rechtbank 4 maart 2008, Solétanche.

162 Rechtbank 25 maart 2004, Uneto-VNI. De rechtbank sluit aan bij het ENS-arrest van het Gerecht.

163 Rechtbank 29 december 2004, Golfers en CbB 6 september 2007, Elektroburo Vos II; en 2 mei 2006, Golfers.

164 Richtsnoeren samenwerking bedrijven.

165 De rechtbank 29 december 2004, Golfers, ‘acht dit beleid (...) noch in strijd met de wet noch in strijd met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur’.

166 Zaak T-112/99, Métropole M6.

167 CbB 26 mei 2004, Vodafone Libertel.

168 CbB 26 mei 2004, Vodafone Libertel. In CbB 28 oktober 2005, Modint, lopen regel en toetsing door elkaar en verwijst het CbB ook nog naar een Commissiebeschikking (beschikking van de Commissie van 24 juli 2002, Visa International, Pb EG 2002, L 318/17). Opnieuw is niet helemaal duidelijk hoe deze verwijzing moet worden gezien (zie par. 6).

rechtbank stelt, in overeenstemming met de officiële lijn in de EG-jurisprudentie waarnaar zij verwijst,<sup>169</sup> dat voor de *rule of reason* in het EG-recht geen plaats is (zie par. 2.1.2). De rechtbank ziet ‘geen aanleiding voor het nationale mededingingsrecht om een ander standpunt in te nemen’. Derhalve ‘dienen de positieve en negatieve gevolgen van een overeenkomst tegen elkaar (...) te worden afgewogen binnen het strikte kader van artikel 81, derde lid, EG’.<sup>170</sup> Vanuit het convergentieperspectief dat ten grondslag ligt aan de Mededingingswet, is een dergelijk standpunt voor de hand liggend. Tegelijkertijd blijven hierdoor de nuances van het leerstuk van de *rule of reason*, en met name ook de verhouding hiervan tot de weging van negatieve en positieve effecten onder het eerste lid, althans bij een effectbeperking, buiten beschouwing (vergelijk par. 2.1.2). Daarbij moet wel worden aangetekend dat deze nationale uitspraken dateren van vóór de wetswijziging waarbij de ontheffingsmogelijkheid in een wettelijke uitzondering werd veranderd, zodat ook de eventuele invloed van die wijziging op de verhouding tussen een *rule of reason*-benadering onder het eerste lid en de weging onder het derde lid van de verbodsbepaling niet aan de orde is.

### 3.2.5 Merkbaarheid

Een mededingingsbeperking dient een merkbare beperking te zijn alvorens het verbod van toepassing is.<sup>171</sup> Wat het merkbaarheidsvereiste betreft heeft de rechtbank al vrij snel duidelijk gemaakt dit ook in artikel 6 Mw te lezen, conform de Memorie van Toelichting, zoals in het EG-recht.<sup>172</sup> Het CBb heeft deze lezing bevestigd.<sup>173</sup> Niet in elk van de zaken waarin merkbaarheid aan de orde is, komt de aansluiting bij het Europese recht echter ter sprake. Dit geldt met name voor zaken waarin het zo duidelijk is dat de beperking merkbaar is, dat daarover eigenlijk niet geloofwaardig getwist kan worden (zie ook par. 4.2.5).<sup>174</sup>

De principiële vraag of de merkbaarheid van een *doelbeperking* per definitie is gegeven, zoals door de NMa een tijd lang werd betoogd,<sup>175</sup> werd door de rechtbank voor het eerst in Notarissen in ontkennde zin beantwoord.<sup>176</sup> De rechtbank sluit expliciet aan bij EG-jurisprudentie.<sup>177</sup> Ook bij doelbeperkingen dient merkbaarheid

---

169 Zaak T-112/99, Métropole M6.

170 Rechtbank, 23 oktober 2001, COV; eerder ook voorzieningenrechter rechtbank 12 oktober 2001, VBBS II; bevestigd in rechtbank 17 augustus 2004, Modint.

171 In EG-rechtelijke jurisprudentie is merkbaarheid ook aan de orde bij het vereiste van de beïnvloeding van de interstatelijk handel. Dat geldt bij artikel 6 Mw logischerwijs niet.

172 Bijv. rechtbank 23 oktober 2001, COV; 4 december 2001, SSV; en 11 september 2002, Vodafone Libertel. Daarna vele malen bevestigd, zoals in rechtbank 18 juni 2003, Notarissen Breda; 13 februari 2004, Secon; 17 augustus 2004, VNTC; 19 juli 2006, Garnalen; en 24 juli 2007, Erdo. Zie ook Gerbrandt & Pietermaat 2005; Keskin 2007.

173 CBb 12 maart 2004, Notarissen Breda; 26 mei 2004, Vodafone Libertel; en 7 december 2005, Secon.

174 Zoals bijv. rechtbank 23 oktober 2001, COV en rechtbank 4 december 2001, SSV.

175 En ook door de Commissie, zie de De Minimis-bekendmaking 2001, punt 11. Impliciet ook in de Richtsnoeren 81 (3) EG, punt 24; er was wel sprake van convergentie, maar alleen met de Commissie, wiens benadering afweek van die van het Hof, zie Reumers 2002.

176 Rechtbank 18 juni 2003, Notarissen Breda.

177 Gev. zaken T-374/94 e.a., ENS. Zie over dit arrest Mortelmans & Loozen 1999. Het Hof had de merkbaarheidseis bij een doelbeperking al vastgesteld in zaak 5/69, Völk. Zie ook Loozen 2002.

te worden vastgesteld,<sup>178</sup> en daarmee de vraag beantwoord ‘of de vastgestelde mededingingsbeperking, wegens de zwakke positie van de betrokken partijen op de betrokken markt, de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden’.<sup>179</sup> Voor de te toetsen omstandigheden – ‘rekening [moet] worden gehouden met de concrete situatie waarin de overeenkomst effect sorteert, en in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert’ – sluit het CBb vervolgens aan bij EG-rechtelijke jurisprudentie.<sup>180</sup> Deze algemene overweging komt in de daaropvolgende uitspraken steeds terug,<sup>181</sup> al dan niet met toevoeging van verwijzingen naar nadere jurisprudentie van het Hof en beleidsdocumenten van de Commissie. Er is derhalve sprake van rechterlijke convergentie.

De verwijzing naar *beleidsregels* van de Commissie is op het eerste gezicht enigszins opvallend, omdat in de Memorie van Toelichting nog werd gesteld dat de De Minimis-bekendmaking van de Commissie niet zou gelden in een nationale situatie. De verwijzing van het CBb is echter minder vreemd als wordt bedacht dat de Memorie van Toelichting sprak over de oude bekendmaking; daarin waren omzettingen opgenomen die inderdaad voor een nationale situatie minder geschikt zouden zijn. De nieuwe (ten tijde van Secon geldende) bekendmaking bevat markt-aandelen, die wel transplantabel blijken te zijn. Daarbij geldt echter wel dat in algemene zin de rol en de verbindendheid van beleidsregels van de Commissie voor de nationale rechter onduidelijk is: als de EG-rechter zich niet gebonden acht, maar wel een zekere zelfbinding voor de Commissie accepteert, hoe kunnen dergelijke beleidsdocumenten de nationale rechter (of de NMa) binden? Net als bij de onduidelijke status van Commissiebeschikkingen is dit een terugkomend fenomeen, waarop ik in paragraaf 6 nader in ga. In Secon is over de relevantie van de bekendmaking overigens geen verschil van mening, waarbij wel moet worden aangetekend dat het CBb zich niet uitsluitend op de EG-beleidsregels baseert en ook niet stelt dat hij, of de NMa wat dat betreft, aan die Europese beleidsregels gebonden zou zijn.

De vraag of in een voorliggende zaak ook *daadwerkelijk* aan het merkbaarheidsvereiste is voldaan, is vooralsnog geen aanleiding tot uitgebreide beschouwingen van de rechter.<sup>182</sup> Lang niet altijd komen de door het CBb in aansluiting bij EG-jurisprudentie genoemde eisen in de toetsing terug. Op dit punt ga ik in paragraaf 4.2.5 nader in, omdat dit met name ook de onderzoeksplicht van de NMa betreft.

---

178 Bevestigd door het CBb 7 december 2005, Secon.

179 Rechtbank 18 juni 2003, Notarissen Breda; zie ook rechtbank 13 februari 2004, Secon; 17 augustus 2004, VNTC.

180 CBb 7 december 2005, Secon.

181 Bijv. in uitspraken van de rechtbank van 28 februari 2006, Bovag; 22 mei 2006, AUV; 22 mei 2006, Aesculaap; en 24 juli 2007, Erdo.

182 Zie bijv. rechtbank 28 februari 2006, Bovag.

### 3.2.6 Verweer

Voor de inhoud van het verweer, gelegen in de omstandigheid dat de overheid de handelsvrijheid van de partijen zou hebben belemmerd (de *state-action defense*), sluit de rechtbank aan bij het EG-recht. Een dergelijk verweer gaat alleen op indien de ondernemingen geen enkele ruimte meer zouden hebben gehad hun gedrag te bepalen.

Zo stelt de rechtbank in Garnalen: 'Uit vaste rechtspraak van het Hof (bijvoorbeeld gevoegde zaken C-359/95 P en C-379/95 P, *Ladbroke* (...)) vloeit immers voort dat partijen alleen indien zij door overheidsorganen gedwongen worden tot een bepaald mededingingsbeperkend gedrag, niet geacht worden artikel 81, eerste lid, van het EG-verdrag te hebben overtreden. Van dergelijke overheidsdwang is in de onderhavige zaak geen sprake'.<sup>183</sup>

De vraag of *efficiëntievoordelen* een verweer zijn en onder de verbodsnorm horen te worden beoordeeld of alleen bij toepassing van de uitzondering aan de orde kunnen komen, is in uitspraken niet aan de orde. In de literatuur daarentegen wordt gesteld dat beoordeling inherent is aan het eerste lid, maar dat efficiënties in de praktijk als verweer zullen worden behandeld. Dit is met name een bewijsprobleem (zie par. 4.2).

### 3.3 Toepassing van artikel 81 EG

Als artikel 81 EG op een voorliggende casus van toepassing is, dan dient de NMa dit artikel toe te passen, zo volgt uit Verordening 1/2003. Dat levert in ieder geval twee vragen op: (i) wanneer is artikel 81 EG naast artikel 6 Mw van toepassing, en (ii) stuit de gelijktijdige toepassing van artikel 81 EG en artikel 6 Mw op problemen in verband met algemene rechtsbeginselen? De *eerste vraag* betreft de toepassing van het interstatelijkheidsvereiste. Hoe dit begrip moet worden uitgelegd, is in enkele uitspraken van de nationale rechter aan de orde. Hierbij wordt het EG-recht rechtstreeks toegepast, zodat in feite geen vragen van convergentie aan de orde zijn. Volledigheidshalve merk ik op dat het interstatelijkheidsvereiste wordt geïnterpreteerd overeenkomstig jurisprudentie van het Hof en richtsnoeren van de Commissie.<sup>184</sup>

De *tweede vraag* is vooral aan de orde bij de beoordeling van boetes. Hoewel sanctieoplegging grotendeels buiten de analyse van dit proefschrift valt (zie hoofdstuk 1, par. 3), is de overweging waarin de rechtbank weergeeft dat gelijktijdige toepassing van de beide verbodsbepalingen niet problematisch is, ook vanuit een algemeen convergentieperspectief interessant, nu de rechtbank stelt dat gelijktijdige toepassing is geoorloofd omdat 'de onderhavige bestuurlijke heroverweging ziet op hetzelfde feitencomplex, het feitencomplex zowel onder het nationale als het Europees recht *op dezelfde wijze juridisch getoetst* dient te worden en geen van de partijen door toepassing van artikel 81, eerste lid, van het EG-Verdrag in een nadeli-

---

<sup>183</sup> Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

<sup>184</sup> Zie o.a. rechtbank 18 juli 2007, *Fietsenkartel*; rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

ger positie is komen te verkeren'.<sup>185</sup> De vraag is wel opgeworpen of het eerste deel van de stelling wel klopt: de toepassingsvoorwaarden zijn niet gelijk.<sup>186</sup> Dat blijkt ook uit dit proefschrift.

### 3.4 Uitzonderingen

Zoals ik hiervoor heb aangegeven, zijn er verschillende uitzonderingen op het kartelverbod (zie par. 2.2). Voorzover deze in uitspraken van de nationale rechter aan de orde zijn, worden ze hierna besproken. Daarbij neem ik uitspraken met betrekking tot de oude ontheffingsmogelijkheid mee, omdat deze van belang kunnen blijven voor de interpretatie van de rechtstreeks werkende uitzondering. Achtereenvolgens bespreek ik de uitspraken die betrekking hebben op de doorwerking van Europese groepsvrijstellingen en jurisprudentiële conflictregels (par. 3.4.1.); nationale ontheffingen (par. 3.4.2); en de rechtstreeks werkende uitzondering (par. 3.4.3).

#### 3.4.1 Doorwerking van Europese uitzonderingen

Er zijn geen uitspraken over door de Commissie verleende ontheffingen, die op grond van artikel 12 Mw op nationaal niveau zouden doorwerken. Door de Commissie verleende ontheffingen spelen echter soms een rol bij de beoordeling van een nationale casus, als feitelijk precedent. Er zijn enkele uitspraken over de doorwerking van Europese groepsvrijstellingen. Zo is in verschillende uitspraken de *groepsvrijstellingen verticales* aan de orde.<sup>187</sup> Deze vrijstelling wordt, zoals verwacht en overeenkomstig de Mededingingswet, door de rechter toegepast op een voorliggende 'nationale' casus. Als de vrijstelling van toepassing is – bij een verticale overeenkomst zonder clausules van de zwarte lijst – dan is het verbod van artikel 6 Mw niet aan de orde.<sup>188</sup> Over de toepassing wordt tussen rechtbank en CBb van mening verschild, maar het is niet helemaal duidelijk waar het verschil van mening ligt: in de kwalificatie van de feiten of in de interpretatie van de vrijstelling. Dat laatste lijken de woorden van het CBb te impliceren. De interpretatie van de groepsvrijstelling is echter uiteindelijk in handen van het Hof, ook bij toepassing onder de Mededingingswet. Bij onduidelijkheid daarover kunnen prejudiciële vragen worden gesteld.

In Vodafone Libertel worden service-providerovereenkomsten beoordeeld, waarin een goedkeuringsvereiste voor de overdracht van abonnementgegevens is opgenomen. De rechtbank en het CBb komen tot een verschillend oordeel over de toepassing van de groepsvrijstelling.<sup>189</sup> Waar de rechtbank stelde dat geen sprake was van een verticale overeenkomst in de zin van de groepsvrijstelling (en ter onderbouwing verwees naar de richtsnoeren verticalen), stelt het CBb dat de rechtbank 'het systeem van de groepsvrijstelling heeft miskend'. Ook een wel mededingingsbeperkende clause (niet zijnde een hard-core clause) in een verticale overeenkomst valt onder de groepsvrijstelling. Dat is

---

185 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel en ook eerder al rechtbank 13 juni 2006, Mobile Operators.

186 Zie Korsten 2006.

187 Verordening 2790/1999.

188 Zie uitgebreid over verticale overeenkomsten Hildebrand 2005; Souto Soubrier 2007.

189 Rechtbank 11 september 2002, Vodafone; CBb 26 mei 2004, Vodafone.

in casu het geval omdat het abonneebestand niet kan worden losgekoppeld van de overeenkomst tussen Vodafone Libertel en de service-provider.<sup>190</sup>

Een aantal uitspraken betreft de doorwerking van de *Europese landbouwverordening*.<sup>191</sup> In de Memorie van Toelichting had de minister al expliciet opgemerkt dat artikel 12 Mw ook deze landbouwverordening omvat. Toch kan de toepassing van dat idee problematisch zijn, omdat de verordening een uitzondering bevat die slechts door de Commissie mag worden toegepast (zoals het oude ontheffingsmonopolie onder artikel 81, lid 3 EG). Wel mag de nationale rechter de niet-toepasselijkheid vaststellen en – als dat het geval is – artikel 81 EG toepassen. In Garnalen bevestigt de rechtbank wat in een eerdere uitspraak al impliciet was,<sup>192</sup> namelijk dat de regel dat de nationale rechter de niet-toepasselijkheid van de uitzondering kan vaststellen om artikel 81 EG toe te passen ‘op overeenkomstige wijze’, geldt voor de relatie tussen de landbouwverordening en de Mededingingswet; een beroep op artikel 12 Mw faalt in dat geval.<sup>193</sup> Daarbij steunt de rechtbank, niet als enige onderbouwing, maar wel voor een deel, op brieven van de Commissie (zie ook par. 6).

In SSV baseert de rechtbank zich daartoe op een *informele brief* van de Commissie die niet inhoudelijk wordt getoetst.<sup>194</sup> In Garnalen sluit de rechtbank voor de beoordeling aan bij EG-jurisprudentie,<sup>195</sup> en concludeert (inhoudelijk toetsend) dat de NMa terecht heeft geoordeeld dat de uitzondering niet van toepassing is. De rechtbank weet zich in dit geval in ‘dat oordeel gesterkt’ door een Commissie-brief.<sup>196</sup>

Interessant is ook het aspect van de Garnalen-uitspraken waarin de verhouding tussen het mededingingsrecht en het *Gemeenschappelijk Visserijbeleid* aan de orde is. Hier is niet zozeer sprake van de doorwerking van een groepsvrijstelling of een ontheffing, maar van doorwerking van een algemene regel die het Hof heeft geformuleerd. Deze betreft primair de verhouding tussen verschillende *communautaire* beleidsterreinen en de analoge toepassing daarvan op de verhouding tussen het Europese landbouwbeleid en *nationaal* mededingingsrecht: ‘in het kader van hun optreden’ moeten de mededingingsautoriteiten ‘de doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid in acht nemen (...) en bij tegenstrijdigheden [deze] met elkaar verzoenen’, zegt het Hof.<sup>197</sup> De rechtbank herinnert aan deze jurisprudentie en herhaalt de communautaire voorrangregel, waaruit blijkt dat ‘de doelstellingen van

---

190 Vgl. Gerbrandy & Pietermaat 2005, p. 91-93.

191 Verordening 26/62.

192 Rechtbank 4 december 2001, SSV

193 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

194 De rechtbank (4 december 2001, SSV) stelde vast dat de aan de orde zijnde overeenkomsten dezelfde strekking hadden en materieel dezelfde inhoud als bij de Commissie aangemelde overeenkomsten. Over deze laatste had de Commissie bij brief van 19 juli 1995 gesteld dat zij niet in aanmerking zouden komen voor ontheffing. Nu SSV aan de Commissie ook expliciet had gevraagd om toepassing te geven aan de uitzondering van de Landbouwverordening, diende dit negatieve oordeel van de Commissie volgens de rechtbank ook te worden opgevat als een negatief oordeel daarover.

195 De rechtbank verwijst naar gev. zaken T-70 & 71/92, Bloemenveiling Aalsmeer, ov. 153; en zaak C-265/97 P, Bloemenveiling Aalsmeer, ov. 94.

196 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

197 Zaak C-137/00, Milk Marque, ov. 92.

het gemeenschappelijk landbouwbeleid van artikel 33 van het EG-verdrag voorrang hebben boven de bepalingen van het EG-verdrag inzake mededinging'.<sup>198</sup> Volgens de rechtbank betekent dit:

'(...) dat moet nagegaan worden of de toepassing van de mededingingsregels in de onderhavige zaak gevolgen heeft die de werking van de mechanismen waarin de gemeenschappelijke ordening voor visserijproducten voorziet, verstoren. (...) Onderzocht dient derhalve te worden in hoeverre de toepassing van het *Europese en nationale* mededingingsrecht de uitoefening van de bevoegdheden door de PO's die hun in het kader van gemeenschappelijke marktordening toekomen, doorkruist'.<sup>199</sup>

Het is de vraag of de communautaire verhouding (Europees landbouwbeleid gaat voor Europees mededingingsbeleid), die in Milk Marque door het Hof wordt herhaald, ook zo strikt geldt voor de verhouding tussen het *Europese* landbouwbeleid en het *nationale* mededingingsbeleid; het lijkt eerder zo dat de nationale autoriteiten deze beleidsterreinen bij tegenstrijdigheid moeten (proberen) te verzoenen, zonder dat daaruit een absolute voorrang voor het Europese landbouwbeleid voortvloeit.<sup>200</sup> Omdat in dit geval blijkt dat 'de toepassing van de Europese en Nederlandse mededingingsregels op de afspraken (...) niet de werking van de gemeenschappelijke marktordening inzake visserij [doorkruist]',<sup>201</sup> kan de NMa het nationale mededingingsrecht toepassen. Een 'verzoening' is derhalve niet nodig.

### 3.4.2 Ontheffingen (oud)

De materiële convergentie wordt bevestigd door rechterlijke materiële convergentie in uitspraken over artikel 17 Mw-ontheffingen. Deze uitspraken blijven relevant voor de uitzondering van artikel 6, lid 3 Mw. De aansluiting blijkt uit vrijwel alle uitspraken van de rechtbank die over de ontheffingsmogelijkheid gaan. Daarin wordt bijna steeds naar EG-jurisprudentie of Commissiebeschikkingen verwezen.<sup>202</sup> Commissiebeschikkingen worden, net als bij doelbeperkingen en effectbeperkingen, ook gebruikt als *feitelijk precedent* wanneer de 'nationale' feitelijke situatie daarvan niet afwijkt; op grond van die feitelijke overeenstemming wordt tot eenzelfde juridisch oordeel gekomen (zie voor kritische kanttekeningen par. 6).

Zo wordt in VBBS ten aanzien van een 'anti-leurregeling' voor de materiële beoordeling gesteld dat terecht aansluiting was gezocht bij de SPO-beschikking van de Commissie.<sup>203</sup> Aan de ontheffingsvoorwaarden was *derhalve* niet voldaan.<sup>204</sup> Ook in SSV, waarin een saneringskartel aan de orde is, wordt expliciet aansluiting gezocht bij het EG-recht. Het EG-voorbeeld wordt gevolgd; de Baksteen-beschikking van de Commissie dient als

---

198 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

199 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen (cursief AG).

200 Zie zaak C-137/00, Milk Marque, ov. 91 en 92.

201 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

202 Slechts in de uitspraken in uitspraken rechtbank 26 september 2001, IPAS (SIMN I), en rechtbank 23 oktober 2001, COV ontbreken verwijzingen naar het EG-recht.

203 Beschikking van de Commissie van 5 februari 1992, zaken IV/31.572 en 32.571, 92/204/EEG.

204 President rechtbank 12 oktober 2001, VBBS II.

feitelijk en juridisch precedent. In dit geval zag de rechtbank zich bovendien ondersteund door een informele brief van de Commissie.<sup>205</sup>

Er is maar één materiële uitspraak over een *verleende* ontheffing, en hoewel deze enkele ontheffing tot veel uitspraken heeft geleid, is de oorspronkelijke uitspraak over de ontheffingverlening niet bepaald uitgebreid.<sup>206</sup> Derhalve kunnen ten aanzien van de toepassing van de ontheffingsvoorwaarden weinig concrete conclusies worden getrokken (behalve dan dat natuurlijk aan elk van de voorwaarden dient te zijn voldaan) die ook voor de toepassing van de rechtstreeks werkende uitzondering direct relevant zouden zijn (zie par. 3.5.3).

Voor de beoordeling van wat een *voorschrift* moet inhouden om als voorschrift te worden aangemerkt, sluit de rechter opnieuw aan bij het EG-recht.<sup>207</sup> Ook na de systeemwijziging blijft dit relevant, bijvoorbeeld bij het juridisch in sommige gevallen vergelijkbare concept van een toezeggingsbesluit.<sup>208</sup>

Bij een voorschrift moet het gaan om ‘*positieve of negatieve verplichtingen* die de tenuitvoerlegging betreffen van de overeenkomst, het besluit of de afspraak waarvoor (en voorzover) de ontheffing is verleend en die aldus iets *belastends toevoegen* aan de verplichtingen die overigens reeds op grond van het ontheffingsbesluit op de aanvrager(s) rusten en die er bovendien toe strekken bij te dragen aan een wijze van uitvoering van de overeenkomst, het besluit of de afspraak die in overeenstemming is met de wettelijke bepalingen’. Dergelijke verplichtingen moeten ‘scherp worden onderscheiden van ongedaanmakingsverplichtingen in het kader van een last onder dwangsom,’ en geen verkapte last inhouden.<sup>209</sup>

### 3.4.3 Uitzondering van artikel 6, lid 3 Mw (en artikel 81, lid 3 EG)

Ondertussen geldt de rechtstreeks werkende uitzondering van artikel 6, lid 3 Mw, die is aangepast aan de verandering tot rechtstreeks werkende uitzondering van artikel 81, lid 3 EG. De inhoudelijke criteria zijn gelijk gebleven aan de ontheffingscriteria. De bewijslast ligt nog steeds op ondernemingen die zich op de uitzondering beroepen,<sup>210</sup> niet alleen in verhouding met het bestuursorgaan (zie par. 4.2.6), maar nu ook in privaatrechtelijke verhoudingen. Ten aanzien van de toepassing van de rechtstreeks werkende uitzondering kunnen bij gebrek aan uitspraken alleen voorspellingen worden gedaan ten aanzien van de rechterlijke materiële convergentie. *Verwacht* mag worden dat de lijn van materiële rechterlijke convergentie wordt doorgetrokken; er zijn geen redenen om het tegendeel aan te nemen. Ook kan worden verwacht dat de richtsnoeren van de Commissie door de nationale rechter zullen worden gebruikt, zoals dat ook bij andere onderdelen van het verbod gebeurt. Commissiebeschikkin-

---

205 Rechtbank 4 december 2001, SSV.

206 Rechtbank 26 september 2001, IPAS (SIMN I). De meest recente uitspraak in de saga is CBb 5 juni 2008 (SIMN IV)

207 President rechtbank 2 juli 2001, Stichting Witgoed & Stichting Bruingoed. De voorzieningenrechter verwijst o.a. naar de ‘communautaire praktijk’.

208 Zie Schweitzer 2008, p. 6.

209 President rechtbank, 2 juli 2001, Stichting Witgoed & Stichting Bruingoed (cursief AG).

210 Zie bijv. rechtbank 19 juli 2006, Garmalen.



gen kunnen een rol spelen, zowel oude ontheffingsbeschikkingen als nieuwe ‘formele’ artikel 81, lid 3-beschikkingen.

### 3.5 Slotopmerkingen over materiële rechterlijke convergentie

In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk (par. 6) wordt het voorgaande gezien in samenhang met de uitkomsten van de analyse betreffende de convergentie in bewijs en in toetsing. In staccato wil ik hier alvast de belangrijkste conclusies noemen. Het uitgangspunt blijkt dat de wettelijke materiële convergentie voor een belangrijk deel door de mededingingsbestuursrechter wordt gevolgd. Het maakt niet veel uit van welke wettelijke techniek sprake is: de interpretatie en de kwalificatie van feiten wordt in belangrijke mate gevormd door het EG-recht. Alleen bij sommige uitzonderingen is de wettelijke vormgeving, maar dan vooral die van de EG-rechtelijke uitzondering zelf, van belang. Het niet-strenger-niet-soepeler-adagium van de Memorie van Toelichting wordt door de rechter serieus genomen. Dat geldt voor conceptuele leerstukken, inclusief die bij uitzonderingen, en ook voor toepassing daarvan op een concrete casus. Ook jurisprudentiële regels van het Hof worden overgenomen. Dat neemt niet weg dat convergentie niet steeds wordt geëxpliciteerd: zij blijft ook wel onbenoemd. Bovendien zijn veel nuances van materiële leerstukken van verbod en uitzonderingen in uitspraken niet aan de orde gekomen. Of daar nu wel of geen gelegenheid toe was, de rechter voelt zich duidelijk niet geroepen tot het schrijven van wetenschappelijke exposés.

Er is ook kritiek. Dit betreft ten eerste het gebruik van Commissiebeschikkingen en informele instrumenten zoals brieven, als feitelijk en juridisch precedent. ‘Precedent’ is een sterke term, eerder kan worden gesproken van *semi-precedent*: niet voldoende voor de beslissing van een voorliggend geval, maar wel duidelijke inspiratiebron. De status van deze Commissie-instrumenten is onduidelijk en het gebruik niet onproblematisch (zie par. 6). Ten tweede betreft de kritiek het aan de convergentie blijkbaar ten grondslag liggende uitgangspunt van de *wetgever* dat toepassing van een in artikel 6 Mw getransplanteerd artikel 81 EG weinig problemen zou opleveren. Dat is niet helemaal bewaarheid; zo geldt dat bij een niet-doelbeperking de daadwerkelijk mededingingsbeperkende gevolgen niet gemakkelijk door de rechter zijn vast te stellen. Ten derde is het de vraag of de rechter niet te ver gaat in zijn convergentie-op-zaakniveau, en of het in bepaalde gevallen niet meer recht doet aan de convergentiegedachte, met name de economische benadering van beperkingen, om een EG-rechtelijke kwalificatie op nationaal niveau met enige afstand te bezien, met name als deze op EG-niveau mede is ingegeven door het internemarktimperatief, zoals bij sommige doelbeperkingen. Daardoor kan divergentie ontstaan, maar deze kan als *schijndivergentie* worden aangemerkt. Met de economische benadering als overkoepelend uitgangspunt, die voor een nationale zaak op zaakniveau tot andere uitkomsten kan leiden dan op Europees niveau, blijft convergentie in de uitleg van het concept ‘mededingingsbeperking’ gewaarborgd. Het vierde kritiekpunt is dat de twee standaardoverwegingen van het CBB – in *Modint* over het onderzoek naar doelbeperking of effectbeperking, in *Secon* over merkbaarheid – in het licht van de EG-jurisprudentie wat convergentie betreft enige verbazing wekken. Het is de vraag of deze onderzoeksverplichtingen voor de NMa in overeenstemming zijn met de

onderzoeksplicht voor de Commissie, een punt waarop ik in het kader van bewijs nader in ga.

#### 4 BEWIJS

In deze paragraaf analyseer ik de bewijsrechtelijke aspecten van toepassing van artikel 6 Mw in uitspraken van de mededingingsbestuursrechter. In hoofdstuk 4 is in algemene zin het bestuursrechtelijke bewijsrecht uiteengezet en is ingegaan op de relatie tussen bewijs en toetsing. Centrale vraag in deze paragraaf is hoe de mededingingsbestuursrechter zich uitlaat over bewijsrechtelijke kwesties van artikel 6 Mw en of daarbij sprake is van beïnvloeding door het Europese bewijsrecht, waarvan bewijsrechtelijke convergentie het gevolg is. Deze beïnvloeding heeft dan de vorm van parallelisme. Daarnaast is het EVRM van belang: door de complexe verhouding tussen EG-recht, decentrale nationale toepassing daarvan en rechtstreekse of indirecte reikwijdte van het EVRM kan daarbij, analytisch gezien, ofwel sprake zijn van rechtstreekse toepasselijkheid van de EVRM-interpretatie van het Hof, indirecte toepassing van de EVRM-interpretatie van het Hof, of voor ‘nationale’ casus, rechtstreekse toepasselijkheid van het EVRM, zoals geïnterpreteerd door het EHRM (zie hoofdstuk 1, par. 5.4 en hoofdstuk 2, par. 4.1). Die ingewikkelde verhouding blijkt in de praktijk bij de nationale mededingingsbestuursrechter niet tot beschouwingen daarover te leiden. Eerst ga ik hierna in op de bewijsmaatstaf bij toepassing van het verbod en de uitzonderingen (par. 4.1); daarna op het bewijzen van een inbreuk (par. 4.2), dat verschillende elementen omvat: het bewijs van een doelbeperking of een effectbeperking; het bewijzen van o.a.f.g.’s; merkbaarheidsbewijs; het bewijs bij een beroep op een uitzondering; onrechtmatig bewijs; de bewijswaarde van enkele bewijsmiddelen; en het gevolg van een bewijsgebrek. Ik sluit af met een korte eindparagraaf (par. 4.3).

##### 4.1 Bewijsmaatstaf in inbreukzaken

In hoofdstuk 4 (par. 2.2) is een onderscheid gemaakt tussen verschillende maatstaven van bewijs. De vraag is welke bewijsmaatstaf de nationale mededingingsrechter aanlegt in kartelzaken, of deze afwijkt van de bewijsmaatstaf die door het Hof wordt toegepast, en of er een verschil is tussen de bewijsmaatstaf die gezegd wordt te worden toegepast, en de bewijsmaatstaf die daadwerkelijk aan de orde is. Daarbij kan artikel 6 EVRM een rol spelen, nu een inbreuk op artikel 6 Mw kan leiden tot het opleggen van een boete. Vanwege de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM zou er bij inbreukzaken sprake moeten zijn van een hoge bewijsmaatstaf (zie par. 2.2). Daarbij kan echter wel de vraag worden gesteld of die hoge artikel 6 EVRM-bewijsmaatstaf geldt voor alle elementen van artikel 6 Mw. Dient een onderscheid te worden gemaakt tussen het bewijs van overtreding van de *materiële norm* – de rechtbank zelf noemt dit de ‘bewezenverklaring’<sup>211</sup> – en het (bijkomende) bewijs – een zware inbreuk, de lengte van de inbreuk, de berekening van de boete – voor het opleggen van een *sanctie*, de ‘strafmaat’? Voor eenzelfde bewijsmaatstaf voor

---

211 Rechtbank 26 november 2002, SEP.

alle onderdelen van een kartelzaak pleit dat er anders een verschillende bewijsmaatstaf zou kunnen gelden voor inbreukzaken met een sanctie (een hoge bewijsmaatstaf), dan voor zaken waarbij een inbreuk wordt ‘vastgesteld’ zonder sanctie, zoals het geval is bij oude ontheffingsbesluiten, de toepassing van de uitzondering, bij het afwijzen van een klacht, of bij toezeggingsbesluiten. Een dergelijke verschillende bewijsmaatstaf heeft praktische gevolgen voor bewijsvoering en bewijslastverdeling: als de inbreuk onder het eerste lid gemakkelijker kan worden vastgesteld, verschuift het zwaartepunt van de bewijsvoering naar de onderneming die tegenbewijs moet leveren, of bewijs voor de uitzondering naar voren moet brengen, waarna het aan het bestuursorgaan is om, tegen een hoge bewijsmaatstaf, de boeteomstandigheden te bewijzen. *Tegen* eenzelfde bewijsmaatstaf voor alle onderdelen pleit echter het beperkte toepassingsbereik van de verzwaarde waarborgen van het EVRM (niet buiten het punitieve bestuursrecht), hoewel daartegen weer kan worden aangevoerd dat artikel 6 EVRM er niet aan in de weg staat dat haar waarborgen ook daarbuiten gelden. Bovendien kan ook binnen de verzameling ‘punitieve zaken’ een verschil in zwaarte worden onderkend: het EVRM biedt de mogelijkheid tot differentiatie.<sup>212</sup> Tegen eenzelfde hoge bewijsmaatstaf geldt ook het meer praktische bezwaar dat betrekking heeft op het onmogelijk ‘rond krijgen’ van het bewijs door de NMa als de bewijsmaatstaf te hoog is. Dat zou op termijn het stelsel van mededingingsbeleid en effectieve handhaving kunnen ondermijnen.

– *Bewijsmaatstaf in uitspraken*

De rechter geeft niet vaak *expliciet* aan welke bewijsmaatstaf hij hanteert voor het door de NMa te leveren bewijs van een inbreuk, maar een uitzondering is de uitspraak in *Pompstations*. In deze uitspraak wijst de rechtbank op het punitieve karakter van een boete, de relevantie van artikel 6 EVRM, en legt zij een hoge bewijsmaatstaf op, die inhoudt dat de feiten *overtuigend* moeten blijken.<sup>213</sup> Die hoge maatstaf komt in volgende uitspraken echter niet terug. Zo wordt in *AUV* de lagere bewijsmaatstaf opgelegd dat de feiten (dat sprake is van een overeenkomst) *genoegzaam* moeten zijn komen vast te staan.<sup>214</sup> Het genoegzaam vast staan lijkt echter nog een hogere bewijsmaatstaf dan de algemene bestuursrechtelijke bewijsmaatstaf van het *aannemelijk maken*, die door de rechtbank, bijvoorbeeld in *NIP*, en door het CBb, bijvoorbeeld in *Mobiele Operators*, ook wel wordt gehanteerd.<sup>215</sup> Een verklaring voor de verschillen tussen de uitspraken is niet te vinden in het type besluit dat voorligt: in al deze zaken is sprake van een sanctiebeschikking. De hiervoor opgeworpen vraag of *dezelfde* bewijsmaatstaf geldt voor zowel de inbreuk op het kartelverbod als de strafmaat, wordt in de uitspraken niet expliciet beantwoord. Daaruit kan wel worden afgeleid dat, hoewel de rechters van zaak tot zaak verschillende maatstaven hanteren, de binnen een zaak aangelegde maatstaf lijkt te gelden voor zowel de ‘bewezenverklaring’ als de strafmaat.

---

212 Zie EHRM 29 juni 2007, O’Halloran en Francis, en ook hoofdstuk 2, par. 3.2.1.

213 Rechtbank 24 juni 2005, *Pompstations*.

214 Rechtbank 22 mei 2006, *AUV*; rechtbank 22 mei 2006, *Aesculaap*.

215 Rechtbank 17 juli 2006, *NIP*; CBb 31 december 2007, *Mobiele Operators*; CBb 3 juli 2008, *Aesculaap*.

De bewijsmaatstaf wordt niet onder verwijzing naar het EG-recht vastgesteld. Integendeel, er is geen sprake van expliciete convergentie, en de bewijsmaatstaf lijkt ook af te wijken van de hogere bewijsmaatstaf van het Hof. Het Hof expliciteert de bewijsmaatstaf evenmin,<sup>216</sup> maar het bezien van de mededingingsrechtelijke jurisprudentie van het Hof levert de conclusie op dat de door het CBb gehanteerde aannemelijkheidsmaatstaf lager is dan de bewijsmaatstaf in het EG-recht.<sup>217</sup>

Instructief is bijvoorbeeld de volgende overweging: ‘(...) de Commissie [dient] de door haar vastgestelde inbreuken te bewijzen en de elementen te leveren die *rechtens genoegzaam* het bestaan bewijzen van de feiten die een inbreuk vormen (...). Aldus dient de Commissie *nauwkeurig* bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen aan te voeren die de *vaste overtuiging* kunnen dragen dat de inbreuk is gepleegd’.<sup>218</sup>

Als primaire reden voor de hoge bewijsmaatstaf geldt het punitieve karakter van kartelzaken.<sup>219</sup> Of dit een hogere bewijsmaatstaf dan in het concentratietoezicht betekent, een vraag die werd opgeworpen in hoofdstuk 4 (par. 2.2), is onderwerp van discussie: enerzijds lijkt dat van wel, vanwege het ontbreken van het punitieve karakter en vanwege het prospectieve karakter van concentratiezaken, en ook, zo wordt wel gesteld, vanwege de rechtstreekse toepasselijkheid van de verbodsbepaling tegenover de exclusieve bevoegdheid van de Commissie in het concentratietoezicht.<sup>220</sup> Anderzijds geldt ook in het concentratietoezicht een verhoogde bewijsstandaard (zie hoofdstuk 7, par. 4.1).

#### – *Bewijsmaatstaf voor tegenbewijs*

Het zou niet onlogisch zijn om voor verschillende typen van tegenbewijs – positief bewijs van nieuwe stellingen (pseudotegenbewijs), of ‘echt’ tegenbewijs tegen de stellingen van de NMa (zie hoofdstuk 4, par. 2.5) – verschillende maatstaven toe te passen: het positieve bewijs leveren dat de mededingingsregels niet van toepassing zijn, zou aan strengere eisen moeten voldoen dan het onderbouwd betwijfelen van de stellingen van de NMa. Logisch wellicht, maar lastig te kwalificeren. Pseudotegenbewijs zou in een bestuursrechtelijke context in ieder geval het *aannemelijk maken* van de nieuwe feiten moeten zijn; voor ‘echt’ tegenbewijs zou een maatstaf moeten gelden, zoals het redelijkerwijs aantonen van de betwijfelbaarheid van de stellingen van de NMa – het aannemelijk maken dat de stellingen niet aannemelijk zijn. Het laatste betreft niet het positieve bewijs dat de stellingen van de NMa onjuist zijn. Hoewel in EG-jurisprudentie niet precies op deze wijze aan de orde, heeft ook Advocaat-Generaal Sir Gordon Slynn inderdaad opgemerkt dat ‘echt’ tegenbewijs niet zo ver hoeft te gaan dat aangetoond wordt dat de beschikking van de Commissie onjuist was, maar dat het voldoende is om aan te tonen dat de beschikking niet

---

216 Vgl. Joshua 1987, p. 318.

217 Zie Bailey 2004, p. 857; Brealey 1985, p. 255.

218 Gev. zaken T-109/02 e.a. Bolloré, ov. 256-258 (cursief AG); zie ook zaak T-36/05, Coats, ov. 71; en voor o.a.f.g.’s Capobianco 2007, p. 49.

219 Zie bijv. A-G Vesterdorf in zijn conclusie bij zaak T-1/89, Rhône Poulenc; zie o.a. Bailey 2004, p. 866-867; Parret 2008, p. 21, die echter haar twijfels heeft over de daadwerkelijk aangelegde standaard.

220 Bailey 2004, p. 867.

vaststaand of onvoldoende bewezen is.<sup>221</sup> Daarmee blijft de vraag onbeantwoord of pseudotegenbewijs een hogere maatstaf kent.

Voorbeelden van beide vormen van tegenbewijs zijn in nationale uitspraken terug te zien, soms vergezeld van een aanduiding van de benodigde overtuigingskracht. Daarbij komt het EG-recht niet ter sprake.

Een voorbeeld van het dienen te leveren van positief bewijs dat de mededingingsregels niet van toepassing zijn, is te zien in KNMD. Daarin voert KNMD aan dat de gedragscode voor Dierenartsen deontologische regels bevatte, die overeenkomstig EG-jurisprudentie buiten het bereik van de mededingingsregels zouden vallen. De rechtbank merkt echter op dat ‘al hetgeen eiseres (...) ter onderbouwing heeft aangevoerd de rechtbank niet [heeft] kunnen *overtuigen*’.<sup>222</sup> In AUV lijken beide vormen van tegenbewijs aan de orde. De partijen stellen dat artikel 6 Mw in het geheel niet van toepassing zou zijn, omdat sprake is van selectieve distributie, dan wel van een nevenrestrictie. Dit kan worden aangemerkt als het naar voren brengen van nieuwe stellingen, waarvoor positief bewijs zou moeten worden geleverd.<sup>223</sup> Dat is niet gebeurd. De stellingen worden door de rechtbank gemakkelijk terzijde geschoven: zij kunnen ‘niet worden gevolgd’. Daarnaast is echt tegenbewijs aan de orde. De ondernemingen trachten aan te tonen, nadat een mededingingsbeperkende praktijk is komen vast te staan, dat zij eerder dan gesteld de praktijken hebben beëindigd, en dat er geen sprake is van instemming (zodat er geen overeenkomst is). Deze stellingen van tegenbewijs moeten volgens de rechtbank *aannemelijk* worden gemaakt.<sup>224</sup>

De uitspraken maken het niet gemakkelijk om vast te stellen welke eisen worden gesteld aan tegenbewijs, maar kunnen worden gezien als ondersteuning van een verschil in gevraagde overtuigingskracht. De kracht van tegenbewijs zal echter ook moeten afhangen van de kracht van de bewijsvoering door de NMa.

Zo slaagt in Solétanche het tegenbewijs tegen het vermeende feit van concurrent-zijn. Het standpunt van de NMa is ‘door eiseres gemotiveerd weersproken’ en diens ‘onderbouwde stellingen kunnen niet worden weerlegd met hetgeen door [de NMa] is aangedragen ter onderbouwing van zijn boetebesluit’. Daar komt bij dat ‘van een uitgebreid onderzoek naar de markt (...) geen sprake is geweest’. In dat licht is het tegenbewijs geslaagd.<sup>225</sup>

#### – *Bewijsmaatstaf bij uitzonderingen*

Volgens de rechtbank diende een beroep op de oude ontheffingsvoorwaarden te worden voorzien van een ‘deugdelijke onderbouwing’ voor elk van de voorwaarden van de uitzonderingsbepaling.<sup>226</sup> Dat betekende dat als een van de elementen niet voldoende was onderbouwd door de zich daarop beroepende partij, de ontheffing kon

---

221 Conclusie van A-G Gordon Slynn in zaak 103/83, Usinor; zie ook Joshua 1987.

222 Rechtbank 16 mei 2001, KNMD (cursief AG).

223 Toegegeven, deze stellingen kunnen ook worden gezien als ‘echt’ tegenbewijs tegen het als mededingingsbeperving kwalificeren door de NMa; in die zin betreft het hier een andere orde van stellingen waarom artikel 6 Mw niet van toepassing is dan die naar voren gebracht in KNMD; maar vgl. ook Brealey 1985, p. 256: ‘the difficulty lies in distinguishing mere denial (...) and the defendant’s own allegations.’

224 Rechtbank 22 mei 2006, AUV.

225 Rechtbank 4 maart 2008, Solétanche.

226 Rechtbank 17 augustus 2004, Modint.

worden afgewezen.<sup>227</sup> In het huidige systeem verandert dit waarschijnlijk niet in die zin dat de uitzondering niet van toepassing is als niet aan alle voorwaarden is voldaan. Wel verschilt de bewijslastverdeling tussen een besluit op aanvraag en een ambtshalve genomen besluit (zie hoofdstuk 4, par. 2.5). In uitspraken over onthefingen – veel uitspraken over artikel 6, lid 3 Mw zijn er niet – was de bewijsmaatstaf voor de NMa om een ontheffingsverzoek *af te wijzen* niet hoog. Ook de maatstaf voor het *verlenen* van een ontheffing was die van het ‘aannemelijk maken’.<sup>228</sup> De vrij lage bewijsmaatstaf kan hier samenhangen met de afstandelijke toets van ontheffingsbesluiten door de rechtbank (zie par. 5.3).<sup>229</sup> Het is nu de vraag of het vereiste van ‘een deugdelijke onderbouwing’ hetzelfde blijft voor de rechtstreeks werkende uitzondering van artikel 6, lid 3 Mw. Als deze uitzondering zou worden uitgelegd overeenkomstig de artikel 81 lid 3-richtsnoeren van de Commissie, zou dat immers een *verhoogde* bewijsstandaard meebrengen. Het lijkt er althans op dat aan ondernemingen nu hogere bewijseisen worden gesteld dan voorheen voor de Commissie golden voor het verlenen van een ontheffing.<sup>230</sup> Uit nationale uitspraken is dit nog niet af te leiden. Wel ligt het voor de hand dat de afstandelijke toets van ontheffingsbesluiten zal worden losgelaten onder de directe uitzondering (zie par. 5.3). Dat zou kunnen betekenen dat ook de bewijsmaatstaf wordt verhoogd. Daarbij moet worden opgemerkt dat door de economische benadering van het mededingingsrecht over het algemeen minder snel dan voorheen zal worden aangenomen dat het verbod is overtreden, waardoor de rol van het derde lid zou verminderen.<sup>231</sup> Als de uitzondering inderdaad een beperktere betekenis krijgt, maar niettemin overeenkomstig de richtsnoeren van de Commissie wordt uitgelegd, zou dit per saldo betekenen dat zelden aan die voorwaarden zal worden geacht te zijn voldaan.

– *Eindopmerking*

Over het algemeen is de bewijsmaatstaf die de nationale rechter aanlegt voor het bewijs van een inbreuk in mededingingsrechtelijke zaken met een punitief karakter niet de hoge standaard van het overtuigend bewijzen; de uitzondering is de uitspraak in Fietsenkartel, waarin wel deze hoge bewijsmaatstaf wordt opgelegd. Het CBb hanteert een aannemelijkheidsmaatstaf. Het is de vraag of deze bewijsmaatstaf in overeenstemming is met de eisen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM, nu het EVRM voor sanctiebesluiten een hoge bewijsmaatstaf eist. Deze lagere standaard is bovendien ook lager dan de bewijsstandaard van het Hof. Dat is wel verwonderlijk, nu de uit het EVRM voortvloeiende hogere bewijsmaatstaf ook voor de nationale rechter geldt, en wel zowel rechtstreeks via het EVRM, als indirect, via de interpretatie van het EVRM door het Hof (wat niet wegneemt dat tussen hetgeen het Hof oplegt aan de decentrale toepassing van EG-recht en in rechtstreekse beroepen zelf bij het Gerecht eist, een verschil kan zitten). De nationale rechter kijkt voor de te hanteren bewijsmaatstaf echter niet naar de door het Hof opgelegde bewijsmaatstaf. Geen convergentie, geen gelijke standaard: divergentie.

---

227 Zie bijv. rechtbank 23 oktober 2001, COV; rechtbank 16 mei 2001, KNMD.

228 Zie bijv. rechtbank 4 december 2001, SSV; rechtbank 26 september 2001, IPAS (SIMN I).

229 Zie met name Nicolaidis 2005.

230 Zie in deze zin bijv. Lugard & Hancher 2004, p. 419-420.

231 Vgl. Loozen 2002.

## 4.2 Bewijzen van een inbreuk

Bij een gestelde overtreding van artikel 6 Mw dienen de verschillende elementen van dat artikel (en als artikel 81 EG wordt toegepast, ook het vereiste van beïnvloeding van interstatelijke handel) te worden bewezen tot de vereiste bewijsmaatstaf. Hiermee is de *bewijsomvang* in beginsel gegeven. De vraag *hoe* de NMa het een en ander moet bewijzen, welke onderzoeksplicht op de NMa rust en met welke bewijsmiddelen zij de inbreuk kan bewijzen, komt in deze paragraaf aan de orde. Zoals in hoofdstuk 4 (par. 3.4) is uiteengezet, zijn in het mededingingsrecht economische oordelen aan de orde waarvoor indirect economisch bewijs een belangrijke rol kan spelen; hierna zal worden gezien op welke wijze de rechter omgaat met economisch bewijs, als dat aan de orde is. Op verschillende manieren kan de NMa over bewijsmiddelen komen te beschikken. Zij zijn in beginsel alle toelaatbaar (behoudens onrechtmatig bewijs, zie hoofdstuk 4, par. 2.4). In deze paragraaf zal blijken van welke bewijsmiddelen de NMa gebruik maakt en op welke wijze dit voor de rechter leidt tot voldoende bewijs. Daarbij geldt dat bij de behandeling van klachten de klacht zal worden afgewezen als er onvoldoende bewijs is voor overtreding van het verbod, waarvoor de klager een begin van bewijs dient te leveren (zie hoofdstuk 8). Als de klacht leidt tot het openen van een inbreukprocedure, is de klacht niet meer in het bijzonder relevant voor het bewijs; weliswaar kan de klager bewijsmateriaal beschikbaar maken voor de NMa, maar de ‘gewone’ bewijsregels gelden en de klager speelt in de bewijsvoering een ondergeschikte rol. Ook deze bewijslastverdeling bij artikel 6 Mw-zaken komt hierna aan bod. In het algemeen rust de bewijslast op de NMa. Over dit uitgangspunt wordt niet van mening verschild.<sup>232</sup> Zij wordt ook door het Hof in rechtstreekse beroepen toegepast,<sup>233</sup> en deze verdeling is in overeenstemming met de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM, waarnaar ook het Hof verwijst.<sup>234</sup> De op de NMa rustende bewijslast geldt in principe voor alle elementen van het verbod, net als in het EG-recht,<sup>235</sup> hoewel het gaat om het bekijken van het bewijs als geheel en niet van elk individueel stukje.<sup>236</sup> Het is aan de tegenpartij om tegenbewijs te leveren. De rol van *bewijsvermoedens* is onderdeel van deze bewijslastverdeling.

Steeds aan de hand van de vraag of sprake is van convergentie ga ik hierna eerst in op verschillende onderdelen van de verbodsnorm (par. 4.2.1 tot en met 4.2.5) en de uitzonderingen (par. 4.2.6). Daarna sta ik nog stil bij enkele daaruit voortvloeiende aspecten, namelijk onrechtmatig bewijs (par. 4.2.7), de bewijswaarde van verklaringen, deskundigen en Commissiebeschikkingen (par. 4.2.8), en de gevolgen van een bewijsgebrek (par. 4.2.9).

---

232 Zie rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel: ‘partijen zijn het erover eens dat *verweerder* het bewijs dient te leveren dat onderlinge afstemming heeft plaatsgevonden (...)’; en verder ook rechtbank 24 juni 2005, Pompstations; CBb 31 december 2007, Mobiele Operators.

233 Zie bijv. C-185/95 P, Baustahlgewebe, ov. 58; zaak C-49/92 P, Anic, ov. 86; gev. zaken T-109/02 e.a., Bolloré, ov. 256; zaak T-36/05, Coats, ov. 68.

234 Zie vrij recent in zaak T-36/05, Coats, ov. 69-70.

235 Vgl. Kerse & Khan 2005, p. 478.

236 Zie gev. zaken T-109/02 e.a., Bolloré, ov. 258.

#### 4.2.1 Bewijs van onderneming, ondernemersvereniging, besluit of overeenkomst

Bij het bewijzen dat sprake is van een *onderneming*, kan de vraag worden gesteld of de ‘uitzonderingen’ voor activiteiten in het kader van overheidsgezag of overheidsprerogatief, en activiteiten van zuiver sociale of sportieve aard inderdaad uitzonderingen zijn op de regel, of als categorieën van niet-ondernemingsgedrag moeten worden aangemerkt (vergelijk par. 2.1.2). Dit heeft gevolgen voor de bewijslastverdeling. Als er sprake is van een uitzondering, zou de bewijslast rusten op degene die zich op die uitzondering beroept. Dat is bij de inhoudelijke afwijzing van een klacht de NMa (maar zie hoofdstuk 8), maar bij een inbreukprocedure degene wie de inbreuk wordt verweten. Maar of het, andersom, bij een inbreukbeschikking aan de NMa is om aan te tonen dat er wel sprake is van een onderneming, is onduidelijk. Als dit wordt betwist, ligt die bewijslast echter voor de hand. Als dit een voorvraag betreft, dan ligt de bewijslastverdeling anders. Op grond van de jurisprudentie van het Hof lijkt geen sprake te zijn van uitzonderingen op een regel, maar van het überhaupt niet van toepassing zijn van de regel in de eerste plaats.<sup>237</sup> Dat wordt bevestigd door de nationale rechter.<sup>238</sup> Dat neemt niet weg dat de NMa het in de praktijk op zich neemt om bij een afwijzing van een klacht aan te geven waarom er geen sprake is van een onderneming.<sup>239</sup> Voorzover ik heb kunnen nagaan, ontbreken uitspraken in het kader van inbreukzaken. Het ondernemingsbegrip is in de uitspraken alleen aan de orde indien daarover discussie mogelijk is. In een meerderheid van de gevallen is die discussie er niet en komen bewijsrechtelijke vragen niet aan de orde. Als de vaststelling van de NMa over het ondernemingsbegrip niet wordt betwist, wordt daarvan ook in beroep uitgegaan. In uitspraken doet die betwisting voor het ondernemingsbegrip zich alleen voor bij de afwijzing van klachten in zaken waarin de NMa stelt dat er geen sprake is van een onderneming, terwijl de klager het tegendeel beweert (zie daarover hoofdstuk 8, par. 4.2).

Zoals hiervoor aangegeven, is sprake van een *besluit* van een ondernemersvereniging als de wil van de vereniging aan de leden kenbaar is gemaakt (zie par. 3.1). Om te bewijzen dat dit het geval is, is het voldoende om direct, feitelijk bewijs te leveren.

In Bovag wordt de kenbaarheid van de wil van de vereniging bewezen door middel van verschillende *brieven* van de secretarissen van de ondernemersverenigingen, gekoppeld aan aandacht in *branchevakbladen* en (verslagen van) *overleg*.<sup>240</sup> Maar onvoldoende bewijs voor het kenbaar maken van een aanbeveling aan de leden is er voor bepaalde tijdvakken in NIP: ‘een *praktijk* van bekendmaking in de jaren vanaf 2000 vormt evenwel geen bewijs dat een dergelijke praktijk ook zou hebben plaatsgevonden in 1998 en 1999’.<sup>241</sup>

---

237 Zie bijv. zaak C-364/92, Eurocontrol; zaak 118/85, Commissie/Italië; gev. zaken C-264/01 e.a., AOK.

238 Rechtbank 13 december 2004, Boontje (gemeente Castricum), met verwijzing naar jurisprudentie van het Hof.

239 Zie rechtbank 13 december 2004, Boontje (gemeente Castricum). De NMa draagt niet de *legal burden of proof*, maar in de praktijk wel de *evidentiary burden*, of de NMa behandelt de voorvraag als een uitzondering; vgl. hoofdstuk 4, par. 2.5.

240 Rechtbank 28 februari 2006, Bovag.

241 Rechtbank 17 juli 2006, NIP.



Voor het bewijzen dat sprake is van een *overeenkomst*, kan de bewijsvoering afhangen van de vraag of er een horizontale of een verticale relatie bestaat, omdat ‘in vertical restraint cases the evidentiary focus tends to be on the *content* of the agreements, while horizontal cases tend to focus on the *fact* of agreement’.<sup>242</sup> Dit laatste geldt echter vooral voor ‘echte’ kartels, die moeilijk zijn op te sporen. Het mededingingsbeperkende karakter daarvan staat meestal wel vast als eenmaal maar het kartel en deelname aan het kartel is aangetoond. Bij dergelijke kartels wordt over het algemeen verwacht dat het bestaan van een overeenkomst wordt aangetoond door een mix van direct en indirect bewijs. Bij zulke kartels, als zij niet door een clementieverzoeker bij de toezichthouder worden aangebracht, zal direct bewijs in de vorm van een overeenkomst met bijvoorbeeld als opdruk ‘quotaverdeling’, zelden (meer) voorkomen (vergelijk hoofdstuk 4, par. 2.4). Dit type bewijsprobleem doet zich bijvoorbeeld voor in de zaak *Mobiele Operators* (zie par. 4.2.4). Toch stuitte de NMa ook in de eenentwintigste eeuw nog op een kartel waar het bestaan van een overeenkomst met directe bewijsmiddelen kon worden aangetoond, hoewel nog net niet helemaal door een overeenkomst met opdruk ‘quotaverdeling’: in de *Garnalen*-zaak wordt het bewijs voor een overeenkomst geleverd door verklaringen van werknemers en faxen van het secretariaat van het gewraakte overleg.<sup>243</sup>

Ook in horizontale relaties komen vaak overeenkomsten voor die geen klassiek kartel vormen en dus een zorgvuldiger beoordeling vergen.<sup>244</sup> In dat geval is niet het bestaan van de overeenkomst bewijstechnisch problematisch, maar, net als bij verticale overeenkomsten, de beoordeling van de mededingingsbeperking. Toch kan ook voor verticale relaties het bestaan van een overeenkomst al bewijsproblemen opleveren, bijvoorbeeld het bewijs van *wilsovereenstemming*. Volgens jurisprudentie van het Hof kan dit bewijs op twee manieren worden geleverd: (a) door het aantonen dat sprake is van een voortdurende zakelijke relatie waarin de mededingingsbeperkende afspraak kan worden geplaatst; (b) door het aantonen van een *autonomous meeting of minds*, door het directe bewijs van een expliciete afspraak of door dit indirect met economisch bewijs af te leiden uit de gedragingen en de omstandigheden van het geval.<sup>245</sup> De verschillende wijzen blijken ook uit nationale uitspraken.

Zo is *Secon* een voorbeeld uit de eerste categorie. De Europese jurisprudentie dient als uitgangspunt voor het CBb, dat stelt dat ‘het bewijs dat sprake is van een overeenkomst zoals gedefinieerd in de rechtspraak van het Hof van Justitie, (...) in beginsel [is] geleverd, indien toezending van algemene voorwaarden plaatsvindt in het kader van een geheel van vaste handelsbetrekkingen die worden geregeld door een tevoren gesloten algemene overeenkomst, blijkende uit het feit dat de leverancier, voordat enige levering heeft plaatsgevonden, het aangaan van handelsbetrekkingen met ieder van zijn afnemers heeft goedgekeurd, en dat de afnemers de gedragslijn van de leverancier te hunnen aanzien stilzwijgend aanvaardden, wat blijkt uit het feit dat zij zonder protest telkens

---

242 Hovenkamp 2005, par. 11.4.a (cursief in origineel).

243 Rechtbank 19 juli 2006, *Garnalen*.

244 Vgl. *Kuik* 2007.

245 Zie Souto Soubrier 2007, p. 109 met voorbeelden van relevante jurisprudentie van het Hof.

nieuwe bestellingen onder identieke voorwaarden plaatsen (...).<sup>246</sup> Dat bewijs is in casu ook geleverd: ‘de algemene voorwaarden waarop het geschil betrekking heeft, hebben dochterondernemingen van Secon gehanteerd in het kader van *vaste handelsbetrekkingen met hun afnemers*’.<sup>247</sup>

De zaak Pompstations is een voorbeeld van de tweede manier van bewijzen: wilsovereenstemming zou hier niet alleen uit feitelijke bewijsmiddelen (getuigenverklaringen, een advertentie en notulen van een regiomeeting) blijken, maar ook uit *gedrag* van de benzinepomphouders. Het bewijs slaagt echter niet. De rechtbank voert een analyse van het gedrag uit en geeft daarvan een alternatieve bedrijfseconomische verklaring, die door de feitelijke bewijsmiddelen wordt ondersteund; de rechtbank concludeert dat sprake is van unilateraal gedrag.<sup>248</sup>

De *bewijslast* voor het aantonen dat sprake is van een overeenkomst (of een besluit van een ondernemersvereniging) ligt bij de NMa. In het EG-recht ligt de bewijslast op de Commissie. *Tegenbewijs* is mogelijk conform algemene uitgangspunten. Het tegenbewijs dient, afhankelijk van het bewijsmateriaal van de NMa, meer of minder onderbouwd te zijn.

Zo wordt in Garnalen door de desbetreffende ondernemingen onder meer aangevoerd dat geen sprake is van een overeenkomst, maar van eenzijdige toezeggingen dat het ten aanzien van enkele ondernemingen zou gaan om ‘geen te concretiseren rol binnen het overleg’, en zelfs voor enkelen dat er geen sprake is van betrokkenheid bij het kartel. Deze verweren worden gezien het bewijsmateriaal afgewezen; het is duidelijk dat stellingen van partijen geen voldoende twijfel doen zaaien ten aanzien van het door de NMa geleverde bewijs.<sup>249</sup>

Voor een *bewijslastverschuiving* is in beginsel geen plaats, althans, niet in theorie.<sup>250</sup> In de EG-jurisprudentie wordt echter ook ten aanzien van het overeenkomstbegrip in de praktijk wel gewerkt met bewijsvermoedens, waardoor een vorm van bewijsverschuiving plaatsvindt. Zo moet de Commissie weliswaar aantonen dat partijen aanwezig waren op de bijeenkomst waar een overeenkomst werd gesloten, maar leidt de deelname aan die bijeenkomst vervolgens tot de veronderstelling dat die deelname ook de anticompetitieve overeenkomst omvat.<sup>251</sup> Een dergelijk bewijsvermoeden is in nationale uitspraken over het begrip overeenkomst niet ter sprake gekomen; een vergelijkbaar vermoeden wordt voor het begrip o.a.f.g. echter afgewezen (zie par. 4.2.4).

---

246 Het CBb verwijst naar zaak C-277/87, Sandoz; en gev. zaken C-2 & 3/01 P, Adalat, ov. 102.

247 CBb 7 december 2005, Secon (cursief AG).

248 Rechtbank 24 juni 2005, Pompstations.

249 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen. Zie ook rechtbank 4 maart 2008, Solétanche.

250 Vgl. voor het EG-recht gev. zaken C-2 & 3/01 P, Adalat, ov. 62.

251 Zie Capobinaco 2007, p. 37.

#### 4.2.2 *Bewijs van doelbeperking*

Hiervoor heb ik het onderscheid tussen doelbeperking en gevolgbeperking behandeld, inclusief de conceptuele problemen die daarbij spelen (zie par. 2.1.2). In theorie kan een onderscheid worden gemaakt tussen het aantonen van een beperking en vervolgens het aanmerken daarvan als doelbeperking, maar in de praktijk is dit onderscheid niet steeds vol te houden (zie ook par. 3.2.1). Mede daarom ga ik er hierna van uit dat sprake is van vragen van feiten en kwalificatie daarvan, waaraan bewijs ten grondslag moet liggen, en niet van interpretatievragen (zie par. 3.2.2). De algemene onderzoeksplicht voor de NMa is eveneens hiervoor aan de orde gekomen (par. 3.3.1); het betrof volgens de rechtbank steeds de Modint-onderzoeksplicht,<sup>252</sup> die een onderzoek omvat naar de counterfeitelijke situatie, de economische context, de doelstellingen van partijen, en (kort gezegd) de marktstructuur. Zoals gezegd, was deze Modint-onderzoeksplicht te verstrekkend, en is zij in ieder geval verderstrekkend dan de op de Commissie rustende onderzoeksplicht. Het counterfeitelijk onderzoek heeft volgens jurisprudentie van het Hof geen plaats in dit stadium van het onderzoek (en een verwijzing daarnaar ontbreekt dan ook in *Mobiele Operators* van het CBB). Het CBB heeft dit bevestigd in NIP.<sup>253</sup> Uit jurisprudentie van het Hof kan worden afgeleid dat het voldoende kan zijn om stil te staan bij de bepalingen (de bewoordingen) van de overeenkomst zelf of bij de inhoud van de overeenkomst. Als daaruit *niet* direct het doel kan worden afgeleid, moet worden gekeken naar de economische en juridische context van de beperking (zie par. 3.2.1); er moet een zekere mate van onderzoek aan deze vaststelling ten grondslag liggen, anders is de doelbeperking niet bewezen (vergelijk hoofdstuk 4, par. 2.7).

##### *– Bedoeling van partijen*

Bewijsrechtelijk is het de vraag of, als de NMa kan bewijzen dat partijen het oogmerk hadden de mededinging te beperken, daarmee *voldoende* bewijs is geleverd voor het bestaan van een doelbeperking. Uit jurisprudentie van het Hof kan weliswaar worden afgeleid dat de mededingingsbeperkende bedoeling van partijen niet noodzakelijkerwijs een voorwaarde is voor het aannemen van een doelbeperking,<sup>254</sup> en ook in nationale uitspraken is dat het geval,<sup>255</sup> maar er is verschil van mening over de vraag of het oogmerk een voldoende voorwaarde is.<sup>256</sup> Uit de EG-jurisprudentie, en ook uit een logische lezing van artikel 81 EG, lijkt dat laatste wel te volgen; een mededingingsbeperkend effect hoeft bij een doelbeperking niet te worden aangetoond. Het is vervolgens de vraag hoe het oogmerk, de *subjectieve* bedoeling de mededinging te beperken, te bewijzen. Gesteld wordt wel dat dit is af te leiden uit de bewoordingen van de overeenkomst, ofwel, de subjectieve bedoeling kan *objectief* worden bepaald.<sup>257</sup> In die zin is het bewijs van de beperking, als daaruit reeds de

---

252 CBB 28 oktober 2005, Modint.

253 CBB 6 oktober 2008, NIP.

254 Zie zaak 19/77, Miller, ov. 17-18; en ook Richtsnoeren 81 (3) EG, punt 22.

255 Vgl. rechtbank 17 augustus 2004, Modint.

256 Odudu 2001 a, p. 65-79.

257 Odudu 2001 a, p. 70. Zie ook conclusie A-G Trstenjak, zaak C-209/07, Beef Industry, ov. 46.

bedoeling blijkt, ook het bewijs van doelbeperking. Dit neemt niet weg dat nog steeds een *zekere* onderzoeksplicht geldt om de bedoeling van partijen te kunnen vaststellen.<sup>258</sup> In de CBb-uitspraak in Secon lijkt deze regel ook door het CBb te zijn toegepast, maar helemaal helder is dit niet.<sup>259</sup>

– *Een zekere mate van onderzoek*

In de verplichting tot het doen van een *zekere mate van* onderzoek, in plaats van het vrijwel afwezig zijn van een onderzoek als het type beperking reeds is vastgesteld, uit zich ook de meer economische benadering van doelbeperkingen, hoewel men ook kan stellen dat de economische benadering van doelbeperkingen pas wordt bevestigd door een verdergaande onderzoeksplicht, zoals bij effectbeperkingen nodig is (zie hierna). Het één sluit het ander echter niet uit. De omvang van dat onderzoek hangt af van de overeenkomst in kwestie (en omvat in beginsel niet een counterfeitelijk onderzoek). Deze lichtere onderzoeksplicht blijkt ook uit de mededingingsrechtelijke uitspraken van vooral de rechtbank; daarmee is ook een beperktere bewijsomvang (vergelijk hoofdstuk 4, par. 2.2), aan de orde dan Modint doet vermoeden. Uit de uitspraken blijkt verder dat het bewijs voor een beperking vaak bestaat uit *feitelijk bewijs*, bijvoorbeeld gebaseerd op verklaringen en faxen waaruit bepaalde prijsafspraken en quota blijken<sup>260</sup> of uit aantekeningen en verslagen, ook weer ondersteund door verklaringen, waardoor uitwisseling van informatie kan worden vastgesteld.<sup>261</sup> Uit uitspraken blijkt ook dat in bepaalde gevallen de mededingingsbeperking heel gemakkelijk kan worden vastgesteld, namelijk als deze niet wordt ontkend. In dat geval gaat de rechtbank niet verder in op het bewijs van de beperking.<sup>262</sup> Opvallend is verder dat *economisch bewijs* bij het vaststellen van doelbeperkingen vooralsnog een ondergeschikte rol speelt; vaak wordt van verklaringen en ‘papieren’ bewijs gebruik gemaakt. Als uitzondering kan Solétanche worden gezien, hoewel het noodzakelijke economische bewijs daar niet de beperking zelf betreft, maar de vraag of partijen bij de overeenkomst wel als potentiële concurrenten kunnen worden aangemerkt. Slechts in dat geval kan namelijk sprake zijn van een mededingingsbeperkende overeenkomst.<sup>263</sup>

Daarnaast geldt dat in de uitspraken van de rechtbank de Modint-onderzoeksoverweging wel steeds wordt herhaald, maar dat het bij doelbeperkingen niet vaak komt tot een gegrond beroep. Toch lijkt het er in het merendeel van de zaken niet op dat het Modint-onderzoek daadwerkelijk heeft plaatsgevonden; de uitspraken geven daarvan althans geen weergave. Naar de juridische en economische context is vrijwel geen onderzoek uitgevoerd, althans niet in de uitspraken, laat staan dat een counterfeitelijk onderzoek ten grondslag ligt aan de feitenvaststelling. Soms wordt de vraag of sprake

---

258 Vgl. zaak T-168/01, GSK, ov. 120.

259 Dit stelt ook Loozen 2006.

260 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

261 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel. Vgl. ook rechtbank 28 februari 2006, Bovag; rechtbank 22 mei 2006, AUV.

262 Zie bijv. rechtbank 24 juli 2007, Erdo.

263 Rechtbank 4 maart 2008, Solétanche.

is van een doelbeperking, door de rechter beantwoord door aan te sluiten bij EG-precedenten, jurisprudentie of Commissiebeschikkingen (zie ook par. 3.2.2), en blijft onderzoek naar de context achterwege.<sup>264</sup> Vaak wordt door de rechtbank, nadat de beperking is aangetoond, *kortheidshalve* vastgesteld dat sprake is van een doelbeperking, omdat dit ‘evident’ is of omdat de specifieke gedragingen ‘naar hun aard’ mededingingsbeperkend zijn. Dit laatste kan echter ook worden gezien als het objectief aantonen van de subjectieve bedoeling, hoewel dat niet wordt gezegd, of juist als ondersteuning van de stelling dat de vraag of sprake is van een doelbeperking, een rechtsvraag is, en niet een vraag van kwalificatie van de feiten.

Zo wordt in AUV weliswaar de Modint-overweging herhaald, maar wordt ten aanzien van de vraag of de leveringsweigering als doelbeperking kon worden aangemerkt, gesteld: ‘nu het gaat om leveringweigering (...) en AUV en Aesculaap tezamen de enige groothandelaren in Nederland zijn die AUV-producten leveren is er *evident* sprake van een besluit en overeenkomst die ertoe strekken dat de mededinging wordt beperkt’.<sup>265</sup> Ook in Bovag, eveneens na herhaling van de Modint-onderzoeksverplichting, stelt de rechtbank dat ‘het *evident* [is] dat het weren (...) van (potentiële) concurrenten (...) ertoe strekt de mededinging te beperken’.<sup>266</sup> Vergelijkbaar is de overweging in Fietsenkartel: ‘de uitwisseling van informatie met betrekking tot zowel de consumentenadviesprijzen als de betalingskortingen [heeft] er toe gestrekt de mededinging te beperken. Het gaat *immers* om een afstemming in een horizontale relatie met betrekking tot het prijsbeleid van de fietsenfabrikanten’.<sup>267</sup> De rechtbank maakt het in Erdo wat kortheid betreft erg bont: ‘*dit is* een “hard-core-beperking”’.<sup>268</sup> Ten slotte wordt ook in het ‘klassieke’ garnalenkartel verwezen naar de Modint-overweging, maar vervolgens vastgesteld dat uit jurisprudentie van het Hof volgt dat dergelijke overeenkomsten ‘*gewoonlijk* geacht worden de concurrentie te beperken’.<sup>269</sup>

#### – Zwaardere onderzoeksplicht bij het CBb

Op het voorgaande beeld van de lichte bewijsvoeringslast in de praktijk, althans lichter dan in Modint, bestaan uitzonderingen. Het betreft de uitspraken van het CBb in Modint, in Mobile Operators, en meer recent ook in NIP. Uit deze uitspraken blijkt dat door het CBb de economische benadering van doelbeperkingen daadwerkelijk wordt uitgevoerd, en dat leidt tot een zwaardere onderzoeksplicht bij het vaststellen dat sprake is van een doelbeperking.

In Modint kwalificeert het CBb eerst de desbetreffende clausules als vergoeding voor diensten, waarbij het CBb de juridische en economische context bespreekt. Aan de ‘aard en de strekking’ kan niet afdoen dat zij tot de ‘kerncondities’ behoren of dat zij ook wel door partijen zelf als kortingen zijn betiteld. Een dergelijke benaming hoeft bij het ‘onderzoek naar de vraag of een overeenkomst of een deel daarvan al dan niet tot beper-

---

264 Rechtbank 8 juni 2004, BasisMedia; rechtbank 25 maart 2004, Uneto-VNI; rechtbank 17 juli 2006, NIP.

265 Rechtbank 22 mei 2006, AUV (cursief AG).

266 Rechtbank 28 februari 2006, Bovag (cursief AG).

267 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel (cursief AG).

268 Rechtbank 24 juli 2007, Erdo (cursief AG).

269 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

king van de mededinging strekt, [dat] moet zijn gericht op de economische context en de werking van de overeenkomst binnen de betrokken markt,<sup>270</sup> niet van groot belang te zijn. Daarmee is de vraag nog niet beantwoord of de aldus benoemde clausules niet tóch de strekking hebben de mededinging te beperken (zoals de NMa betoogt). Het CBb verwijst naar zijn algemene overweging ten aanzien van het onderzoek en stelt dat ‘de enkele vaststelling dat de afspraken betrekking hebben op inkooprijzen op zichzelf de conclusie, dat die afspraken tot doel hebben de mededinging te beperken, dan ook niet [kan] dragen.’ Het CBb herhaalt dat ‘een dergelijke conclusie zal moeten berusten op onderzoek waarbij rekening is gehouden met onder meer de aard van de betrokken producten en diensten, de marktpositie en het gedrag van partijen, afnemers en concurrenten op de relevante markt, de vrijheid van de leden om de kerncondities niet toe te passen, de hoogte van de gemeenschappelijke kosten en de gevolgen van de afspraken voor de afnemers en de consumenten.’ Dat onderzoek is in casu onvoldoende geweest.<sup>270</sup>

Dit deel van de Modint-uitspraak van het CBb betreft de daadwerkelijke toets of sprake is van een doelbeperking, nadat de clausules als ‘vergoeding van diensten’ waren ge(her)kwalificeerd, in plaats van ‘prijsafsprake’. Het is in deze context te begrijpen dat een verdergaand onderzoek nodig werd geacht; een vergoeding voor diensten is in ieder geval niet ‘evident’ een doelbeperking, ook niet in de jurisprudentie van het Hof. Het verdergaande onderzoek is ook in overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof zoals die hiervoor werd uiteengezet: bij het niet direct op grond van de overeenkomst zelf tot doelbeperking kunnen concluderen, dient nader onderzoek te worden verricht. Bovendien komt in deze toepassing van de algemene Modint-overweging het counterfeitelijk onderzoek niet terug. Zij is daarmee in overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof.

In de rechtbankuitspraak in de zaak NIP is het niet helemaal duidelijk of de rechtbank spreekt over onderzoek dat moet worden uitgevoerd om vast te stellen dat sprake is van een doelbeperking of van een effectbeperking. In deze zaak, waarin de adviestarieven van de brancheverenigingen van psychologen aan de orde zijn, stelt de rechtbank dat een counterfeitelijk onderzoek had moeten plaatsvinden en geeft zij aan welke omstandigheden daarvoor relevant zijn. Dit onderzoek is door de NMa niet uitgevoerd.<sup>271</sup> De uitspraak is een voorbeeld van het wel volledig toepassen van de Modint-formule, en is in die zin een uitzondering op de hiervoor genoemde lichtere onderzoeksplicht in de praktijk. In hoger beroep bevestigt het CBb echter de hiervoor geuite kritiek dat een counterfeitelijk onderzoek geen plaats heeft bij het onderzoek naar de vraag of sprake is van een doelbeperking. Dat leidt echter niet tot een vernietiging van de rechtbankuitspraak. Integendeel, de uitspraak maakt duidelijk dat wat het CBb *niet* als counterfeitelijk onderzoek aanmerkt, wel degelijk een niet al te lichtvaardig ondernomen onderzoek is.

Het counterfeitelijk onderzoek naar de vraag of ‘de tarieven voor psychologische en psychotherapeutische dienstverlening (...) *relevante* concurrentieparameters zijn’, is niet noodzakelijkerwijs (hoewel dat wel mogelijk is) een onderzoek naar ‘een vergelijking

---

270 CBb 28 oktober 2005, Modint.

271 Rechtbank 17 juli 2006, NIP.

tussen de marktsituatie met en de marktsituatie zonder tariefadviezen'. Het CBb stelt dat 'deze omstandigheden behoren tot de juridische en economische context van de betreffende besluiten'. Terecht heeft de rechtbank dus vastgesteld dat een dergelijk onderzoek ontbreekt.<sup>272</sup>

De NIP-uitspraak van het CBb hoort thuis in het rijtje van een zwaardere onderzoeksverplichting bij doelbeperkingen. Dat blijkt ook uit de overwegingen ten aanzien van de tweede beslissing op bezwaar van de NMa, die de NMa nam ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank en die door het CBb wordt 'meegenomen'.

De NMa heeft 'geen eigen onderzoek naar het functioneren van de relevante markt verricht', en zich 'in belangrijke mate gebaseerd op het door KPMB in opdracht van het Ministerie [voor VWS] uitgebrachte rapport'. Vervolgens gaat het CBb in op een heel scala aan onduidelijkheden, waardoor uit de motivering 'niet aannemelijk is dat de tariefadviezen de strekking hebben de mededinging te verhinderen (...)'

De zwaardere onderzoeksplicht bij het CBb kan worden gezien als een manifestatie van het ook bij doelbeperkingen toepassen van de economische benadering. Deze kan onder omstandigheden betekenen dat wel degelijk, soms vergaand en ook economisch getint, onderzoek dient plaats te vinden alvorens kan worden geconcludeerd dat sprake is van een doelbeperking.

Ook in jurisprudentie van het Hof blijkt dat het bewijs van een doelbeperking in de praktijk verschillend tot stand komt. Een beoordeling van deze vraag kan inhouden dat de Commissie op basis van de desbetreffende overeenkomst niet kon vaststellen dat sprake was van een doelbeperking omdat de gevolgen voor het consumentensurplus onduidelijk bleven,<sup>273</sup> maar ook de vrij korte vaststelling zijn dat zich verschillende doelbeperkingen voordoen.<sup>274</sup> De diepgang van het onderzoek en de analyse van het Hof lijken af te hangen van de vraag in hoeverre de betrokken overeenkomst genoeg reden biedt om reeds een doelbeperking vast te stellen. Op nationaal niveau is het niet helemaal duidelijk of de 'korte' benadering van de rechtbank steeds door de betreffende casus wordt gerechtvaardigd. De voorbeelden van een uitgebreider onderzoek, met name Modint en Mobiele Operators, zijn wel duidelijk voorbeelden waarin een nadere analyse nodig lijkt, omdat minder evident sprake is van een doelbeperking. De onderzoeksplicht hangt derhalve ook bij de nationale rechter af van de omstandigheden van het geval; hoewel zij op papier derhalve groter is, is zij in de praktijk vergelijkbaar met de jurisprudentie van het Hof. Gesteld zou kunnen worden dat het daardoor in niet-evidente gevallen niet meer uitmaakt of sprake is van een doelbeperking of effectbeperking, omdat het onderzoek *steeds* diepgaand(er) moet zijn. In jurisprudentie van het Hof is het echter nog niet zo ver. De onderzoeks-

---

272 CBb 6 oktober 2008, NIP.

273 Zoals in zaak T-168/01, GSK.

274 Zie voor een voorbeeld gev. zaken T-217 & 245/03, FNCBV, ov. 82 en 85; en zaak T-5/00, Feg & Naveg, ov. 295, 300 en 321.

verplichtingen bij doelbeperking en effectbeperking naderen elkaar (net als bij het onderzoek naar merkbaarheid), maar vallen niet geheel samen.

– *Tegenbewijs*

Als is vastgesteld dat sprake is van een doelbeperking, kan tegenbewijs worden geleverd (vergelijk hoofdstuk 4, par. 2.5). Tegenbewijs kan de vorm aannemen van een stelling van pseudotegenbewijs, dat de mededingingsregels niet van toepassing zijn. Dat is aan de orde in Garnalen, waarin de ondernemingen zich beroepen op het Ladbroke-verweer (zie par. 3.2.6). Dat wordt afgewezen, omdat overheidsdwang ‘niet is gebleken’.<sup>275</sup> Het tegenbewijs kan ook onderbouwde twijfel zijn over de kwalificaties van de NMa ten aanzien van de doelbeperking. Beide vormen kunnen ook in het EG-recht worden aangevoerd.<sup>276</sup> Het tegenbewijs blijkt echter op nationaal niveau niet vaak succesvol, maar NIP laat zien dat tegenbewijs wel kan slagen.<sup>277</sup> Niettegenstaande het feit dat soms vrij gemakkelijk door de rechter wordt vastgesteld dat sprake is van een doelbeperking, dient het tegenbewijs kennelijk van een kwalitatief hoogstaand niveau te zijn. Dat is ook het geval in het EG-recht, hoewel daar niet naar wordt verwezen.<sup>278</sup>

4.2.3 *Bewijzen van een mededingingsbeperkend effect*

Als geen sprake is van een doelbeperking, dient te worden bekeken of de overeenkomst een mededingingsbeperkend gevolg heeft. Dat dient te worden onderzocht en aangetoond door de NMa, op wie de bewijslast rust. Om aan te tonen dat er geen sprake is van een doelbeperking, is het in veel gevallen voldoende om aan te sluiten bij EG-rechtelijke precedents (zie par. 3.2.3). Men zou kunnen stellen dat op deze wijze arresten van het Hof en Commissiebeschikkingen worden ingezet als bewijsmiddel waaraan een grote bewijskracht toekomt, zij het dat het bewijs op de feiten betrekking heeft en de EG-rechtelijke precedents de kwalificatie en juridische beoordeling daarvan betreffen – in zekere zin wordt met de EG-rechtelijke precedents een bepaalde kwalificatie of juridische beoordeling echter *bewezen* (zie ook par. 6). Om een mededingingsbeperkend effect aan te tonen, dient het onderzoek als gevolg van de jurisprudentie van het Hof een afbakening van de relevante markt en een counterfeitelijk onderzoek te omvatten en in ieder geval een economisch onderzoek naar de daadwerkelijke context en gevolgen van de overeenkomst in te houden.<sup>279</sup> Bij dit onderzoek fungeert de marktpositie van partijen vaak als indicator van de mogelijke mededingingsbeperkende capaciteit van de overeenkomst.<sup>280</sup> Het

---

275 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen; zie ook rechtbank 16 mei 2001, KNMD.

276 Zie bijv. het scala aan verweren van FNCVB in gev. zaken T-217 & 245/03, in ov. 86-93.

277 CBb 6 oktober 2008, NIP; andere uitzonderingen zijn Modint en Mobile Operators van het CBb (28 oktober 2005 en 31 december 2007 respectievelijk) en NIP van de rechtbank (17 juli 2006), en het CBb (6 oktober 2008).

278 Zie bijv. gev. zaken T-217 & 245/03, FNCVB, ov. 90; zaak T-5/00, Feg & Naveg ov. 328.

279 Zaak T-168/01, GSK, ov. 148 en 162; zie ook zaak T-328/03, O2, ov. 68.

280 Omdat de beperkende effecten zelf (de verhoging van de prijs of de verlaging van de output) veel moeilijker zijn vast te stellen. De marktaandelen fungeren als ‘proxy’: Bourgouis & Bocken 2005, p. 115; zie ook Richtsnoeren artikel 81 (3) EG.



uitvoeren van een economisch onderzoek voordat een mededingingsbeperkend effect kan worden vastgesteld, is een de gevolgen van de economisering van het mededingingsrecht, die zijn weerslag heeft gevonden in het Europese regelgevende kader, en ook wordt voorgestaan door de NMa. De economische benadering van effectbeperkingen is ook bij de rechtbank uitgangspunt (zie par. 3.2.3).

– *Zwaardere onderzoeksplicht door economische benadering*

De economische benadering brengt mee dat op de Commissie een zwaardere onderzoeksplicht is komen te rusten dan voorheen. Die zwaardere onderzoeksplicht lijkt ook voor de NMa te gelden, zo blijkt uit de uitspraken van de rechtbank. Anders dan in de uitspraken over doelbeperkingen is de rechter over het algemeen streng voor de NMa; regelmatig komt de rechter tot het oordeel dat een mededingingsbeperkend effect niet is vastgesteld of het onderzoek onvoldoende is.

Dit is bijvoorbeeld in Bovag aan de orde ten aanzien van de ‘Leidraad en het serviceboekje’. Het bewijs schiet tekort: ‘uit het bestreden besluit en de daaraan ten grondslag liggende stukken blijkt (...) onvoldoende van de *economische context* waarin de besluiten met betrekking tot het serviceboekje en de Leidraad toepassing vinden, en in het bijzonder niet van de *doelstellingen* van eiseressen en de *werkelijke omstandigheden* van de betrokken markt, zoals de wijze waarop de betrokken fietshandelaren gebruik maken van het serviceboekje en de Leidraad’.<sup>281</sup> Ook in Uneto-VNI komt de rechtbank tot een dergelijk oordeel. De NMa heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de lidmaatschapsprocedures tot gevolg zouden hebben dat de mededinging werd beperkt, omdat zij niet duidelijk heeft gemaakt wat daarvan de *concrete effecten* zouden zijn; de relevante markt is niet afgebakend of ‘op andere wijze nauwkeurig geanalyseerd’, en ook andere belangrijke elementen zijn niet meegewogen. Zich beperken tot het vaststellen van een ‘louter theoretische mogelijkheid’ van uitsluiting is niet voldoende.<sup>282</sup> In deze lijn kan ook Solétanche worden geplaatst, waarin de vraag aan de orde is of de overeenkomst wel is gesloten tussen twee (potentiële) concurrenten. Die vraag over de relevante marktomstandigheden heeft de NMa onvoldoende concreet onderzocht.<sup>283</sup>

– *Niet aan de orde: marktafbakening, counterfeitelijk onderzoek, weging van effecten*

Uit de uitspraken blijkt weliswaar dat de rechter de onderzoeksverplichting van de NMa serieus neemt, maar ook dat belangrijke elementen van de economische benadering (nog) niet uitgebreid aan de orde zijn gekomen. Dit geldt bijvoorbeeld de marktafbakening. Marktafbakening is ten eerste van belang voor het counterfeitelijk onderzoek, dat betrekking heeft op het onderzoek van de relevante markt. Zonder marktafbakening hangt het counterfeitelijk onderzoek los in de lucht. Hoewel het counterfeitelijk onderzoek wel wordt genoemd, neemt het afbakenen van de markt in de uitspraken geen grote plaats in. Vooralsnog beperkt de rechtbank zich tot het vaststellen dat een voldoende onderzoek naar de markt niet heeft plaatsgevonden.<sup>284</sup>

---

281 Rechtbank 28 februari 2006, Bovag (cursief AG).

282 Rechtbank 25 maart 2004, Uneto-VNI.

283 Rechtbank 4 maart 2008, Solétanche.

284 Zie bijvoorbeeld rechtbank 17 juli 2006, NIP en rechtbank 4 maart 2008, Solétanche.

Marktafbakening is ook van groot belang voor het invoeren van *presumpties van legaliteit*, omdat deze opgehangen zijn aan marktaandeeldrempels (zie hoofdstuk 4, par. 2.5). Alleen, bij een bepaalde marktmacht kan immers sprake zijn van een mededingingsbeperkend effect, zo is de premisse (zie par. 2.1.2). Het gaat hier om de in de Europese vrijstellingen en Europese en nationale richtsnoeren neergelegde ‘veilige havens’ voor overeenkomsten tussen ondernemingen die onder bepaalde marktaandeeldrempels blijven. Deze Europese drempels zijn in de nationale uitspraken niet aan de orde geweest. Derhalve is niet bevestigd dat deze drempels ook in een nationale context leiden tot een vermoeden van legaliteit. Het is logisch dat de nationale rechter de groepsvrijstellingsdrempels rechtstreeks zal toepassen (via artikel 12 Mw en artikel 13 Mw, zie hierna), maar dat kan anders liggen voor veilige havens in richtsnoeren die niet juridisch bindend zijn. Het gevolg van een dergelijke *presumptie* is dat het tegenbewijs, dat onder die drempel toch sprake is van een mededingingsbeperking, door de NMa moet worden geleverd. Wel wordt de omgekeerde vraag, of als marktaandelen boven de veilige marges liggen, er een *presumptie* bestaat van *illegaliteit*, zodat het aan de desbetreffende ondernemingen is om aan te tonen dat geen sprake is van een mededingingsbeperkende overeenkomst door de rechtbank, ontkennend beantwoord. In Uneto-VNI stelt de rechtbank dat marktaandeeldrempels in richtsnoeren van de NMa de bewijslast niet omkeren.<sup>285</sup> Daarmee lijkt een *presumptie* van *illegaliteit* ook niet voor de hand te liggen bij de toepassing van groepsvrijstellingen of richtsnoeren van de Commissie. Een *presumptie* van *illegaliteit* is eveneens in strijd met de economische benadering, waaruit volgt dat als een groepsvrijstelling vanwege hoge marktaandelen niet van toepassing is, de desbetreffende overeenkomst alsnog aan een economische analyse dient te worden onderworpen.<sup>286</sup>

In de uitspraken van de rechter is ook de vraag nog niet aan de orde geweest of *mededingingsbevorderende effecten of efficiënties* van een overeenkomst binnen het counterfeitelijk onderzoek mogen worden afgewogen tegen de mededingingsbeperkende effecten en, zo ja, op wie de bewijslast rust voor het aantonen van die positieve effecten. Zoals gezegd, wijst de rechtbank net als het Gerecht een *rule of reason* af; positieve effecten zouden alleen plaats hebben binnen de uitzondering van het derde lid. Toch brengt het counterfeitelijk onderzoek een weging met zich mee (zie par. 2.1.2). Voor de bewijslastverdeling betekent dit dat bij een weging onder het eerste lid een inbreuk op het kartelverbod slechts kan worden vastgesteld als de positieve effecten niet opwegen tegen de negatieve effecten; de bewijslast ligt bij de NMa. Het bewijzen van de positieve effecten bij een beoordeling onder het derde lid

---

285 De in de (oude) richtsnoeren samenwerking bedrijven opgenomen ‘regel’ dat bij erkenningsregelingen van ondernemingen met een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 20% deze leiden tot mededingingsbeperkende effecten, wordt door de rechtbank niet zomaar overgenomen. Met een gezamenlijk marktaandeel van 80-90% dient nog steeds het daadwerkelijk mededingingsbeperkende effect te worden aangetoond, in ieder geval bij afwezigheid van duidelijk beperkende voorwaarden in de erkenningsregeling. Zie Wesseling 2005, p. 61.

286 Vgl. de beoordeling van de NMa van de Heineken-overeenkomsten, en de bespreking daarvan bij Bishop 2003.

rust echter op de onderneming (vergelijk hoofdstuk 7, par. 4.2.4). Hoewel het in de praktijk voor de hand ligt dat argumenten inzake mogelijke pro-competitieve effecten door de desbetreffende onderneming zelf naar voren worden gebracht, ook als deze een rol spelen onder artikel 6, lid 1 Mw, blijft de ‘formele’ bewijslast bij de NMa liggen.<sup>287</sup> Dit is af te leiden uit EG-jurisprudentie.<sup>288</sup> Het *hoe* van het bewijzen van efficiënties in een juridische context is daarin echter evenmin aan de orde.<sup>289</sup>

#### 4.2.4 Bewijzen van o.a.f.g.’s

Het bewijzen van een o.a.f.g. leidt tot eigen bewijsproblematiek, zodat het hier apart wordt behandeld. Om vast te stellen dat er een onderling afgestemde feitelijke gedraging is, dient de NMa, op wie de bewijslast rust, aan te tonen dat er sprake is van *parallel gedrag*, *afstemming* en *causaal verband* (zie par. 3.1). Ook in het EG-recht rust de bewijslast op de Commissie, hoewel in de EG-jurisprudentie juist bij o.a.f.g.’s enkele bewijsvermoedens zijn geformuleerd. Uit uitspraken van de nationale mededingingsrechtters komt naar voren dat het bewijs van o.a.f.g.’s complex is: alle drie de onderdelen komen in de uitspraken aan de orde. Daarbij levert bewijs van parallel gedrag voornamelijk de minste problemen op. Voor bewijs van parallel gedrag, zoals gelijktijdige prijsverhogingen, is feitelijk bewijs, in de vorm van marktgegevens (geobserveerde prijsveranderingen) of getuigenverklaringen, voldoende.

##### – *Parallel gedrag als bewijs voor afstemming*

Een van de lastige vragen bij het bewijzen van o.a.f.g.’s is in hoeverre parallel gedrag als bewijs voor afstemming kan dienen. Het probleem in oligopolistische marktstructuren is dat parallel gedrag niet het resultaat van afstemming hoeft te zijn, maar juist economisch rationeel en kartelrechtelijk onschuldig gedrag kan vormen.<sup>290</sup> Dat levert bij o.a.f.g.’s problemen op van economisch-beweisrechtelijke aard. De vraag is immers wanneer het parallel gedrag onschuldig is, en wanneer het gezien moet worden als gegrond in afstemming. In EG-rechtelijke jurisprudentie wordt parallel gedrag *als zodanig* niet als voldoende bewijs van afstemming gezien. Meer aanwijzingen zijn nodig en in ieder geval dienen alternatieve verklaringen (anders dan afstemming) voor het parallel gedrag te worden uitgesloten. Het zogenoemde ‘plusbewijs’ kan bestaan uit direct en indirect bewijs. Het indirecte bewijs is vaak economisch, bijvoorbeeld gelegen in ‘conduct that by its nature must be regarded as agreed rather than spontaneous’, in de marktstructuur en de marktvoorwaarden die het parallel gedrag omringen.<sup>291</sup> Daarbij blijft het in EG-jurisprudentie formeel aan

---

287 Met andere woorden: de *legal burden* ligt bij de NMa, de *evidentiary burden* of *tactical burden* kan bij de desbetreffende onderneming liggen. Zie in algemene zin hoofdstuk 4, par. 2.5. Uit ABRvS 19 augustus 1999, Winterbewaarprijs zou wel het voorschrift kunnen worden afgeleid dat het voor ondernemingen dan wel duidelijk moet zijn dat zij dit naar voren moeten brengen (en wat dan), vgl. hoofdstuk 4, par. 2.1.

288 Zie bijv. zaak T-168/01, GSK, en zaak T-328/03, O2, ov. 68.

289 Vgl. over dit probleem al eerder: Brodley 1987.

290 Zie over dit oligopolieprobleem o.a. Harding & Joshua 2003, p. 147-151; Alese 1999; McGregor 2001; Soames 1996; Osti 1994; Jones 1993; Capobianco 2007, p. 46-48.

291 Harding & Joshua 2003, p. 151; Capobianco 2007, p. 51.

de Commissie om aan te tonen dat er *geen* alternatieve verklaring is voor het gedrag.<sup>292</sup> In de praktijk lijkt echter de bewijslast te worden omgedraaid, in die zin dat het aan partijen is om de alternatieve verklaring aan te tonen. In de terminologie van het *common-law*-systeem van verschuivingen van bewijslast betekent dit dat in ieder geval de *tactical burdens* voor de alternatieve verklaring ligt bij de onderneming.<sup>293</sup> In nationale uitspraken is dit bewijsrechtelijke probleem bij o.a.f.g.'s vooralsnog minder pregnant naar voren gekomen dan EG-jurisprudentie en overvloedige literatuur daarover zou doen vermoeden, maar blijkt desalniettemin dat deze jurisprudentie wordt gevolgd. De vraag of er een alternatieve verklaring is voor parallel gedrag, is bijvoorbeeld aan de orde in *Mobiele Operators*.

In de *Mobiele Operators*-casus is er voor een gedeelte van de afstemming, voor één van de betrokkenen, inderdaad een plausibele alternatieve verklaring voor het parallelle gedrag. Deze werd aangevoerd door de onderneming. Het gevolg is dat het plusbewijs voldoende wordt betwijfeld, zodat bewijs van afstemming niet is geleverd.<sup>294</sup>

Aan afstemming kunnen ook andere bewijsmiddelen ten grondslag worden gelegd dan een economische verklaring van parallel marktgedrag, namelijk direct bewijs, zoals documenten en verklaringen.<sup>295</sup> Het directe bewijs heeft gevolgen voor de bewijslastverdeling, omdat het nu niet aan de ondernemingen is om een alternatieve verklaring aan te voeren voor het marktgedrag, maar 'gelet op de jurisprudentie van de gemeenschapsrechter', om tegenbewijs te leveren tegen de 'aan de hand van de stukken aangetoonde feiten'.<sup>296</sup> De NMa hoeft alternatieve verklaringen niet te onderzoeken. Dit is in overeenstemming met EG-jurisprudentie.<sup>297</sup> Daarbij kan overigens nog wel getwist worden over wat precies moet worden verstaan onder 'aan de hand van stukken aangetoonde feiten', maar dat is in *Fietsenkartel* niet aan de orde.<sup>298</sup>

– *Aanwezigheid, wederkerigheid, direct bewijs voor afstemming*

Uit de uitspraak van de rechtbank in *Fietsenkartel* blijkt dat afstemming kan worden aangetoond zonder dat het parallelle gedrag als bewijsmiddel daartoe wordt ingezet. Dat neemt niet weg dat ook dan het bewijs van afstemming problematisch kan zijn. Zo dient als voorvraag de *aanwezigheid* op een bijeenkomst waar zou zijn afgestemd, te worden aangetoond. Dat kan door aantekeningen of getuigenverklaringen, zoals in *Fietsenkartel* en (voor een deel van de afstemming en voor een deel van de partijen) in *Mobiele Operators*.<sup>299</sup> Maar 'gebruikelijke aanwezigheid' is onvoldoende bewijs voor aanwezigheid op het moment van afstemming en dient door 'andere

---

292 Gev. zaken C-89/85 e.a., *Houtslip I*; zie ook zaak T-36/05, *Coats*, ov. 71.

293 Vgl. Capobianco 2007, p. 51.

294 Rechtbank 13 juli 2006, *Mobiele Operators*, ten aanzien van O2.

295 Rechtbank 18 juli 2007, *Fietsenkartel*.

296 Rechtbank 18 juli 2007, *Fietsenkartel*.

297 Zie zaak 1/89, *Polypropyleen*; daarover *Harding & Joshua* 2003, p. 154.

298 Zie *Beeston & Sterk* 2008.

299 Rechtbank 18 juli 2007, *Fietsenkartel*; rechtbank 13 juli 2006 en CBb 31 december 2007, *Mobiele Operators*.

steekhoudende aanwijzingen' te worden ondersteund.<sup>300</sup> de NMa dient het *positieve* bewijs van aanwezigheid te leveren. Dit betekent dat als uit verschillende verklaringen niet blijkt dat, zoals in dit geval, de vertegenwoordiger van Orange *niet* aanwezig was op het moment van afstemming, daarmee geen vermoeden van aanwezigheid is ontstaan. Er is dus geen sprake van een bewijsvermoeden, inhoudende dat op basis van aanwezigheid op enig moment kan worden vermoed dat die aanwezigheid zich uitstreckte tot het moment waarop de gewraakte gedraging plaatsvond. In het licht van de algemene discussie over het belang van het rond kunnen krijgen van bewijs, omdat anders de effectiviteit van de mededingingsrechtelijke handhaving zou worden ondermijnd (zie hoofdstuk 2, par. 4.3), is het interessant om er op te wijzen dat het verweer van de NMa, dat dit een te zware last op haar zou leggen, – 'de bewijsvoering zou op een eenvoudige en ontoelaatbare wijze worden gefrustreerd' – het CBB niet tot een andere conclusie kan brengen.

De daadwerkelijke *afstemming van gedrag* kan worden aangetoond door middel van directe bewijsmiddelen; in Fietsenkartel bijvoorbeeld blijkt de afstemming uit een verslag van een bijeenkomst waar gevoelige informatie is uitgewisseld, waardoor 'de deelnemers aan het overleg op de hoogte van elkaars strategie' waren.<sup>301</sup> Het bewijs slaagt echter niet altijd.

Zo is er in Fietsenkartel onvoldoende bewijs voor afstemming over de te hanteren maximummarge voor het Nationaal Fietsenplan. Voorafgaand aan een bespreking met het Nationaal Fietsenplan zouden de fabrikanten vóórbespreken. Gazelle stuurde ter voorbereiding daarvan een *faxbericht* naar de overige deelnemers met daarin de marges die zij in rekening zou brengen en de zinsnede 'voordat wij bij elkaar komen, wil ik graag jullie mening vernemen'. Uit het *verslag* van de bijeenkomst blijkt echter niets van een vooroverleg. Voeg daaraan toe dat Gazelle en Giant ontkennen, en de rechtbank kwalificeert de fax als eenzijdige mededeling. Maar een vergelijkbare stelling dat sprake zou zijn van een eenzijdige mededeling, wordt in Fietsenkartel verworpen ten aanzien van de uitwisseling van informatie. Dat ligt, gezien de duidelijke bewijsmiddelen die de NMa ten grondslag had gelegd aan dit deel van zijn besluit, ook meer voor de hand; tegenbewijs dient in zo'n geval des te overtuigender te zijn.<sup>302</sup>

In Mobiele Operators is onder meer de *wederkerigheid* van de uitlatingen over prepaidpakketten tijdens de bijeenkomst een punt van discussie: er is 'niet voldoende komen vast te staan dat er sprake is geweest van afstemming'.<sup>303</sup> Ook hier geldt dat de NMa het positieve bewijs moet leveren van wederkerigheid, in dit geval betreffende de aanvaarding van Ben's informatie door de anderen. Dat kan door middel van direct bewijs, zoals verklaringen en notulen of aantekeningen. Als dat niet lukt, dan kan wederkerigheid ook worden afgeleid uit indirect bewijs; uit 'het ontbreken van verzet (...) of het gedogen dat de andere partij bedrijfsvertrouwelijke mededeling

---

300 Rechtbank 13 juli 2006, Mobiele Operators.

301 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel.

302 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel. Vgl. ook rechtbank 24 juni 2005, Pompstations.

303 Rechtbank 13 juli 2006, Mobiele Operators. Ook is er verweer tegen de vaststelling dat sprake is van afstemming op de markt voor *postpaid*pakketten, maar dat wordt afgewezen.

doet'.<sup>304</sup> Dat moet echter wel worden gestaafd door nader bewijs, zoals 'parallel marktgedrag dat anderszins onvoldoende kan worden verklaard, en overige contacten tussen de betreffende ondernemingen'.<sup>305</sup> Het indirecte bewijs voor wederkerigheid kan derhalve, net als in EG-jurisprudentie,<sup>306</sup> bestaan uit een mix van *communicatiebewijs* (het ontbreken van verzet of gedogen) en *economisch bewijs* (het parallelle marktgedrag).<sup>307</sup> Het is als *tegenbewijs*, als wederkerigheid wel is bewezen, overigens onvoldoende om tijdens de bijeenkomst te stellen 'ik blijf op 5% winterkorting zitten, wat jullie doen moet je zelf weten, ik wil de NMa niet op mijn dak'.<sup>308</sup> Een onderneming die als tegenbewijs wil aanvoeren niet te hebben ingestemd, moet dit doen, conform Europese jurisprudentie (waar echter door de rechtbank niet naar wordt verwezen),<sup>309</sup> door een 'duidelijk en kordaat laten blijken van afkeuring'.<sup>310</sup>

– *Eisen aan bewijs voor afstemming*

In algemene zin kan voor het gevergd bewijs voor afstemming de vraag worden gesteld of de nationale rechter van het EG-recht afwijkende en strengere eisen aan het bewijs stelt. Uit EG-jurisprudentie kan worden afgeleid dat het Hof vrij gemakkelijk aanneemt dat een onderneming heeft deelgenomen aan afstemming.<sup>311</sup>

Zo stelt het Gerecht dat het 'volgens de rechtspraak volstaat dat de Commissie aantoont dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan bijeenkomsten (...) en zich daar niet duidelijk tegen heeft verzet, om de deelname van die onderneming aan de mededingingsregeling genoegzaam te bewijzen'.<sup>312</sup>

In het EG-recht wordt een *bewijsvermoeden* gehanteerd, inhoudende dat deelname aan een bijeenkomst waarin wordt afgestemd, het vermoeden oplevert dat ook is deelgenomen aan de afstemming.<sup>313</sup> De vraag is of dit bewijsvermoeden in Mobiele Operators aan de orde zou kunnen zijn.<sup>314</sup> deelname aan de bijeenkomst is wel vastgesteld (zij het gedeeltelijk), maar niet de deelname op het moment van afstemming. De rechtbank en het CBb menen dat in deze omstandigheden het bewijsvermoeden niet geldt, maar het is de vraag of daarmee de bewijsvoeringslast voor de NMa, zoals de NMa ook stelt, niet erg moeilijk wordt. Ter ondersteuning van de opvatting van rechtbank en CBb moet echter worden opgemerkt dat de lijn van EG-jurisprudentie waarin het bewijsvermoeden aan de orde is, betrekking heeft op langdurige afstemming binnen 'complexe kartels'. In dat geval geldt dat als is aangetoond dat van een kartel sprake was, de standaard voor het bewijs van deel-

---

304 CBb 31 december 2007, Mobiele Operators.

305 Dat is door de NMa niet aangetoond; CBb 31 december 2007, Mobiele Operators.

306 Zie gev. zaken C-204/00 P e.a., Aalborg.

307 CBb 31 december 2007, Mobiele Operators.

308 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel.

309 Zie bijv. gev. zaken T-109/02 e.a., Bolloré, ov. 189.

310 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel.

311 Capobianco 2007, p. 44: 'the threshold (...) is set at a fairly low level'.

312 Gev. zaken T-109/02, e.a., Bolloré, ov. 188. Zie gev. zaken C-204/00 P e.a., Aalborg, ov. 81-82; zaak T-3/89, Atochem, ov. 34; zaak T-36/05, Coats, ov. 90.

313 Vgl. Korsten 2006, p. 227.

314 Korsten 2006, p. 227, meent van niet.

name aan dat complexe kartel minder hoog ligt.<sup>315</sup> In Mobiele Operators zijn er wel aanwijzingen van eerdere afstemming (of eerder overleg), maar aan de boete is een eenmalige bijeenkomst ten grondslag gelegd. De EG-jurisprudentie geeft voor dergelijke eenmalige afstemmingsbijeenkomsten minder aanwijzingen.<sup>316</sup> Voeg daaraan toe dat het in Mobiele Operators minder duidelijk is dat sprake was van een ‘hard’ kartel, getuige ook de vraag van het CBb of wel sprake is van een doelbeperking, en de reden voor het hanteren van bewijsvermoedens, de doeltreffende handhaving van het mededingingsrecht (zie hoofdstuk 4, par. 2.5), lijkt hier minder pregnant aanwezig.

– *Causaal verband, bewijsvermoeden en prejudiciële vragen*

Het causale verband heeft betrekking op de vraag of de ondernemingen bij hun marktgedrag rekening hebben gehouden met de afstemming. In het EG-mededingingsrecht geldt een *bewijsvermoeden* van causaal verband tussen afstemming en marktgedrag als de ondernemingen na afstemming op de markt actief blijven.<sup>317</sup> Dit geldt, zo stelt het CBb in Mobiele Operators, des te meer als de afstemming gedurende langere tijd en met zekere regelmaat heeft plaatsgevonden.<sup>318</sup> Zowel in Fietsenkartel als in Mobiele Operators is dit bewijsvermoeden aan de orde. De rechtbank past het in beide gevallen toe, omdat het bewijsvermoeden ook geldt als er ‘geen sprake is van een langdurige, regelmatige afstemming’ (dat dit niet zo zou zijn ‘vindt geen steun in het arrest Anic en evenmin in andere jurisprudentie’).<sup>319</sup> Daarbij stelt de rechtbank zichzelf (in de uitspraak) de vraag niet of het bewijsvermoeden überhaupt ook in de nationale context geldt.

Volgens het CBb is het echter ten eerste de vraag of het bewijsvermoeden inderdaad ook geldt als slechts sprake is van een enkele bijeenkomst, zoals in Mobiele Operators,<sup>320</sup> nu jurisprudentie van het Hof steeds gaat over langdurige afstemming.<sup>321</sup> Het CBb stelt deze vraag aan het Hof via de prejudiciële procedure. Het antwoord van het Hof op deze vraag zal mede afhangen van de reden voor het bewijsvermoeden. Als het bewijsvermoeden primair is ingegeven door redenen van administratieve verlichting bij een overigens duidelijke inbreuk, ligt toepassing bij een enkele

---

315 Zoals in gev. zaken T-109/02 e.a., Bolloré; zaak C-199/92 P, Hüls; zaak C-49/92 P, Anic; gev. zaken C-204/00 P e.a., Aalborg.

316 Zie recentelijk zaak T-36/05, Coats, waarin de Commissie vijf bijeenkomsten aan de afstemming ten grondslag had gelegd, maar bij het Gerecht slechts twee bijeenkomsten komen vast te staan en toch het bewijsvermoeden niet wordt toegepast, omdat het *mededingingsbeperkende karakter* van de bijeenkomsten wordt betwist, vgl. Beeston & Sterk 2008. Maar zie Capobianco 2007, vt. 97: het is voor de Commissie ‘sufficient to establish that a company has *participated in one meeting* where market conduct or business strategies are discussed to infer that the Company has participated in a concerted practice. The fact that the company was just a ‘*passive*’ participant in the meeting (...) with no intention to collude is not an acceptable justification’ (cursief AG).

317 Zaak C-49/92 P, Anic, ov. 122; zaak C-199/92 P, Hüls, ov. 162.

318 Vgl. zaak C-49/92 P, Anic, ov. 122.

319 Rechtbank 13 juli 2006, Mobiele Operators.

320 CBb 31 december 2007, Mobiele Operators. Tegen rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel is wel hoger beroep ingesteld, maar bij de afronding van dit proefschrift was er nog geen uitspraak.

321 Zoals in het Polypropyleen-kartel (ten grondslag liggend aan zaak C-49/92, Anic) het geval is. Vgl. Korsten 2006, p. 228.

bijeenkomst niet voor de hand.<sup>322</sup> Dat kan anders zijn als effectiviteit van handhaving en billijkheid de reden voor het bewijsvermoeden is; het probleem is dat het zonder bewijsvermoeden voor de toezichthouder vrijwel onmogelijk is de inbreuk te bewijzen omdat de te bewijzen feiten in het bewijsdomein van de desbetreffende onderneming liggen (zie hoofdstuk 4, par. 2.5).<sup>323</sup>

Het CBb stelt ook de vraag, voor dit proefschrift relevant, of het Europeesrechtelijke bewijsvermoeden überhaupt wel moet gelden bij de decentrale toepassing van EG-recht; het bewijsvermoeden is neergelegd in jurisprudentie van het Hof ten aanzien van rechtstreekse beroepen, en geldt daarmee wellicht als voorbeeld voor parallelisme, maar omdat bewijsregels in beginsel vallen onder de procesautonomie van de lidstaten, niet per definitie ook in een nationale procedurele omgeving waarin het EG-recht decentraal wordt toegepast (laat staan voor het ‘nationale’ deel van een gecombineerde toepassing van communautair en nationaal mededingingsrecht, zoals in *Mobiele Operators* aan de orde is).

Het CBb stelt de volgende vraag: ‘moet artikel 81 EG aldus worden uitgelegd dat bij toepassing van deze bepaling door de nationale rechter, het bewijs van causaal verband tussen onderlinge afstemming en marktgedrag moet worden geleverd en beoordeeld overeenkomstig de regels van het nationale recht, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden, en zij de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken?’

Het CBb lijkt twee redenen te geven waarom het bewijsvermoeden zou gelden. Ten eerste via het EG-beginsel van *effectieve rechtsbescherming* (zie uitgebreid over dit beginsel hoofdstuk 2, par. 2). Ten tweede via het *materiële begrip* o.a.f.g. Het verschil, wat convergentie betreft, is dat er via het EG-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming sprake is van op grond van het *EG-recht* verplichte rechterlijke convergentie bij het toepassen van artikel 81 EG door de nationale rechter. Bij werking via het begrip o.a.f.g. is het toepassen van het bewijsvermoeden een gevolg van de wettelijke convergentie; zij is voor de rechter nog steeds verplicht, maar op basis van de *nationale* wettelijke keuze en het bewijsvermoeden geldt dan ook voor artikel 6 Mw vanwege de convergentietechniek van de juridische bypass (zie par. 2.1.1). De rechtbank paste een derde mogelijkheid (impliciet) toe, namelijk dat het Europese bewijsvermoeden via vrijwillige rechterlijke convergentie in de nationale situatie wordt toegepast; er wordt geen Europeesrechtelijke verplichting aangenomen, maar een regel van *nationaal* bewijsrecht geïntroduceerd, die weliswaar is gebaseerd op de Europeesrechtelijke regel, maar ook los daarvan kan worden toegepast.

---

322 Vgl. Wessely 2001, p. 761.

323 Zie over dit bewijsvermoeden ook De Groot 2008. In haar conclusie in de prejudiciële vragen in *Mobiele Operators* stelt de A-G dat het bewijsvermoeden ook geldt voor eenmalige afstemming, zie conclusie in zaak C-8/08, *Mobiele Operators* van 19 februari 2009.



Wat de eerste mogelijkheid betreft, herinnert het CBb aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming in relatie tot het beginsel van nationale procesautonomie (onder de voorwaarden van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid),<sup>324</sup> maar ook aan de jurisprudentie betreffende de effectiviteit van het gemeenschapsrecht.<sup>325</sup> Het CBb stelt dat het beginsel van procesautonomie ook hier als uitgangspunt kan dienen; in dat geval zijn de nationale bewijsregels van toepassing en geldt het bewijsvermoeden niet als verplichte regel van Europees recht. Alleen als het niet toepassen van het bewijsvermoeden verhindert dat 'het doel van de communautaire mededingingsregel niet doeltreffend kan worden bereikt', geldt de nationale regel niet. De veronderstellingen die aan deze overwegingen ten grondslag liggen, zijn interessant. Zo is voor deze redenering ten eerste natuurlijk vereist dat artikel 81 EG aan de orde is, wat het geval is. Op conceptueel niveau levert het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming echter een probleem op, omdat het in casu gaat om een EG-rechtelijk *verbod*, en niet om aan het EG-recht ontleende rechten (zie hoofdstuk 2, par. 2.1.2). De verwijzing naar de effectiviteitsjurisprudentie is in dit verband ook interessant, omdat in die jurisprudentie de bescherming van de 'zwakke' partij centraal staat; de secundaire regelgeving die daarin aan de orde is, betreft juist diens bescherming. Hoewel ook het mededingingsrecht de consument centraal stelt (zie par. 2.1.2), wordt het bewijsvermoeden hier ingezet ten behoeve van de NMa, en slechts indirect ten gunste van de (abstract blijvende) consument. De NMa kan, rechtsstatelijk gezien, niet als zwakkere partij worden aangemerkt. De verwijzingen lijken eerder te moeten worden gelezen met de nadruk op 'doeltreffendheid'. Verder geldt dat, omdat EG-rechtelijke effectieve rechtsbescherming alleen maar aan de orde kan zijn bij de toepassing van Europees recht, deze in steek een probleem oplevert, in die zin dat het de vraag blijft of het bewijsvermoeden ook geldt voor puur nationale zaken. Op grond van de Europese jurisprudentie is dat niet zo, al is het de vraag of het in de praktijk vervolgens houdbaar is om te werken met twee 'sets' van procedurele normen (zie hoofdstuk 3, par. 4.3).

Ten tweede moet de veronderstelling van het CBb zijn dat er een afwijkende nationaalrechtelijke bewijsregel bestaat, anders is er geen conflict en komt effectieve rechtsbescherming niet aan de orde. Het CBb laat zich hierover niet expliciet uit. Het is echter de vraag of een bewijsvermoeden van causaal verband op grond van nationaal recht *niet* zou kunnen worden gehanteerd. Een bewijsvermoeden is op zich niet vreemd aan het nationale bestuursrecht, zeker niet als het is gebaseerd op het idee dat de te bewijzen feiten liggen in het bewijsdomein van de onderneming (zie hoofdstuk 4, par. 2.5). Het is veeleer het geval dat er geen duidelijke bewijsregels gelden in het nationale (mededingingsrechtelijke) bestuursrecht. Juist doordat de nationale bewijsregels weinig vast staan, had het CBb, zoals de rechtbank, de ruimte kunnen gebruiken om aan te nemen dat het desbetreffende bewijsvermoeden als regel van *nationaal* bewijsrecht geldt. In dat geval is er geen conflict tussen de regel van

---

324 Het gaat om gev. zaken C-222-225/05, Van der Weerd.

325 Hier gaat het om gev. zaken C-240-244/98 Océano Grupo Editorial; zaak C-168/05, Mostaza Claro; en C-429/05, Max Rampion.

nationaal bewijsrecht en van Europees bewijsrecht, en wordt ook het probleem van de verschillende ‘sets’ van bewijsregels voorkomen. Dat echter die regel naar nationaal bewijsrecht niet geldt, zoals het CBb kennelijk veronderstelt, kan zijn basis hebben in de algemene bewijslastverdeling in combinatie met artikel 6 EVRM. Uit artikel 6 EVRM vloeit voort dat het bewijs van een inbreuk waarvoor een sanctie kan worden opgelegd, in beginsel op het bestuursorgaan rust. Maar *als* artikel 6 EVRM aan het nationale bewijsvermoeden in de weg staat, belandt deze casus in de Bosphorus-problematiek: als bij de decentrale toepassing van EG-recht hier geen discretionaire ruimte bestaat voor de lidstaat, dan is in beginsel de uitleg van het Hof hier bepalend, en niet de EHRM-uitleg, voor zover de EG in algemene zin een even adequate bescherming biedt (zie hoofdstuk 2, par. 4.1). De vraag is dan of hier die discretionaire ruimte ontbreekt, een vraag die (me dunkt) uiteindelijk juist weer aan het EHRM is om te beantwoorden (zie hoofdstuk 3, par. 4.3). Als die discretionaire ruimte er *wel* is, die zou moeten liggen in het al dan niet opleggen van een sanctie of de hoogte daarvan en niet zozeer in de keuze voor toepassing van artikel 81 EG of bij de interpretatie daarvan, is het EVRM wel vol van toepassing. In dat geval, enigszins hypothetisch maar niet ondenkbaar (zo blijkt), zou zich wel een conflict kunnen voordoen en zou de EVRM-bescherming, die verdergaat dan de EG-bescherming, voor moeten gaan.

Ten derde, als de afwijkende nationale bewijsregel zou bestaan, dient deze om opzij gezet te worden via het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming de uitoefening van het Europese mededingingsrecht uiterst moeilijk te maken (het beginsel van doeltreffendheid). Hierover kan getwist worden: is het echt zo dat de handhaving van het EG-recht uiterst moeilijk wordt gemaakt als het bewijsvermoeden *niet* wordt gehanteerd? En hoe erg is dat als er geen sprake is van een duidelijk ‘hard’ kartel?<sup>326</sup> Complicerende factor hierbij is dat het weinig duidelijk is wat precies zou moeten worden bewezen om een causaal verband aan te kunnen nemen, en wat nodig is om het tegenbewijs te doen slagen.

Als alternatieve mogelijkheid presenteert het CBb dat het ook mogelijk is dat ‘het bewijsvermoeden zoals is geformuleerd in het arrest Anic, besloten ligt in het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging zoals dat in artikel 81, eerste lid, EG wordt gehanteerd. Deze laatstgenoemde benadering zou meebrengen dat ook nationale autoriteiten en nationale rechters dienen uit te gaan van dit bewijsvermoeden.’ Het laten opgaan van de bewijsregel in het materiële begrip o.a.f.g is conceptueel simpeler dan een oplossing langs de lijn van effectieve rechtsbescherming (en eenvoud heeft een eigen charme), en heeft als voordeel dat, vanwege de wettelijke aansluiting in het begrip o.a.f.g., het probleem van twee sets van procedurele normen zelfs als theoretische mogelijkheid niet ontstaat. Tegelijkertijd heeft een dergelijke interpretatie wellicht ongewenste gevolgen die verder kunnen reiken dan alleen het mededin-

---

326 De A-G beantwoordt deze vragen door te stellen dat het bewijsvermoeden op grond van het doeltreffendheidsbeginsel inderdaad ook geldt voor de nationale rechter; zie conclusie van de A-G in zaak C-08/8, *Mobiele Operators*, van 19 februari 2009.

gingsrecht. Hier wordt een dusdanig innige relatie verondersteld tussen het materiële recht en de bijbehorende bewijsregel, dat deze niet meer los zijn te zien van elkaar. Daar zijn in dit geval ook goede argumenten voor (al noemt het CBb die niet), omdat het hier een bewijsvermoeden betreft dat de materiële inhoud van het begrip betreft.<sup>327</sup> Maar een innige verbinding tussen bewijsregel en het materiële Europeesrechtelijke concept kan ook een (verder) verlies aan nationale autonomie opleveren. Bewijsregels worden regels van materieel recht, in plaats van procesrecht, zodat de (zij het in omvang sowieso betwiste) procedurele autonomie verder slinkt door de wettelijke materiële convergentie. De vraag is of dat in het algemeen een wenselijke ontwikkeling is.

De derde mogelijkheid, de spontane aansluiting van het nationale bewijsrecht bij de Europeesrechtelijke bewijsregel (zoals door de rechtbank in zowel Fietsenkartel als Mobile Operators toegepast), laat het CBb buiten beschouwing, wat logisch is: als het deze had gekozen, waren prejudiciële vragen niet nodig geweest. Spontane aansluiting ligt minder voor de hand als er een nationale regel van bewijsrecht zou gelden dat een bewijsvermoeden van causaal verband uitsluit, wat, zoals gezegd, de vraag is. Maar zelfs in een situatie van tegenstrijdig algemeen nationaal bestuursrecht is spontane aansluiting via parallelisme voor het mededingingsrecht niet onmogelijk, en bovendien niet zonder voorbeelden (vergelijk hoofdstuk 8, par. 3). De mogelijke strijdigheid met artikel 6 EVRM blijft echter ook hier wel een probleem.

#### 4.2.5 *Bewijzen van merkbaarheid*

Een beperking moet een merkbare beperking zijn; bij een niet-merkbare beperking is het verbod niet van toepassing. Er is geen sprake van een uitzondering, maar van een constitutief vereiste, oorspronkelijk door het Hof geformuleerd, voor het aannemen van een beperking.<sup>328</sup>

##### *– Bewijslast bij doelbeperkingen*

Zoals eerder opgemerkt, dient ook van doelbeperkingen de merkbaarheid te worden vastgesteld. Anders dan een constitutief vereiste zou doen vermoeden, stelt de rechtbank over de bewijslastverdeling dat 'jurisprudentie die de bewijslast terzake onvoorwaardelijk en expliciet (alleen) bij de NMa legt, (...) niet aanwijsbaar [is]'.<sup>329</sup> Dat is opvallend: de algemene bewijslastverdeling houdt immers in dat het aan de toezichthouder is om aan te tonen dat is voldaan aan de elementen van de verbodsbepaling. Een reden om een andere bewijslastverdeling aan te nemen, kan er wel zijn, bijvoorbeeld in het conceptuele probleem van het aantonen van merkbaarheid van een doelbeperking,<sup>330</sup> maar wordt door de rechtbank niet aangevoerd. In hoger

---

327 In tegenstelling tot ander typen bewijsvermoedens, die minder verbonden zijn aan het materiële verbod, vgl. Brants 2008.

328 CBb 26 mei 2004, Vodafone Libertel.

329 Rechtbank 13 februari 2004, Secon.

330 Odudu 2001 a, p. 62 oppert dat de merkbaarheidseis bij doelbeperkingen als omkering van bewijslast werkt.

beroep lijkt de algemene regel van bewijslastverdeling dan ook wel te worden bevestigd; merkbaarheid dient ook bij doelbeperkingen (bij effectbeperkingen is dit geen punt van discussie) *door de NMa* te worden aangetoond.<sup>331</sup>

– *Martkaandelen*

Bij de bewijsvoering van merkbaarheid blijkt de waarde van marktaandelen zeer groot. Marktaandelen zijn samengestelde feiten, gebaseerd op primaire feiten en daarop toegepaste economische theorie over de afbakening van de markt (zie hoofdstuk 4, par. 2.4). De rol van *marktaandeeldrempels*, zoals genoemd als ‘veilige haven’ in beleidsinstrumenten van de Commissie, is bij het kunnen aantonen van niet-merkbaarheid in het nationale recht onduidelijk (zie ook par. 6). De De Minimis-bekendmaking van de Commissie bevat dergelijke marktaandeeldrempels. Onder de drempel wordt een bewijsvermoeden gehanteerd dat geen sprake is van een merkbare beperking. Omgekeerd is er echter geen vermoeden dat er boven de drempels sprake is van een merkbare beperking.<sup>332</sup> Het Hof heeft ten aanzien van de bekendmaking een zekere zelfbinding voor de Commissie aangenomen en de Commissie stelt dat de drempels weliswaar voor nationale autoriteiten niet bindend zijn, maar wel als ‘leidraad’ zijn bedoeld.<sup>333</sup> Marktaandelen onder de drempels zijn in de nationale uitspraken nog niet aan de orde geweest. Het uitgangspunt dat in ieder geval boven die drempels geen bewijsvermoeden geldt, lijkt wel ook in nationale uitspraken te worden onderschreven. Niettemin blijkt dat grote marktaandelen, die overigens op basis van een vrij beperkt marktonderzoek worden vastgesteld, in ieder geval bij doelbeperkingen als *voldoende* bewijs gelden om de merkbaarheid van een beperking aan te nemen.

– *Onderzoeksplicht*

In nationale uitspraken wordt de standaardoverweging over merkbaarheid uit Secon steeds herhaald.<sup>334</sup> ‘rekening [moet] worden gehouden met de concrete situatie waarin de overeenkomst effect sorteert, en in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert’.<sup>335</sup> Daarbij lijkt een behoorlijk zware onderzoeksplicht op de NMa te worden gelegd, hoewel over de reikwijdte van de verschillende te toetsen elementen van mening wordt verschild.<sup>336</sup> In de praktijk blijkt dat een volledige Secon-analyse echter niet daadwerkelijk is vereist. De uitzondering op die regel is te vinden in de Secon-uitspraak zelf.

---

331 CBb 7 december 2005, Secon.

332 Zie punt 2 van de De Minimis-bekendmaking.

333 Zie punt 4 van de De Minimis-bekendmaking.

334 Zie bijv. rechtbank 28 februari 2006, Bovag; 22 mei 2006, AUV; 22 mei 2006, Aesculaap; en 24 juli 2007, Erdo.

335 CBb 7 december 2005, Secon.

336 Vgl. Loozen 2006.

Het CBb stelt, ook al onderschrijft zij het standpunt dat sprake is van een doelbeperking, dat het onderzoek naar merkbaarheid onder de maat is vanwege een gebrek aan marktafbakening. Daarmee heeft de NMa niet ‘in aanmerking genomen de concrete situatie waarin de overeenkomst effect sorteert’.<sup>337</sup>

Voor het overige wordt in uitspraken niet vaak gesteund op een uitgebreide inhoudelijke economische en juridische analyse. Met name wordt het bewijs vaak geleverd door marktaandelen en andere kwantitatieve elementen die worden gepresenteerd als feiten die geen nader bewijs vragen en zonder diepgaand onderzoek worden vastgesteld: dat sprake is van complexe feiten, blijkt niet.<sup>338</sup> In deze uitspraken is vrijwel steeds sprake van doelbeperkingen en relatief gemakkelijk vast te stellen marktaandelen. Marktaandelen zijn echter maar een onderdeel van de door de Secon-overweging bestreken elementen. De onderzoeksverplichting lijkt in de *praktijk* in ieder geval bij doelbeperkingen derhalve lager te liggen dan Secon doet vermoeden.

Dit blijkt bijvoorbeeld uit Fietsenkartel, waarin wordt vastgesteld dat ‘in het onderhavige geval *zonder nader onderzoek* ervan uit [kon worden] gegaan dat voldaan is aan het merkbaarheidsvereiste, daar *zonder meer* duidelijk is dat er geen sprake is van een zwakke positie (...) op de markt. Het gaat om de groter(re) fietsenfabrikanten op de fietsenmarkt’.<sup>339</sup> Ook in AUV wordt gesteld dat marktafbakening niet nodig is.<sup>340</sup> In Bovag kan vanwege het ‘grote aandeel rijwielhandelaren dat is aangesloten (...) *zonder nader onderzoek*’ van merkbaarheid worden uitgegaan.<sup>341</sup> Ook in Erdo is het bewijs geleverd, doordat ‘de afspraken telkens tussen *alle* ondernemingen die zijn uitgenodigd voor de aanbesteding zijn gemaakt, [waaruit] volgt dat er *per definitie* sprake is van een merkbare mededingingsbeperking’.<sup>342</sup> Dit beeld wordt bevestigd door de uitspraken in Garnalen: merkbaarheid wordt aangenomen ‘*zonder nader onderzoek*’, nu van een ‘zwakke positie geen sprake is’.<sup>343</sup>

Tegenbewijs is mogelijk. Maar de rechtbank laat in AUV een door partijen ingediend economisch rapport van het onderzoeksbureau EIM onbesproken, nu ‘gezien de grote marktaandelen’ bespreking daarvan niet nodig is. Daarmee wordt de lage onderzoeksplicht bevestigd en de lat voor tegenbewijs hoog gelegd.

#### – *Kwantitatieve en kwalitatieve merkbaarheid*

Het is de vraag of de door de nationale rechters aangelegde eisen aan het bewijs – een lage bewijsmaatstaf – afwijkend is van de bewijsmaatstaf in het EG-recht en of het erg is dat de bewijsmaatstaf in de praktijk vrij laag ligt. Ook in EG-jurisprudentie wordt als sprake is van hoge marktaandelen, bij een doelbeperking al snel een merkbare beperking aangenomen. Toch blijft in vergelijking met deze jurisprudentie een aantal aspecten in nationale uitspraken onderbelicht. Zo is een belangrijk

---

337 CBb 7 december 2005, Secon.

338 Maar zie voor een uitzondering rechtbank 23 oktober 2001, COV.

339 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel (cursief AG).

340 Rechtbank 22 mei 2006, AUV (cursief AG); zie ook rechtbank 22 mei 2006, Aesculaap.

341 Rechtbank 28 februari 2006, Bovag (cursief AG).

342 Rechtbank 24 juli 2007, Erdo (cursief AG).

343 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen (cursief AG).

conceptueel probleem dat bij doelbeperkingen de concrete gevolgen voor de mededinging op de markt niet hoeven te worden aangetoond; daardoor kan de vraag worden gesteld waarom in het kader van het merkbaarheidsonderzoek het concrete gevolg op de markt wél zou moeten worden onderzocht, zoals uit jurisprudentie van het Hof lijkt te volgen (en in Secon wordt genoemd).<sup>344</sup> De jurisprudentie lijkt met zichzelf in tegenspraak. Om uit dit schijnbare conflict te geraken, zou het merkbaarheidsonderzoek (bij een doelbeperking) iets anders moeten betekenen dan het aantonen van een concreet effect op de markt, dat immers bij een doelbeperking niet nodig is. Daartoe zijn verschillende mogelijkheden: een betekenis van de merkbaarheidsregel als bewijslastomkeringsregel, waardoor bij een doelbeperking een bewijssvermoeden van merkbaarheid geldt,<sup>345</sup> of een betekenis die is beperkt tot het interstatelijk effect.<sup>346</sup> De laatste interpretatie van de merkbaarheidsregels bij doelbeperkingen, die mij overigens te verstrekkend voorkomt, zou betekenen dat hij op nationaal niveau een loos begrip is. Alle nationale uitspraken over dit punt zouden onnodig zijn. Merkbaarheid bij doelbeperkingen zien als bewijslastomkeringsregel wordt door het CBB, zoals hiervoor bleek, afgewezen. Een andere mogelijke oplossing van het probleem kan wellicht worden gevonden in het onderscheid tussen *kwalitatieve* en *kwantitatieve* merkbaarheid.<sup>347</sup> Daarbij wordt bij kwalitatieve merkbaarheid gelet op het type clause dat aan de orde is, en bij kwantitatieve merkbaarheid gelet op marktmacht. Hoewel de jurisprudentie van het Hof zou kunnen worden geïnterpreteerd als uiting gevend aan dit onderscheid, is dat niet onomstreden. De Secon-uitspraak lijkt beide elementen in de onderzoeksplicht te omvatten.<sup>348</sup> Een onderscheid tussen kwantitatieve en kwalitatieve merkbaarheid zou een uitweg kunnen betekenen uit het conceptueel lastige probleem van merkbaarheid bij doelbeperkingen, althans op een abstract niveau. Gekoppeld aan de op de NMa rustende bewijslast zou dit betekenen dat over het algemeen door de NMa *zowel* de kwantitatieve merkbaarheid dient te worden aangetoond, *als* de kwalitatieve merkbaarheid, en dus dat als een van beide niet aannemelijk wordt gemaakt, er geen sprake is van een merkbare beperking en de overeenkomst moet worden toegestaan. Voor doelbeperkingen kan gesteld worden dat kwalitatieve merkbaarheid inherent is: de aard van de beperking is daarvoor voldoende. Bij doelbeperkingen hoeft dan slechts de kwantitatieve merkbaarheid, in de zin van een verwaarloosbare positie op de markt, nog te worden onderzocht. Dit lijkt logisch; een naar zijn aard serieuze inbreuk kan slechts worden genegeerd bij een verwaarloosbare impact.

Deze benadering levert een aantal problemen op. Zo is er, opnieuw op een vrij abstract niveau, de conceptuele problematiek van het ‘naar zijn aard’ beperkend zijn

---

344 Zie zaak 5/69, Völk.

345 Zie Odudu 2001 a, p. 62; De Pree 1999.

346 In die zin dat merkbaarheid alleen slaat op het vereiste van beïnvloeding van interstatelijke handel, en niet op de mededingingsbeperking, zie Odudu 2001 a, p. 62. Odudu voegt nog een derde mogelijkheid toe, die ligt in het verlengde van zijn stellingen over de bewijskracht van de subjectieve bedoeling van partijen, namelijk dat ‘it may be that parties must subjectively intend to appreciably restrict competition’.

347 Zie o.a. Mortelmans & Loozen 1999.

348 Zie Loozen 2006.

van een doelbeperking (zie par. 2.1.2). Ook is onduidelijk of deze benadering op een concreet niveau kan worden afgeleid uit de EG-rechtelijke jurisprudentie, of het CBB in Secon inderdaad aan dit onderscheid uiting heeft willen geven, wat dit betekent voor de bewijslastverdeling, en of de praktijk bij de rechtbank met de theorie is te rijmen. In uitspraken van de rechtbank is de merkbaarheid (vrijwel) steeds alleen maar op kwantitatieve elementen gebaseerd. Als de standaardoverweging uit Secon zo moet worden opgevat dat de bewijslast voor beide elementen op de NMa rust, dan heeft de rechtbank ten onrechte de toetsing van de kwalitatieve merkbaarheid achterwege gelaten – de onderzoeksverplichting die op de NMa rust, is dan zeker te licht – tenzij merkbaarheid bij een doelbeperking als een bewijslastverdelingsregel moet worden aangemerkt. Als uit de EG-rechtelijke jurisprudentie immers inderdaad volgt dat de kwalitatieve merkbaarheid bij een doelbeperking steeds aanwezig is, wordt merkbaarheid voor dit kwalitatieve deel een bewijslastverdelingsregel, en zijn de rechtbankuitspraken over doelbeperkingen daarmee niet in strijd. De bewijslastverdelingsregel kan echter twee dingen betekenen: dat kwalitatieve merkbaarheid bij doelbeperkingen wordt *vermoed*, zodat tegenbewijs mogelijk is, of dat kwalitatieve merkbaarheid wordt *verondersteld* omdat zij inherent is aan de doelbeperking; tegenbewijs is dan niet mogelijk. Op deze wijze zou er geen tegenstelling zijn tussen de praktijk bij de rechtbank, en de uit het EG-recht eventueel af te leiden ‘regel’, maar ontstaat wel een discrepantie tussen deze beide en de als kwalitatief aan te merken onderdelen van het Secon-onderzoek, die immers ook bij doelbeperkingen de bewijslast voor de kwalitatieve merkbaarheid bij de NMa legt.<sup>349</sup>

– *Onderzoek naar merkbaarheid en onderzoek naar beperking*

De genoemde conceptuele problematiek kan worden omzeild door de onderzoeksverplichting te laten afhangen van de omstandigheden van het geval. Dat is een benadering die in de concrete toetsing door de rechter voor de hand ligt. De Secon-onderzoekspllicht kan als uitgangspunt dienen voor het meest uitgebreide onderzoek, dat echter in lang niet alle gevallen daadwerkelijk nodig is. Als sprake is van marktmacht, kan in ieder geval bij doelbeperkingen merkbaarheid gemakkelijk worden aangenomen, omdat in de ernst van de overtreding de kwalitatieve merkbaarheid is verscholen. In sommige gevallen kan het ook bij een doelbeperking nodig zijn alsnog enig onderzoek naar merkbaarheid te doen, terwijl dat voor het vaststellen van de doelbeperking zelf niet noodzakelijk was. Bij niet-doelbeperkingen, beperkingen waarvan de daadwerkelijke gevolgen moeten worden vastgesteld om de inbreuk vast te kunnen stellen, kan het onderzoek naar merkbaarheid geheel opgaan in het onderzoek naar de daadwerkelijke gevolgen van de beperking. Als zowel de Secon-uitspraak en de daaropvolgende uitspraken van de rechtbank aldus worden opgevat, is van een afwijking van het EG-recht van noch het een, noch het ander sprake.

De op de NMa rustende onderzoeksplichten die betrekking hebben op de beperking en op de merkbaarheid, zijn derhalve van elkaar te onderscheiden. Maar het is een *gradueel* verschil; het komt er op neer dat de NMa *steeds* een economisch getint

---

349 Vgl. Loozen 2006, p. 91.

onderzoek moet doen, zowel bij doelbeperkingen als bij effectbeperkingen (en bij de vraag of sprake is van een overeenkomst of o.a.f.g. kan dat eveneens nodig zijn). Het merkbaarheidsonderzoek lijkt steeds meer op te gaan in onderzoek naar de mededingingsbeperking, ook in EG-jurisprudentie, met name als sprake is van een onderzoek naar de concrete effecten van een overeenkomst.<sup>350</sup> Vooral nog lijkt het conceptuele verschil tussen mededingingsbeperking en merkbaarheid daarvan echter nog te blijven bestaan; dat komt tot uiting in een verschil in diepgang van het onderzoek dat nodig is een inbreuk te bewijzen. Bij een doelbeperking is een diepgaand onderzoek over het algemeen niet nodig en zal voor merkbaarheid een grofmazig onderzoek naar de markt voldoende zijn,<sup>351</sup> kwalitatieve merkbaarheid is wellicht gegeven. Als geen sprake is van een doelbeperking, dient *altijd* een economisch onderzoek naar de daadwerkelijke gevolgen plaats te vinden: dit omvat markt-afbakening (die in diepgang en precisie meer vereist dan de grofmazige marktafbakening om kwantitatieve merkbaarheid van een doelbeperking vast te stellen), en counterfeitelijk onderzoek. Bij een effectbeperking dient naast de kwantitatieve ook de kwalitatieve merkbaarheid te worden onderzocht. Het beeld van een glijdende schaal kan worden gehanteerd: een scherpe scheidslijn tussen de onderdelen valt door economisering steeds meer weg.

#### 4.2.6 *Bewijsrechtelijke aspecten van de uitzonderingen*

De rechtstreeks werkende uitzondering van artikel 6 Mw is in uitspraken van de mededingingsbestuursrechter nog maar een enkele keer aan de orde geweest.<sup>352</sup> Er zijn wel uitspraken over de oude ontheffingsmogelijkheid, die relevant kunnen zijn voor het bewijsrecht bij artikel 6, lid 3 Mw. Verder zijn in de uitspraken verschillende Europese vrijstellingen aan de orde gekomen. In het algemeen geldt dat wie zich op een uitzondering beroept, de daartoe relevante feiten zal moeten bewijzen (zie hoofdstuk 4, par. 2.5). Dit wordt bevestigd in uitspraken van de nationale rechter ten aanzien van ontheffingen; degene die een ontheffing verzoekt, dient zijn stellingen te onderbouwen (zodat de NMa het onderzoek daartoe kan verrichten).<sup>353</sup> Voor de verlening van een ontheffing ligt de bewijslast dat aan de eisen is voldaan, op de NMa.<sup>354</sup> Voor de rechtstreeks werkende uitzondering geldt eveneens dat het op de weg ligt van de onderneming die zich hierop beroept om de elementen aan te tonen.<sup>355</sup> Deze bewijslastverdeling is in overeenstemming met de bewijslastverdeling onder artikel 81, lid 3 EG.<sup>356</sup>

---

350 Zie ook zaak T-168/01, GSK.

351 Vgl. Loozen 2006, p. 92.

352 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

353 Rechtbank 16 mei 2001, KNMD; rechtbank 26 september 2001, IPAS (SIMN I); voorzieningenrechter van de rechtbank, 12 oktober 2001, VBBS II; rechtbank 23 oktober 2001, COV; rechtbank 4 december 2001, SSV; rechtbank 17 augustus 2004, Modint; rechtbank 17 augustus 2004, VNTC.

354 Rechtbank 26 september 2001, IPAS (SIMN I).

355 TK II, 2003-2004, 29 276, nr. 8, p. 8.

356 Zie Nicolaidis 2005, p. 134.



Zo overweegt de rechtbank in Gornalen: ‘op de PO’s en handelaren rust de *plicht aan te tonen* dat de afspraken die tijdens dit overleg zijn gemaakt, voldoen aan de criteria van [de uitzondering].’<sup>357</sup>

– *Bewijsomvang*

Met welke bewijsmiddelen, *hoe*, de onderneming moet aantonen dat aan de vier voorwaarden van de uitzondering is voldaan, is vooralsnog ook op EG-niveau onduidelijk. Uit de richtsnoeren van artikel 81, lid 3 EG van de Commissie kan worden afgeleid dat het met name zal gaan om economisch bewijs. Op nationaal niveau kan het aansluiten bij een eerder door de Commissie verleende ontheffing zinnig zijn; als de feitelijke constellatie vergelijkbaar is, hoeft het daadwerkelijk voldoen aan de voorwaarden niet verder te worden onderbouwd; dit lijkt althans te gelden voor de NMa bij afwijzing van een ontheffingsverzoek (zie par. 3.4).<sup>358</sup> *Wat* de onderneming precies moet aantonen, de bewijsomvang, is evenmin helder. Het gaat natuurlijk om het bewijs van de vier cumulatieve criteria, maar deze fungeerden voorheen als een soort zeefmechanisme; al bij het niet voldoen aan een van de voorwaarden kon geen ontheffing worden verleend. Nu dient het bewijs opgebouwd te worden tot een bouwwerk dat vier verdiepingen bevat, wat een andere beoordelingstechniek vergt. Het lijkt er op dat de rol van het doorgeven van de voordelen aan de consumenten onder het nieuwe regime is versterkt.<sup>359</sup> Maar het is niet duidelijk welke voordelen wel of niet in aanmerking mogen worden genomen.<sup>360</sup> De verhouding tussen het eerste lid, waar efficiënties een rol kunnen spelen, en de weging onder het derde lid is niet duidelijk (vergelijk par. 2.1.2). Op nationaal niveau komt daar de vraag bij of dezelfde belangen op dezelfde wijze moet worden gewogen als op EG-niveau. Dit geldt bijvoorbeeld voor de rol van niet-economische belangen, die volgens de Commissierichtsnoeren alleen een rol kunnen spelen als zij in economische termen kunnen worden vertaald (waarmee de Commissie haar eigen beschikkingenpraktijk lijkt te hebben verengd). De vraag is of de NMa hetzelfde moet doen of dat de NMa ook andere belangen zou kunnen laten meespelen, op een andere manier dan de Commissie nu stelt te gaan doen, maar in overeenstemming met de ‘oude’ jurisprudentie van het Hof.<sup>361</sup>

#### 4.2.7 *Onrechtmatig bewijs*

Zoals in hoofdstuk 4 (par. 2.4) is genoemd, kent ook het bestuursrecht de mogelijkheid dat de rechter bewijs niet toelaat omdat het onrechtmatig is verkregen. Belangrijke reden voor uitsluiting zou kunnen zijn dat is gehandeld in strijd met de rechten van verdediging (zie ook par. 5.4). De bescherming van die rechten stelt grenzen aan bewijsvergaring, waardoor de bewijsvoering tekort kan schieten. Dat blijkt bijvoor-

---

357 Rechtbank 19 juli 2006, Gornalen.

358 Rechtbank 4 december 2001, SSV.

359 Vgl. Nicolaïdes 2005, p. 135-137; conclusie A-G Trstenjak in zaak C-209/07, Beef Industry, ov. 56.

360 Vgl. Nazzini 2006 a, p. 158. Dit kan overigens problematisch zijn in het licht van het vereiste dat (in bezwaar) duidelijk moet zijn wat moet worden bewezen door een aanvrager, zie ABRvS 19 augustus 1999, AB 1999/403, m.nt. MSV, en ook hoofdstuk 4, par. 2.1.

361 Vgl. Kalbfleisch 2008; Van der Meulen 2000 b.

beeld in *Mobiele Operators*, waar een van de vertegenwoordigers zich beroept op zijn zwijgrecht: dit mag, zo stelt de rechtbank, niet worden uitgelegd ten nadele van de onderneming, waardoor het bewijs van aanwezigheid bij de afstemmingsbijeenkomst niet geleverd wordt.<sup>362</sup>

In mededingingsrechtelijke procedures wordt op het uitsluiten van onrechtmatig bewijs ook een beroep gedaan. Vooralsnog heeft dat echter niet geleid tot uitsluiting, omdat de rechter steeds van mening was dat geen sprake was van (ongeoorloofde) *fishing expeditions*.<sup>363</sup> De reikwijdte van het leerstuk van de *fruits of the poisonous tree* is in mededingingsrechtelijke zaken dan ook nog niet aan de orde gekomen. Wel is het leerstuk aan de orde geweest in het ‘financieel toezicht’, dat eveneens als exclusieve competentie bij de rechtbank Rotterdam, met in hoger beroep het CBb, is ondergebracht. De rechtbank past de fiscale jurisprudentie van de Hoge Raad toe, waarbij kort gezegd via de waarborgen van artikel 6 EVRM bij onrechtmatigheid tot uitsluiting kan worden overgegaan.<sup>364</sup> Deze uitspraak kan een indicatie zijn voor het mededingingsrecht, maar enige voorzichtigheid is wel geboden, aangezien de situatie verschilt. Zo is in het financieel toezicht sprake van bewijsvergaring door een strafrechtelijk vormgegeven opsporingsdienst,<sup>365</sup> en geldt in mindere mate dat de materiële regels zijn geïnspireerd door Europese regels, waardoor het bewijsrecht wellicht autonoomer is dan in het mededingingsrecht. Ondanks deze verschillen lijkt het voor de hand te liggen dat de rechtbank Rotterdam ook in het mededingingsrecht aansluiting zal zoeken bij de waarborgen van het EVRM, en de lijn van de Hoge Raad zal toepassen. Zoals eerder aangegeven is de verhouding tussen EVRM-bescherming en EG-bescherming complex (zie hoofdstuk 1, par. 5.4; hoofdstuk 4, par. 4.1). Aangezien het Hof van Justitie voor de uitleg van onrechtmatigheid van bewijs echter eveneens expliciet aansluiting zoekt bij de EVRM-interpretatie, in ieder geval als het gaat om uitvoering van Europese richtlijnen op decentraal niveau,<sup>366</sup> is het niet waarschijnlijk dat de nationale rechter zich hier voor een uiteenlopende bescherming ziet komen te staan (vergelijk ook par. 5.4).

#### 4.2.8 Bewijswaarde van enkele bewijsmiddelen

##### – Getuigenverklaringen

Het gebruik van mondelinge verklaringen (van niet-deskundigen) als onderdeel van het dossier van de NMa wordt wel als enigszins verontrustend gezien,<sup>367</sup> maar is niet

---

362 Rechtbank 13 juli 2006, *Mobiele Operators*, gebaseerd op jurisprudentie van het EHRM. Zie van het EHRM over *nemo tenetur* bijvoorbeeld EHRM 25 februari 1993, Funke, NJ 1993/485, m.nt. Kan; EHRM 17 december 1996, Saunders, NJ 1997, 699, m.nt. Kan; EHRM 3 mei 2001, J.B., NJ 2003/354, m.nt. Sch.

363 Zie rechtbank 18 juli 2007, *Fietsenkartel*.

364 Rechtbank Rotterdam 21 november 2005, AB 2006/47 m.nt. OJ; zie ook Dekker 2006, en de hiervoor genoemde EHRM-jurisprudentie.

365 Zie Dekker 2006.

366 Zie zaak C-276/01, Steffensen, waarbij ook het Hof aansluit bij het EHRM-arrest van 18 maart 1997, Mantovanelli.

367 Slotboom & Coumans 2002.

afwijkend van het gebruik van verklaringen in het EG-recht (wat niet per se betekent dat het dus niet verontrustend zou zijn). In geen van de nationale zaken – evenmin als in het EG-recht<sup>368</sup> – is sprake van bewijsvoering die *alleen maar* op grond van verklaringen tot stand komt.<sup>369</sup> Niet elke verklaring is even sterk (vgl. hoofdstuk 4, par. 2.4), maar ook verklaringen, afgegeven in het kader van clementieverzoeken, worden geacht bewijswaarde te hebben; zij moeten in het geheel aan bewijsmiddelen worden gezien.<sup>370</sup> Dat geldt volgens de rechtbank ook voor verklaringen afgelegd in een ‘ongedwongen sfeer’, ‘rekening houdend met verschillen door het onderscheid in persoonlijke beleving of door het vervagen van de herinnering geven de verklaringen een redelijk consistent beeld. De verklaringen verliezen niet hun waarde doordat ze zijn afgelegd in een ongedwongen sfeer zonder juridische bijstand’.<sup>371</sup> De rechtbank heeft de algemene wijze van het afnemen van verklaringen bovendien geaccordeerd.<sup>372</sup>

De bestuursrechter heeft de bevoegdheid om ter zitting getuigen te (laten) ondervragen. Zoals opgemerkt in hoofdstuk 4, wordt de waarde van verklaringen ter zitting hoger aangeschreven. Dit zou zowel gelden voor getuigen-leken, meestal vertegenwoordigers van ondernemingen, als voor getuigendeskundigen, bijvoorbeeld deskundigen die door de NMa of de onderneming zijn aangetrokken. Men zou hier ook de vraag kunnen stellen of de waarborgen van artikel 6 EVRM niet zouden moeten leiden tot het *steeds* toekennen van het recht om getuigen van de wederpartij te ondervragen, in ieder geval daar waar sancties kunnen worden opgelegd.<sup>373</sup> Maar in de Nederlandse context ontbreekt een cultuur van ‘oral testimony’, en ook het zittingsgericht werken verdraagt zich slecht met het ondervragen van getuigen door de rechtbank of door wederpartijen. Ondervraging van getuigen komt op nationaal niveau, net als op EG-niveau overigens, dan ook zelden voor, terwijl dergelijke bevraging de bewijskracht kan verhelderen of versterken en aan bezwaren tegen mondelinge verklaringen tegemoet kan komen. Het ontbreken van een dergelijke bevraging betekent dat de bewijskracht van mondelinge verklaringen die deel uitmaken van het dossier, met enig gezond wantrouwen moet worden gezien, die van het NMa-dossier niet minder dan die afkomstig van een ondernemingsdossier. De algemeen wel gesignaleerde houding bij Nederlandse bestuursrechters van een zekere welwillendheid ten opzichte van het bestuursorgaan (vergelijk hoofdstuk 4, par. 2.1), waaruit wellicht een voorkeur van de rechters voor overheidsmacht boven private macht blijkt (vergelijk par. 2.1.2), dient de rechter in dit licht dan ook los te laten.

---

368 Maar ‘verklaringen die ingaan tegen de belangen van degene die ze heeft afgelegd [moeten] in beginsel als bijzonder betrouwbare bewijselementen worden beschouwd’, zie gev. zaken T-109/02 e.a., Bolloré, ov 167.

369 Conform gev. zaken T-109/02 e.a., Bolloré, ov.166.

370 Gev. zaken T-109/02 e.a., Bolloré, ov. 256-257.

371 Rechtbank 24 juni 2005, Pompstations.

372 Zie rechtbank 24 juni 2005, Pompstations.

373 Zie hoofdstuk 4, par. 2.4 en vgl. De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 67-69; en zie ook Ameye 2004.

– *Economisch deskundigen*

Voorzover ik heb kunnen nagaan, heeft de nationale rechter geen gebruik gemaakt van de bevoegdheid om (partijneutrale) deskundigen te benoemen om hem bij te staan in het beoordelen van economisch bewijs.<sup>374</sup> Dat is minder verrassend als wordt bedacht dat complexe economische beoordelingsvraagstukken in kartelzaken vooralsnog vrij weinig voorkomen bij de rechter, wat weer wél een opvallende conclusie is. Of de reden daarvoor mede gelegen is in het met enige argwaan benaderen van economie, – als de rechter het probleem juridisch kan oplossen, waarom is economisch bewijs dan nog nodig – is gissen (vergelijk hoofdstuk 4, par. 2.4), maar een aanwijzing daartoe is te vinden in het wel erg gemakkelijk terzijde schuiven van een partijrapport in AUV over de merkbaarheid van de gedragingen.<sup>375</sup> Economische partijdeskundigen zijn derhalve evenmin gehoord; de vragen omtrent hun rol (gesteld in hoofdstuk 4, par. 2.4) blijven vooralsnog onbeantwoord.

4.2.9 *Bewijsgebrek*

Zoals in hoofdstuk 4 (par. 2.7) is genoemd, is er een duidelijke samenhang tussen onderzoeksplicht en bewijsvoeringslast. Het verschil tussen beide komt echter duidelijk naar voren bij het *in gebreke* blijven van bewijs bij de rechter: ondanks voldoende onderzoek kan de bewijsvoering tekort schieten. Het bewijsgebrek betekent dat het besluit niet in stand kan blijven. In zo'n geval lijkt de rechtbank zelf de boete opnieuw vast te stellen. In Fietsenkartel wordt de boete bijvoorbeeld verlaagd omdat voor een bepaald onderdeel de afstemming niet is bewezen.<sup>376</sup> Daarvan moet worden onderscheiden dat een gebrek in bewijsvoering kan worden geconstateerd als gevolg van het tekortschieten van het onderzoek. Dan wordt de boete niet door de rechter verlaagd, maar kan de zaak naar de NMa worden terugverwezen voor nader onderzoek. Dit is bijvoorbeeld het geval in NIP, waarin de rechtbank vaststelt dat onvoldoende onderzoek is gedaan naar de strekking van de beperking en het CBb dat opnieuw doet in het in hoger beroep meegenomen tweede besluit op bezwaar, en ook het geval in Bovag, waarin onvoldoende onderzoek naar het effect van de beperking is gedaan.<sup>377</sup> Daarbij krijgt de NMa een tweede of zelfs derde kans.

---

374 Op EG-niveau is er wel een precedent: zo benoemde het Hof in Houtslip deskundigen om te beoordelen of het parallelle gedrag verklaard kon worden uit andere factoren dan door afstemming alleen.

375 Rechtbank 22 mei 2006, AUV. Zie voor een vergelijkbaar voorbeeld van het juridisch oplossen van een economisch probleem ook hoofdstuk 7, par. 4.3.

376 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel. Een boete kan ook worden verlaagd vanwege overtreding van procedurele waarborgen, zoals de redelijke termijn of procedurele waarborgen bij de bewijsvoering, zonder dat sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs dat dient te worden uitgesloten. Ook in dat geval stelt de rechtbank zelf de boete vast. De verlaging is dan niet het gevolg van een bewijsgebrek.

377 Rechtbank 17 juli 2006, NIP; rechtbank 28 februari 2006, Bovag.

### 4.3 Slotopmerking over convergentie in bewijsrecht

In de conclusie aan het eind van dit hoofdstuk worden overkoepelende tendensen in materiële convergentie, convergentie in het bewijsrecht en in de toetsing samen gezien. Of kan worden gesproken van convergentie tussen het nationale bewijsrecht en het EG-bewijsrecht in kartelzaken, kan op verschillende manieren worden gezien: de nationale rechter lijkt hetzelfde type oplossingen te vinden als de EG-rechter en laat zich daarbij soms duidelijk inspireren door het Hof. Maar soms ook niet. Vooral in die laatste gevallen van impliciete convergentie hoeft de gelijke omgang met vragen van bewijs, de gelijke ‘uitkomst’, niet het gevolg te zijn van materiële convergentie, maar kan ook alternatief verklaard worden (vergelijk hoofdstuk 3, par. 4.4). De stelsels van mededingingsrechtelijke handhaving en van administratiefrechtelijke toetsing zijn gelijksoortig, algemene bewijsregels zijn gegrond in menselijke ervaring, redelijkheid, en gezond verstand – en ik ga ervan uit dat de Europese mens niet daadwerkelijk verschilt van de Nederlandse mens – en beide systemen worden beïnvloed door het EVRM. Voor enkele specifieke bewijsregels is het duidelijk dat de nationale rechter wel aansluit bij Europese bewijsregels: hier is sprake van rechterlijke convergentie. Deze lijkt zich vooral voor te doen bij meer ‘materiële’ bewijsregels: waar de bewijsregel dicht tegen het materiële recht aanligt, wordt zij geïncorporeerd. Anderzijds is het voor een aantal van dergelijke materiële bewijsregels, zoals veilige havens en ander bewijsvermoedens, niet duidelijk of en hoe deze doorwerken op nationaal niveau. Over het bewijsvermoeden van *causaal verband* bij o.a.f.g.’s dat uit EG-jurisprudentie volgt, worden door het CBb prejudiciële vragen gesteld, niet alleen over de inhoud, maar ook over deze doorwerking.

Op bewijsrechtelijke aspecten van uitspraken van de mededingingsbestuursrechter heb ik in het voorgaande terloops kritiek geuit. Belangrijk punt is dat er een vrij groot verschil lijkt te zijn tussen de onderzoeksplicht die gezegd wordt aan de NMa te worden opgelegd en de daadwerkelijk opgelegde onderzoeksverplichting. Dit geldt voor de Modint-onderzoeksplicht bij doelbeperkingen, die bovendien in vergelijking met het EG-recht te verstrekkend is (zoals door het CBb bevestigd). Het geldt ook voor de Secon-onderzoeksverplichting bij merkbaarheid. Een punt van aandacht is het gebruik van Commissiebeschikkingen als (soort van) bewijsmiddel (zie ook par. 6). In algemene zin geldt dat de aangelegde bewijsregels in een zaak vaak onduidelijk blijven. Veel bewijsrechtelijke vragen die in de analyse zijn opgeworpen, zijn in de uitspraken (nog) niet aan de orde geweest en dus ook niet beantwoord: dat geldt met name het in theorie zo belangrijke vraagstuk van de waarde van economisch bewijs, de wijze van economisch bewijsvergaring door de rechter, de inzet van deskundigen en de waarde van deskundigenverklaringen.

## 5 TOETSING

De toetsing van verbodsbesluiten van de NMa betreft allereerst de toetsing van de toepassing van de verbodsbepaling: de interpretatie van de begrippen, de toetsing van de kwalificatie van de feiten en de vaststelling van de feiten (zie hoofdstuk 4, par.

3.2). Een van de belangrijke vragen bij toetsing van artikel 6 Mw-besluiten is de vraag hoe de rechter omgaat met economisch bewijs en beoordelingen van economische aard. De toetsing betreft verder de eventuele oplegging van de sanctie, hoewel dat deel van de besluitvorming en de toetsing door de rechter grotendeels buiten dit onderzoek ligt (zie hoofdstuk 1). Tenslotte betreft de toetsing ook de procedure, inclusief de waarborging van de rechten van verdediging. Uit EG-jurisprudentie blijkt dat in een beroepsprocedure tegen een verbodsbesluit procedurele argumenten een groot deel van de grieven betreft die partijen aanvoeren. Het is in de nationale context de vraag of deze rechten van verdediging worden gebaseerd op EG-recht, worden ontleend aan het EVRM of primair zijn gebaseerd op nationale wetgeving (Awb en Mw). In deze paragraaf ga ik eerst in op de toetsing van begripsbepalingen (par. 5.1); daarna op de toetsing van materiële norm (par. 5.2) en uitzondering (par. 5.3); vervolgens op de toetsing van de procedure en de waarborging van de rechten van verdediging (par. 5.4). Ik sluit af met een slotopmerking (par. 5.5).

## 5.1 Toetsing van begrippen

De *interpretatie* van de verschillende begrippen, zoals wat wordt verstaan onder een ondernemersvereniging of een overeenkomst, wordt door de rechter vol, maar niet ambtshalve, getoetst. Ook de Europese rechter toetst niet ambtshalve.<sup>378</sup> De uiteindelijke juridische interpretatie van deze begrippen is, zoals verwacht kan worden, in handen van de rechter (zie hoofdstuk 4, par. 3.3.3). Soms is het begrip weliswaar vaag, maar de inhoud kan door de rechter worden vastgesteld; er is geen beslisruimte voor het bestuursorgaan. Tegelijkertijd geldt dat de interpretatie van begrippen uiteindelijk is voorbehouden aan het Hof: dit vloeit voort uit de wettelijke convergentietechnieken, die door de rechter worden gevolgd met rechterlijke convergentie (vergelijk par. 3.1). Dat neemt niet weg dat niet iedere situatie aan bod is gekomen in de jurisprudentie van het Hof, met name bij toepassing van het ondernemingsbegrip op gedragingen van decentrale overheden. In dat geval legt de nationale rechter het begrip zelf uit.

Bij *kwalificatie* van feiten laat de nationale rechter evenmin ruimte aan het bestuursorgaan. Hierbij moet opnieuw worden opgemerkt dat de grens tussen de uitleg van de norm (wat is een onderneming, is bij x of y sprake van een onderneming) en de kwalificatie van de feiten (nu overheidsinstantie x of y doet, is sprake van een onderneming), fluïde is. De rechtbank en het CBb stellen zelf vast of de feiten moeten worden gekwalificeerd als ondernemingshandelen. Dit is overeenkomstig de volle toets door het Hof,<sup>379</sup> hoewel aan diens toetsing niet wordt gerefereerd.

In dit verband is de uitspraak in Muziekscholen Roosendaal interessant, waarin het ondernemingselement *niet* door de NMa was beoordeeld en de betreffende klacht was afgewezen omdat in ieder geval geen sprake was van een inbreuk.<sup>380</sup> Ook de rechtbank

---

378 Vgl. Lenaerts & Arts 2003, p. 248.

379 Zie bijv. zaak T-325/01, Daimler Chrysler, ov. 81-119.

380 Rechtbank 6 februari 2002, Muziekscholen Roosendaal.

brandde zich niet aan de vraag of gemeentelijke muziekscholen nu wel of niet als onderneming moeten worden aangemerkt, maar geeft een ‘opvoedkundige’ terechtwijzing aan de NMa mee: de NMa had dit toch eigenlijk wel moeten doen. De rechtbank laat derhalve in deze zaak aan de NMa beslissruimte bij de beoordeling van de vraag of het ondernemingsbegrip aan de orde moet komen voor afdoening van de zaak, maar als de NMa wel over deze vraag had geoordeeld, dan had de rechtbank dat oordeel vol kunnen toetsen.<sup>381</sup> De rechtbank verwijst voor het aldus accorderen in deze casus van de *achilleshielmethode* niet naar Europese rechtspraak, maar voorzover ik heb kunnen nagaan, bedient de Commissie zich ook wel van een dergelijke handelwijze. In het arrest Piau (van later datum dan de uitspraak van de rechtbank) beoordeelt het Gerecht zelfstandig eerst de vraag of de FIFA als ondernemersvereniging kan worden aangemerkt. De Commissie had tijdens de procedure voor het Gerecht aangegeven haar als zodanig aan te merken, wat door het Gerecht werd bevestigd. Het Gerecht stelt derhalve wel zelf vast dat sprake is van een ondernemersvereniging, maar uit het arrest blijkt niet of zij vindt dat de Commissie dit óók had moeten doen.<sup>382</sup>

Ook de *vaststelling* van de feiten, het bewijs, wordt indringend getoetst; in ieder geval wordt de NMa daarbij geen expliciete beslissruimte gegund.<sup>383</sup> Zo stelt de rechter in bijvoorbeeld Pompstations zelf vast of sprake is van een overeenkomst – *quod non* – aan de hand van het door de NMa verzamelde bewijsmateriaal, bestaande uit notulen, getuigenverklaringen, krantenartikelen en het marktgedrag van partijen.<sup>384</sup> Zoals hiervoor aan de orde is gekomen bij de behandeling van de vraag hoe kan worden bewezen dat sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, kan daarbij *economisch bewijs* een rol spelen. Ten aanzien van de toetsing van economisch bewijs is het in het algemeen de vraag of de rechter dit bewijs op dezelfde wijze kan of moet toetsen als ‘gewoon’ bewijs (zie hoofdstuk 4, par. 3.4). Vooralsnog lijkt er bij de nationale rechter in het kader van economisch bewijs dat ten grondslag wordt gelegd aan de begrippen overeenkomst en o.a.f.g. echter weinig schroom te bestaan. Zo geeft de rechtbank waar nodig zelf een verklaring voor marktgedrag, ook als deze afwijkt van de verklaring van de NMa (zie ook par. 3.1).<sup>385</sup> Ook economisch bewijs bij de vraag of sprake is van wederkerigheid, leidt niet tot een meer afstandelijke toetsing (en daarmee tot beslissruime) voor het bestuursorgaan.<sup>386</sup> Toch moet bij deze conclusie worden aangetekend dat (vooralnog) in uitspraken in het kader van het bewijs van de verschillende begrippen geen daadwerkelijk complex economisch bewijs aan de orde is geweest, zoals dat bij het begrip o.a.f.g. het geval kan zijn bij rivaliserende economische verklaringen van parallel marktgedrag op een oligopolistische markt; minder complex economisch bewijs wordt niet anders behandeld dan niet-economisch bewijs.

---

381 In CBb 15 januari 2008, Boontje (gemeente Castricum) lijkt het CBb overigens strenger te oordelen over de achilleshielmethode.

382 Zaak T-193/02, Piau.

383 Zie bijv. rechtbank 3 november 2004, NAP, over de vraag of sprake is van een ondernemersvereniging; voor de vraag of sprake is van een overeenkomst rechtbank 13 februari 2004 en CBb 7 december 2005, Secon; rechtbank 24 juni 2005, Pompstations.

384 Rechtbank 24 juni 2005, Pompstations; zie ook rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

385 Rechtbank 24 juni 2005, Pompstations.

386 Rechtbank 13 juli 2006 en CBb 31 december 2007, Mobiele Operators.

## 5.2 Toetsing van toepassing van de materiële verbodsnorm

Ook bij het overzien van wat ondertussen een behoorlijk aantal uitspraken is over de toepassing van artikel 6 Mw, blijft het beeld betreffende de toetsing van de toepassing van de materiële verbodsnorm enigszins onscherp. Een duidelijk antwoord op vragen betreffende de toetsing van de vaststelling van de mededingingsbeperking, de toetsing van zich daarbij mogelijk voordoende complexe economische beoordelingen, en de toetsing van economisch bewijs blijft achterwege. Het volgende kan echter worden opgemerkt.

### 5.2.1 Toetsingsmaatstaf

De rechtbank laat het benoemen van een algemene toetsingsmaatstaf achterwege (zie in het algemeen over de toetsingsmaatstaf hoofdstuk 4, par. 3.3.). Zo wordt wel aangegeven dat beoordeeld moet worden of de NMa een en ander *terecht heeft vastgesteld*,<sup>387</sup> wat duidt op een volle toets, maar net als bij het niet expliciteren van de bewijsmaatstaf verschillen de bewoordingen van uitspraak tot uitspraak en is ook de daadwerkelijke toets niet per se gelijk aan de bewoordingen van de toets. Het CBb werpt in *Mobiele Operators* wat meer licht op de gebruikte toetsingsmaatstaf:

‘Zoals het College heeft overwogen in zijn uitspraak *Essent en Edon/NMa* (...) heeft NMa een *zekere beoordelingsvrijheid* bij zijn *waardering* van economische feiten en omstandigheden in het licht van de bepalingen van de Mw. Dit neemt niet weg dat de rechterlijke toetsing de beoordeling omvat of NMa heeft voldaan aan zijn verplichting aannemelijk te maken dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 56, eerste lid, Mw is voldaan. Hierbij dient niet alleen te worden beoordeeld of het besluit op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en of het op een deugdelijke motivering berust, maar ook of NMa de wettelijke begrippen op juiste wijze heeft geïnterpreteerd en aannemelijk heeft gemaakt dat de feiten en omstandigheden aan de wettelijke voorwaarden voldoen. Met name dient de rechter niet alleen de materiële juistheid van de bewijselementen, de betrouwbaarheid en de samenhang te controleren, maar moet hij ook beoordelen of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen.’<sup>388</sup>

De overweging van het CBb is om verschillende redenen interessant. Ten eerste omdat deze overweging zijn oorsprong vindt in de toetsing van *concentratiebesluiten*, geëxpliciteerd door de verwijzing naar de *Essent*-uitspraak.<sup>389</sup> Opvallend is dat in die uitspraak, net als in *Mobiele Operators*, niet naar EG-jurisprudentie wordt verwezen voor deze formulering van de toetsingsmaatstaf. Deze is niettemin een vrijwel letterlijke weergave van de toetsingswijze van het Gerecht in het EG-concentratietoezicht (zie hoofdstuk 7, par. 5.3.3). De verwijzing van het CBb leidt tot een vorm van *interne convergentie* van de toetsing van concentratiebesluiten en kartel-

---

387 In rechtbank 11 september 2002, *Vodafone Libertel*; zie ook rechtbank 17 augustus 2004, *Modint*. Dit wordt bevestigd in CBb 6 oktober 2008, *NIP*.

388 CBb 31 december 2007, *Mobiele Operators* (cursief AG).

389 CBb 27 september 2002, *Essent*.



besluiten. Dat lijkt enerzijds terecht: het gaat om mededingingsrechtelijk gezien hetzelfde type beoordelingen door het bestuursorgaan. Als er in die mededingingsrechtelijke beoordelingen een reden ligt voor beslisruimte voor de NMa, dan is die zowel in het concentratietoezicht als bij toepassing van het kartelverbod aanwezig. Anderzijds zijn er ook argumenten voor een verschil in toetsingsintensiteit (vergelijk hoofdstuk 4, par. 3.3), bijvoorbeeld het verschil tussen een *ex post*- en een *ex ante*-beoordeling, de korte termijnen in het concentratietoezicht en de niet-rechtstreekse werking van de bepalingen in het concentratietoezicht. Een vergelijkbare kruisverwijzing komt, voorzover ik heb kunnen nagaan, in de EG-jurisprudentie niet voor. Integendeel, recentelijk is gebleken dat de toets van in ieder geval toezeggingsbesluiten in het mededingingsrecht stringenter is dan de toets van dergelijke besluiten in het concentratietoezicht.<sup>390</sup> Ook in literatuur worden de toetsingswijze in het concentratietoezicht en de toetsingswijze van het kartelverbod meestal als twee gescheiden werelden benaderd.<sup>391</sup> Het CBb wijkt hier derhalve af van de EG-rechtelijke benadering.

De overweging van het CBb is bovendien interessant omdat de gebruikte terminologie – ‘een zekere beoordelingsvrijheid’ – er op wijst dat het CBb beslisruimte bij de toetsing van complexe economische vraagstukken erkent. Het is natuurlijk de vraag of hiermee een vorm van beslisruimte wordt geïntroduceerd die toch direct afkomstig is uit het EG-recht (zie hoofdstuk 4, par. 3.4). Dat is niet duidelijk, vooral omdat een verwijzing naar de EG-rechtelijke toetsingsmaatstaf ontbreekt. In ieder geval duiden de gebruikte woorden er volgens de nationale bestuursrechtelijke terminologie op dat artikel 6 Mw *subjectief* vage elementen bevat. Beoordelingsvrijheid ligt immers aan de voorwaardenkant van de norm en betreft volgens de nationale doctrine de kwalificatie van de feiten; zij leidt tot een zekere afstand in de toetsing (zie hoofdstuk 4, par. 3.3.4). Het gaat volgens het CBb wel om gekwalificeerde beoordelingsvrijheid: ‘een zekere’ mate. Vergelijkbare overwegingen in jurisprudentie van het Hof betekenen evenmin dat er marginaal wordt getoetst; ook daar blijkt de toets behoorlijk indringend (zie hoofdstuk 4, par. 3.4.3). De overweging van het CBb impliceert daarnaast dat de overige vaagheid van artikel 6 Mw *objectieve vaagheid* betreft: het gaat daarbij om de ‘juistheid’ van de interpretatie, die ten volle getoetst kan worden (vergelijk hoofdstuk 4, par. 3.3.4).

Ook bij het Hof en het Gerecht is de toetsing in kartelzaken over het algemeen vrij indringend.<sup>392</sup> Een volle toets is het uitgangspunt en geldt in ieder geval voor ‘procedural errors, errors in the proof of accuracy of facts, and errors of law’,<sup>393</sup> hoewel niet altijd en in elke zaak even intensief wordt getoetst.<sup>394</sup> Met name wanneer zich

---

390 Zaak T-170/06, Alrosa.

391 Zie bijv. Bailey 2004; Bellamy 1993; Legal 2005.

392 Zie gev. zaken T-25/95 e.a., Cimenteries, ov. 719; en Tiili & Vanhamme 1999, p. 889; Bailey 2004, p. 1332; Atanasiu & Ehlermann 2002, p. 74-75; Legal 2005, p. 110; Van der Wal & Parret 2001, p. 86; Bellamy 1993, p. 289.

393 Bay & Ruiz Calzado 2005, p. 434.

394 Vgl. Parret 2005, p. 364.

economische beoordelingen voordoen, is de toets minder intensief.<sup>395</sup> Wat de toetsing van de vaststelling van een mededingingsbeperking betreft, wordt wel betoogd dat een verschil kan worden gezien in de toetsingsintensiteit van doelbeperkingen en effectbeperkingen.<sup>396</sup> Bij een doelbeperking kan de toets vol zijn, omdat in dat geval in abstracto kan worden vastgesteld of bewezen is dat er sprake is van het doel van mededinging te beperken. Dat is anders bij een effectbeperking, waar de rol van economische analyse veel groter is. Die beoordeling zou derhalve meer afstand vergen.<sup>397</sup> De toetsing van toezeggingsbesluiten, waarbij eveneens een zeker oordeel over de materiële norm wordt gegeven, zou volgens de Commissie juist marginaal moeten zijn. In de praktijk is zij dat echter vooralsnog niet gebleken.<sup>398</sup> Toezeggingen zijn in de nationale context echter nog niet door de rechter getoetst. Het genoemde onderscheid tussen de toetsing van effectbeperkingen en doelbeperkingen lijkt gezien de wijze waarop de mededingingsbeperking wordt vastgesteld logisch, al moet worden opgemerkt dat een meer economische benadering bij doelbeperkingen roet in de logica gooit. Het is derhalve de vraag of de scheidslijn tussen het gunnen van een zekere beslissruimte en een volle toets ligt op de lijn tussen doelbeperking en effectbeperking.

Aan de ene kant staat bijvoorbeeld de toets in het arrest Bayer, als voorbeeld genoemd van een *intensieve* toets.<sup>399</sup> Maar daar gaat het vooral om de *interpretatie* van een juridisch concept (het concept overeenkomst); het betreft geen kwalificatievraag. De volle toets is dan niet een voorbeeld van de toetsing van een doelbeperking. Zoals eerder opgemerkt doen, anderzijds, complexe economische analyses zich in tal van zaken voor, zowel bij doelbeperkingen als bij effectbeperkingen: de beoordeling van een nevenrestrictie bij een doelbeperking kan daartoe ook horen (zie hoofdstuk 4, par. 3.4.1). Bij naspeuring blijkt dat de term 'beoordelingsmarge' bij de toetsing van kartelbesluiten in verschillende arresten voorkomt, maar niet steeds in dezelfde context. Zo kan een complex en langdurig kartel aan de orde zijn met doelbeperkingen waarvan het Gerecht overweegt dat 'in gevallen als het onderhavige (...) de instellingen over een *beoordelingsmarge* beschikken om hun taak te kunnen vervullen'.<sup>400</sup> Daarbij wordt verwezen naar enkele al eerder in dit hoofdstuk genoemde zaken.<sup>401</sup> Die verwijzingen volgend, blijken zij verschillende mogelijkheden te betreffen. Het kan gaan om 'een administratieve procedure waarin ingewikkelde *technische* problemen aan de orde zijn', zodat de Commissie 'over een *beoordelingsvrijheid* moet beschikken om haar taak te kunnen vervullen'.<sup>402</sup> Maar ook een heel ander probleem, namelijk de 'contractuele toegang van La Cinq tot de uitzendingen van de ERU', wat wordt gezien als een '*ingewikkelde economische beoordeling*' die met zich brengt dat 'de rechterlijke toetsing zich dient te beperken'.<sup>403</sup> Hierin is duidelijk geen

---

395 Zie Hofmann 2003, p. 120: 'thereby the courts do not grant the Commission wide discretion, unless complex economic assessments need to be undertaken by the Commission'.

396 Bailey 2004, p. 1342, met verwijzing naar zaak T-41/96, Bayer, ov. 62.

397 Bailey 2004, p. 1340.

398 Zie zaak T-170/06, Alrosa.

399 Zaak T-41/96, Bayer.

400 Gev. zaken T-109/02 e.a., Bolloré, ov. 93.

401 Zaak C-269/90, TUM, ov. 14; zaak T-44/90, La Cinq, ov. 86; gev. zaken T-528/93 e.a., Métropole, ov. 93.

402 Zaak C-269/90, TUM (cursief AG).

403 Zaak T-44/90, La Cinq (cursief AG).

doelbeperking aan de orde. In *Métropole* gaat het echter over de toepassing van de onthefing van artikel 81, lid 3 EG (oud), als het Gerecht overweegt: ‘in gevallen als het onderhavige, waarin de instellingen van de Gemeenschap over een *beoordelingsvrijheid* beschikken (...)’.<sup>404</sup> Maar de ontheffingsmogelijkheid is ook een voorbeeld van beleidsvrijheid. Een meer recent voorbeeld betreft de toetsing van complexe economische analyses bij ‘individuele toezeggingen (...) om tegemoet te komen aan de in het kader van de voorlopige beoordeling van de Commissie te kennen gegeven bezorgdheden’.<sup>405</sup> Daarbij is de toetsing beperkt en verwijst het Gerecht naar de toetsing van een informatieuitwisselingssysteem, waarvan het Hof stelde dat sprake is van ‘ingewikkelde economische analyse door de Commissie’, waarvan de toetsing zich ‘moet beperken’.<sup>406</sup>

Er zijn twee lijnen in de jurisprudentie met betrekking tot artikel 81, lid 1 EG: een lijn waarbij intensief wordt getoetst en een lijn waarin die toetsing, vanwege de economische beoordelingen, meer afstandelijk is. Daarbij wordt in *beide* toetsingsmodaliteiten de vaststelling van primaire niet-complexe feiten vol getoetst. Datzelfde geldt in beginsel voor de interpretatie van juridische concepten. Alleen bij de vaststelling en kwalificatie van complexe feiten is er meer afstand. De vraag is dan nog wel of de rechtstreeks werkende uitzondering van artikel 81, lid 3 EG op deze dichotomie een nivellerende invloed heeft. De vraag *hier* is of deze twee lijnen terugkomen in de praktijk van de nationale uitspraken.

### 5.2.2 Toetsing van de vaststelling van de mededingingsbeperking

Uit nationale uitspraken blijkt dat de mededingingsbestuursrechter ten aanzien van de *vaststelling van de feiten* geen afstand neemt; in *Garnalen* gaat de rechtbank bijvoorbeeld uitgebreid op de feiten in. Dit geldt ook voor het CBb.<sup>407</sup> De feitenvaststelling wordt vol getoetst, overeenkomstig de algemene uitgangspunten van het nationale bestuursrecht en EG-rechtelijke toetsing (hoofdstuk 4, par. 3.3). De vraag welk type afspraak aan de orde is, is aan de rechter. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het verschil van mening tussen de NMa, de rechtbank en het CBb over de vraag of in *Modint* sprake is van ‘prijzafspraken’ of een ‘vergoeding voor verleende diensten’.<sup>408</sup> De volle toets geldt ook voor de *interpretatie van juridische concepten*, waaronder het juridische verschil tussen een doelbeperking en een effectbeperking valt.<sup>409</sup> Daarbij zij opgemerkt dat voor deze interpretatie wordt aangesloten bij EG-rechtelijke precedënten, zodat de uiteindelijke interpretatie is voorbehouden aan het Hof. Dit blijkt ook uit de prejudiciële vragen van het CBb in *Mobiele Operators*.<sup>410</sup>

---

404 Gev. zaken T-528/93 e.a., *Métropole* (cursief AG).

405 Zaak T-170/06, *Alrosa*, maar toezeggingen (remedies) in het concentratietoezicht worden soepeler getoetst (zie hoofdstuk 7, par. 5.4).

406 Gev. zaken C-204/00 P e.a., *Aalborg*, ov. 279.

407 Rechtbank 19 juli 2006, *Garnalen*; CBb 3 juli 2008, *AUV*.

408 Rechtbank 17 augustus 2004, CBb 28 oktober 2005, *Modint*.

409 Zie bijv. het verschil tussen rechtbank en CBb 26 mei 2004, en rechtbank 11 september 2002, *Vodafone Libertel*.

410 CBb 31 december 2007, *Mobiele Operators*.

De rechter neemt in het geval van *doelbeperkingen* geen afstand tot de *kwalificatie van de feiten*. De toetsing van deze kwalificatie is vol en de NMa wordt in de praktijk geen beslisruimte gegund.<sup>411</sup> Dat de NMa geen beslisruimte toekomt, betekent echter niet dat de rechtbank altijd zelf het feitencomplex juridisch beoordeelt. Zoals hiervoor aangegeven, sluit de rechtbank ook wel aan bij Europeesrechtelijke precedënten. Ook als deze verwijzingen ontbreken, zijn de overwegingen die de rechtbank aan de vraag wijdt of sprake is van een mededingingsbeperking, kort.<sup>412</sup> Derhalve lijkt de rechtbank weliswaar vol, maar niet uitgebreid de vraag te toetsen of sprake is van een doelbeperking. Een uitzondering is de uitspraak van het CBb in *Mobiele Operators*, waarin het CBb wel uitgebreid ingaat op de kwalificatie van de feiten als doelbeperking. Het oordeel hierover wordt in dit geval echter niet gegeven, omdat hierover – of eigenlijk: over de uitleg van het begrip, waarna het CBb de desbetreffende feiten al dan niet als doelbeperking kan kwalificeren of vanwege de beoordelingsmarge deze kwalificatie aan de NMa dient over te laten – prejudiciële vragen worden gesteld. De uitspraak in *Mobiele Operators* kan, net als in de eerder gewezen *Seconuitspraak*, en de latere *NIP-uitspraak*,<sup>413</sup> wellicht worden gezien als voorbeeld van een meer economische benadering bij doelbeperkingen waardoor een onderscheid in toetsing tussen doelbeperkingen en effectbeperkingen vervalft. Daardoor ontstaat ook bij de kwalificatie van de feiten bij doelbeperkingen meer afstand, of andersom, minder afstand bij effectbeperkingen.

De toetsing van de vaststelling dat sprake is van een *effectbeperking*, is vaak gekoppeld aan de vraag of de NMa voldoende onderzoek naar de feiten heeft gedaan.<sup>414</sup> Er *lijkt* sprake te zijn van een afstandelijker toets, in die zin dat het primair aan de NMa is om vast te stellen wat de concrete gevolgen zijn op de markt.<sup>415</sup> De vraag of voldoende onderzoek is verricht, wordt wel vol getoetst. De rechter geeft de NMa daarover ook concrete aanwijzingen.<sup>416</sup>

Het is duidelijk dat noch bij doelbeperkingen, noch bij effectbeperkingen het Europeesrechtelijke leerstuk van de afstandelijke toets vanwege complexe economische analyses in de uitspraken van de nationale rechters (behoudens de uitspraak in *Mobiele Operators* van het CBb, waarvan de betekenis nog niet duidelijk is) tot uitdrukking komt. Een reden hiervoor kan zijn gelegen in het weinig principiële karakter van de uitspraken van de rechtbank (zij zijn eerder minimalistisch, zie hoofdstuk 4, par. 4) en het ontbreken van een serie uitspraken van het CBb. Een andere reden kan zijn dat deze complexe analyses, waarbij de toetsing van *economisch bewijs* een grote rol speelt, zich nog niet echt hebben voorgedaan; economische waarderingsvragen waarbij bijvoorbeeld marktafbakening of het wegen van

---

411 Zie rechtbank 19 juli 2006, *Garnalen*; rechtbank 18 juli 2007, *Fietsenkartel*.

412 Zoals blijkt uit rechtbank 24 juli 2007, *Erdo*; zie ook rechtbank 28 februari 2006, *Bovag*.

413 CBb 7 december 2005, *Secon*; CBb 6 oktober 2008, *NIP*.

414 Zie bijv. rechtbank 25 maart 2004, *Uneto-VNI*.

415 Zie rechtbank 25 maart 2004, *Uneto-VNI*; rechtbank 17 juli 2006, *NIP*; rechtbank 28 februari 2006, *Bovag*; CBb 2 mei 2006, *Golfers*.

416 Bijv. in rechtbank 25 maart 2004, *Uneto-VNI*; zie ook rechtbank 17 juli 2006, *NIP*.

effecten binnen een counterfeitelijk onderzoek aan de orde zijn, doen zich in de nationale uitspraken amper voor (zie par. 3.2 en 4.2). Derhalve blijft het enigszins onduidelijk hoe de nationale rechter omgaat met deze economische analyses van de NMa. De communicerendevatentechniek van het Hof (zie hoofdstuk 4, par. 3.4.3) blijft daardoor geheel buiten vizier. De genoemde dichotomie, langs de lijn van doelbeperking en effectbeperking, komt derhalve wel terug, maar bij uitspraken waarin een meer economische benadering van doelbeperkingen aan de orde is, – meestal is de vraag of er een doelbeperking is dan niet bij voorbaat duidelijk – lijkt het toetsingsverschil voor een deel weg te vallen.

– *Merkbaarheidstoets*

Het merkbaarheidsvereiste wordt vol getoetst en de NMa komt geen beslisruimte toe. De toetsing is wel erg kort. Zoals hiervoor aangegeven, leveren hoge marktaandelen voldoende onderbouwd bewijs voor merkbaarheid op. De rechter lijkt niet te treden in de beoordeling van deze feiten. Ook is opvallend dat aan marktafbakening, de basis voor marktaandelen en een exercitie die soms economisch ingewikkeld is, weinig tot geen woorden worden gewijd. Zoals aangegeven, levert dit een vrij lage bewijsmaatstaf op en er wordt ook vrij laconiek getoetst. Het kan natuurlijk zo zijn dat zich geen ‘hard cases’ hebben voorgedaan die een indringender beoordeling vergden, maar het algemene beeld is dat de toetsingsintensiteit ten aanzien van merkbaarheid in de praktijk vrij laag is.

– *Rol van artikel 6 EVRM*

Artikel 6 EVRM, waaruit het vereiste van een volle toets van een *sanctie* voortvloeit, is in de nationale uitspraken niet aan de orde bij de toetsing van de *overtreding* (de ‘bewezenverklaring’, aldus de rechtbank).<sup>417</sup> De rechtbank overweegt wel dat in verband met artikel 6 EVRM ‘volgens vaste jurisprudentie, ook van het (...) EHRM en het HvJ, (...) de rechter de hoogte van een opgelegde boete ‘vol’ [dient] te toetsen’ omdat ‘deze norm besloten ligt in zowel artikel 3:4, tweede lid, van de Awb als in artikel 6 van het EVRM’.<sup>418</sup> Deze overweging volgt *nadat* de toetsing van de vaststelling van de materiële inbreuk, de bewezenverklaring, is afgerond. Dat wil zeggen: normaal gesproken voert de rechter eerst de toetsing van de bewezenverklaring uit, al dan niet met een zekere beslisruimte voor de NMa, en daarna de opgelegde boete, voorafgegaan door een overweging ten aanzien van de volle toets van sancties.<sup>419</sup> Dat betekent dat de volle EVRM-toets niet geldt voor de bewezenverklaring van de inbreuk, maar alleen voor de boete (de ‘strafmaat’).<sup>420</sup> Dat is niet anders in het EG-recht (waarnaar de rechtbank *ook* verwijst) en volgt op zich ook logisch

---

417 Rechtbank 26 november 2002, SEP.

418 Rechtbank 24 juli 2007, Erdo; rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel; rechtbank 22 mei 2006, AUV; rechtbank 22 mei 2006, Aesculaap; rechtbank 9 januari 2008, GTI. Overigens toetst de rechtbank in de laatstgenoemde uitspraak de toepassing van de clementierichtsnoeren wel marginaal.

419 Hoewel deze algemene overweging ontbreekt in bijvoorbeeld rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

420 Rechtbank 26 november 2002, SEP.

op wat over de bewijsmaatstaf en artikel 6 EVRM hiervoor is genoemd (zie par. 4.1). Wel kunnen hierbij kritische kanttekeningen worden geplaatst.<sup>421</sup>

### 5.2.3 Toetsing en convergentie

Het voorgaande levert het beeld op dat de toetsing van de materiële inhoud van kartelbesluiten van de NMa door de nationale rechter niet daadwerkelijk afwijkt van de toetsing van Commissiebesluiten door het Gerecht (en geaccordeerd door het Hof). Op beide niveaus wordt de vaststelling van feiten in beginsel vol getoetst en kan het bestuursorgaan bij kwalificatie van de feiten een zekere beslisruimte toekomen, maar deze beslisruimte leidt niet tot een marginale toets. Ook worden doelbeperkingen gemakkelijker zelf door de rechter vastgesteld dan effectbeperkingen, maar dat verschil wordt bij de economische benadering van doelbeperkingen minder groot. Juridische begrippen worden door de rechter uitgelegd. Niettemin wordt op nationaal niveau een zekere autonomie opgegeven, doordat de uitleg van juridische begrippen, als gevolg van wettelijke materiële convergentie, uiteindelijk is voorbehouden aan het Hof (vergelijk hoofdstuk 4, par. 4). Ook wordt bij de kwalificatie van de feiten, als een gevolg van de materiële convergentie, aangesloten bij EG-rechtelijke precedents (zie ook hierna, par. 6).

Hoewel zowel de daadwerkelijke toetsing als de algemene overweging terzake van het CBb lijkt op de toetsing door het Hof, wordt daar niet naar verwezen. Wel is er bij het CBb sprake van een interne kruisverwijzing naar de toetsing door de rechter in het concentratietoezicht. Ook daar wordt overeenkomstig de EG-jurisprudentie getoetst, en evenmin verwezen (zie hoofdstuk 7, par. 5.3.3). De gebruikte terminologie lijkt overeen te komen met de beoordelingsmarge voor de Commissie bij complexe economische beoordelingen, maar deze verwijzing wordt niet geëxpliciteerd. Veel toetsingsonderwerpen zijn nog niet aan de orde geweest, zoals de toetsing van complexe economische kwesties. Omdat de toetsingsmaatstaf zelden expliciet wordt gemaakt, is het onduidelijk of aan de met het Hof vergelijkbare toetsing een convergentiegedachte ten grondslag ligt of dat het ontbreken van een dergelijke verwijzing in de desbetreffende CBb-uitspraak betekent dat de gelijkens alternatief verklaard moet worden. Doordat de systemen van toetsing vergelijkbaar zijn, is de daadwerkelijke toetsing ook vergelijkbaar (vergelijk hoofdstuk 3, par. 4.4). *The proof is in the pudding*; maar het toetje, complexe economische analyses en de toetsing daarvan door de nationale mededingingsbestuursrechter, is nog niet opgediend.

## 5.3 Toetsing van uitzonderingen

Bij de toetsing van verschillende uitzonderingsbepalingen is het de vraag of daarbij een andere toetsingmaatstaf wordt gehanteerd dan bij de verbodsbepaling.

---

421 Vgl. Lenaerts & Vanhamme 1997, p. 561-562.

– *Doorwerking van ontheffingen en vrijstellingen*

Zoals hiervoor besproken (par. 3.4), is een aantal uitzonderingen in uitspraken van de mededingingsbestuursrechter aan de orde geweest. Bij toepassing van de *landbouwverordening* is het, wat de toetsing betreft, op basis van het EG-recht echter niet aan de nationale rechter om zelf vast te stellen of de uitzondering van toepassing is, maar mag hij wel beoordelen of deze niet van toepassing is. Dat laatste doet de rechtbank in SSV niet zelfstandig, maar door aan te sluiten bij een oordeel van de Commissie;<sup>422</sup> in Gernalen stelt de rechtbank dit wel zelf vast.<sup>423</sup> De toetsing is vol en er is geen sprake van beslisruimte voor de NMa bij de beoordeling dat de uitzondering niet van toepassing is. Tegelijkertijd is de toetsing beperkt, omdat ook de rechter niet kan oordelen dat de uitzondering wel van toepassing is. Of de *groepsvrijstelling verticalen* van toepassing is, wordt, voorzover kan worden afgeleid uit enkele uitspraken, vol en wel geheel getoetst.<sup>424</sup>

– *Toetsing van ontheffingsbeschikkingen (oud)*

De ontheffingsbevoegdheid van artikel 17 Mw is een van de weinige bevoegdheden waarvan de rechter expliciet heeft aangegeven hoe zij de uitoefening toetst, namelijk *marginaal*. Dat ligt gezien de tekst van het oude artikel 17 Mw voor de hand. De rechtbank toetste derhalve of de NMa ‘in redelijkheid tot zijn oordeel heeft kunnen komen’. De marginale toetsing gold de verlening van een ontheffing,<sup>425</sup> de intrekking van een ontheffing (al heeft het CBb het over beoordelingsruimte om te bepalen of de voorwaarden waaronder een verleende ontheffing had moeten worden ingetrokken),<sup>426</sup> en het niet verlenen van een ontheffing.<sup>427</sup> Zij stemt overeen met de toetsing door het Hof van ontheffingsbeschikkingen van de Commissie.<sup>428</sup> De ontheffingsbevoegdheid kon derhalve worden aangemerkt als een vrije beschikkingsbevoegdheid. Dat neemt niet weg dat een leidraad voor de kwalificatie van de feiten en de beoordeling daarvan werd gevonden in beschikkingen van de Commissie (zie par. 3.4). In die zin was ook de beoordelingsruimte voor de NMa beperkt.<sup>429</sup>

– *Uitzondering van artikel 6, lid 3 Mw en artikel 81, lid 3 EG*

Zoals verwacht, wordt de rechtstreeks werkende uitzondering van artikel 6, lid 3 Mw (en artikel 81, lid 3 EG) *niet* marginaal getoetst. Dat kan worden afgeleid uit Gernalen.<sup>430</sup> Daarin wordt de bij ontheffingen gebruikte overweging ten aanzien van de

---

422 Rechtbank 4 december 2001, SSV.

423 Rechtbank 19 juli 2006, Gernalen.

424 Rechtbank 11 september 2002, en CBb 26 mei 2004, Vodafone Libertel.

425 Zie rechtbank 26 september 2001, IPAS (SIMN I).

426 Uitspraak van 22 december 2004, VBB (SIMN III); CBb 5 juli 2008, VBB (SIMN IV), in hoger beroep van rechtbank 14 november 2006, VBB (SIMN IV).

427 Zoals in rechtbank 16 mei 2001, KNMD; 4 december 2001, SSV; 23 oktober 2001, COV; en 17 augustus 2004, Modint.

428 Vgl. Odudu 2002 a, p. 20-21; Wesseling 2001, p. 370; Bailey 2004, p. 1355; Bouterse 1994, p. 22-28.

429 De rechtbank gebruikt ook hier ontheffingsbeschikkingen als precedent of in ieder geval als leidraad; maar het is de vraag of ze onder het nieuwe systeem nog wel als ‘good precedents’ kunnen worden aangemerkt; vgl. Gilliams 2003.

430 Rechtbank 19 juli 2006, Gernalen.

redelijkheidstoetsing niet herhaald. Maar niet duidelijk wordt hoe intensief wél wordt getoetst. De rechtbank stelt dat de ondernemingen niet aan de op hen rustende bewijslast hebben voldaan; de NMa heeft voldoende gemotiveerd aangegeven waarom het Trilateraal Overleg niet bijdraagt tot verbetering van de productie of distributie.

De verbetering zou volgens de partijen hebben gelegen in de 'vergroting van de stabiliteit van de aanlanding, waardoor de aanvoertijd van de garnalen naar de consument zou worden bekort', maar de NMa had 'tevens gesteld dat onduidelijk is waaruit de stabiliteit zou bestaan'. Ook de vraag waarom het Trilateraal Overleg *onmisbaar* zou zijn, 'blijft onbesproken', omdat door de ondernemingen 'slechts gesteld wordt dat garnalenhandelaars alleen beïnvloed konden worden door aanvoerregulering' zonder dat wordt besproken of andere afspraken niet hetzelfde effect zouden kunnen hebben.<sup>431</sup>

Verwacht wordt dat in het EG-recht de toetsing van artikel 81, lid 1 EG en van artikel 81, lid 3 EG naar elkaar toe buigen.<sup>432</sup> Met de rechtstreekse werking van het derde lid is de discretionaire bevoegdheid 'conveniently' losgelaten,<sup>433</sup> en de uitzondering zal vol moeten worden getoetst.<sup>434</sup> Dat lijkt Garnalen te bevestigen voor het nationale niveau, maar vraagpunten blijven bestaan. Zo bevat een beslissing over de toepassingsvoorwaarden verschillende deelbeslissingen, die afhankelijk van hun context wellicht *verschillend* moeten worden getoetst. Ook bij deze voorwaarden kunnen complexe economische beoordelingen een rol spelen in de vorm van een zekere weging van verschillende effecten (of belangen). Worden deze op dezelfde wijze getoetst als de economische beoordelingen onder het eerste lid? Is sprake van belangenafweging in de zin van beleidsvrijheid? Daarbij speelt ook de rol mee die aan andere beleidsgebieden dan het mededingingsbeleid bij (oude) ontheffingen werd toegekend. In hoeverre kan de rechter treden in de beoordeling van het al dan niet betrekken van niet-economische belangen in de nieuwe vorm? De beslissruimte van de Commissie (en daarmee waarschijnlijk ook van de NMa) had zeker ook betrekking op deze weging.<sup>435</sup> Nu die beslissruimte voor de Commissie en de NMa kennelijk komt te vervallen, is het onduidelijk welke rol deze belangen nog kunnen spelen.<sup>436</sup> De vraag is of de 'beslissruimte' nu toekomt aan de ondernemingen op wie de bewijslast rust om te bewijzen dat aan de uitzonderingsvoorwaarden is voldaan. Beslissruimte in die zin dat deze duidt op een afstand in rechterlijke toetsing ten aanzien van de beoordeling door het bestuursorgaan kan, binnen dat concept, niet toevallen aan anderen dan een bestuursorgaan. Maar als er beslissruimte voor de NMa kan worden gevonden in de afwijzing van het beroep op de uitzondering, en deze afwijzing met enige afstand wordt getoetst, dan leidt dat er (waarschijnlijk) toe dat, omdat de toetsing hier is gekoppeld aan de verwachte hoge bewijsmaatstaf voor de ondernemingen die zich op de uitzondering beroepen, een beroep op de uitzondering slechts zelden wordt gehonoreerd. Kort gezegd: het is niet waarschijnlijk dat de

---

431 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

432 Zie Bailey 2004, p. 1355.

433 Gilliams 2003, p. 458.

434 Bailey 2004, p. 1355.

435 Vgl. Bouterse 1994, p. 13-28.

436 Zie ook Odudu 2002 a, p. 24.



ruimte die de NMa had door marginale toetsing nu overgaat naar de onderneming die voor de NMa een beroep op de uitzondering doet. Het is de vraag of dat niet anders zou moeten, in die zin dat bezien zou moeten worden of de *onderneming* redelijkerwijs tot een juiste weging is gekomen, en of de NMa op een juiste wijze – wat vol getoetst kan worden – met die door de onderneming ondernomen exercitie omtrent de toepassingsvoorwaarden is omgegaan. De inherente onzekerheid over de toepassing en de weging onder de voorwaarden zou hiervoor aanleiding kunnen zijn.<sup>437</sup>

#### 5.4 Toetsing van procedure en rechten van verdediging

De toetsing van kartelbesluiten omvat ook de toetsing van de procedure. Daarvan maakt de toetsing van de waarborging van de rechten van verdediging een belangrijk onderdeel uit (zie hoofdstuk 4, par. 3.2), maar daartoe is de proceduretoetsing niet beperkt. Zo wordt ook het motiveringsvereiste getoetst, niet alleen ten behoeve van de beschuldigde onderneming, maar omdat alleen door de motivering de rechter überhaupt in staat is te toetsen. In uitspraken van de mededingingsbestuursrechter nemen de rechten van verdediging vooralsnog een minder prominente plaats in dan in EG-rechtelijke jurisprudentie; er zijn weinig principiële overwegingen aan hun bescherming gewijd (de nationale rechter laat zich hier over het algemeen van zijn minimalistische kant zien, vergelijk hoofdstuk 4, par. 4). Voor het ontbreken van principiële aandacht zijn verschillende redenen aan te voeren. Zo zijn er nog relatief weinig uitspraken, maar het kan ook zijn dat de NMa, met de huidige Commissiepraktijk als voorbeeld, vanaf het begin meer aandacht besteedt aan de waarborging van deze rechten, zodat procederen hierover minder noodzakelijk is. Ook zou een rol kunnen spelen dat een aantal verdedigingsrechten al gecodificeerd waren in de Awb of van meet af aan in de Mededingingswet zijn neergelegd, zoals de cautieplicht en het legal privilege. Ook is in de Mededingingswet voor bijvoorbeeld het recht te worden gehoord een aantal uitzonderingen op de hoorplicht die in de Awb zijn voorzien voor bezwarende besluiten (zoals een boete) buiten toepassing verklaard. Daardoor is er wellicht minder aanleiding voor jurisprudentiële ontwikkelingen van deze verdedigingsrechten. Anderzijds is de rol van de rechten van verdediging in EG-mededingingsrechtelijke context groot, en hun ratio in algemene zin anders dan in de Awb en de extra waarborgen van de Mededingingswet omtrent het horen niet steeds van toepassing (zie hoofdstuk 4, par. 3.2). Dat zou in de nationale context nog kunnen leiden tot een fundamentele plaats dan vooralsnog tot uiting komt. Deze algemene beschouwingen terzijde latend, worden ook in uitspraken van de nationale mededingingsbestuursrechter aspecten van de rechten van verdediging naar voren gebracht, waarop ik hier inga.

---

437 Andersom, als de NMa van mening is dat wel aan de voorwaarden is voldaan, dan kan overtreding niet worden vastgesteld. Dat zal niet vaak voorkomen, maar als dat bij de afwijzing van een klacht is, dan geldt dat de afwijzing anders wordt getoetst dan inbreukbesluiten. De klager die meent dat niet aan de uitzonderingsvoorwaarden is voldaan, zal waarschijnlijk met lege handen staan. In beide gevallen, hoewel tegengesteld, heeft de NMa het dus vooralsnog gemakkelijker dan ondernemingen.

#### 5.4.1 Waar vindt de rechter rechten van verdediging

De rechtbank onderstreept in zijn Garnalen-uitspraak het belang van de rechten van verdediging door te verwijzen naar mededingingsrechtelijke *jurisprudentie van het Hof*. De rechtbank overweegt dat ‘uit de rechtspraak van het Hof volgt dat de rechten van de verdediging een *grondbeginsel* van het gemeenschapsrecht zijn, dat deze rechten in procedures die kunnen leiden tot oplegging van boetes moeten worden geëerbiedigd’.<sup>438</sup> Deze aansluiting bij EG-jurisprudentie geldt onder andere voor het op de hoogte stellen van de onderneming van de te zijnen aanzien gerezen beschuldigingen. Om die reden dient het rapport, dat vergelijkbaar is met de punten van bezwaar van de Commissie, ‘ondubbelzinnig (...) [te] vermelden de (rechts)persoon aan wie de geldboete zal worden opgelegd’.<sup>439</sup> De basis voor dit onderdeel van de rechten van verdediging is derhalve een parallelle EG-bescherming; er is sprake van expliciete convergentie, in de vorm van parallelie (vergelijk hoofdstuk 3, par. 4.3). Tegelijkertijd met de Mededingingswet is in de Garnalen-zaak ook artikel 81 EG aan de orde, waarvoor de parallelle bescherming eveneens geldt (het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming zou dit waarschijnlijk ook mee brengen). Dat geldt ook voor het niet in strijd zijn met de ‘rechten van verdediging’ bij het opgeven van de mogelijkheid tot het indienen van inhoudelijke bezwaren bij de keuze tot het meedoen aan de versnelde afhandelingsprocedure in de bouwfraude-zaken: ook hier verwijst de rechtbank naar jurisprudentie van het Hof ter ondersteuning van haar overwegingen.<sup>440</sup> In andere gevallen wordt een basis in de EG-jurisprudentie niet geëxpliciteerd, maar lijkt wel voor de hand te liggen dat daarin inspiratie is gevonden. Dat geldt bijvoorbeeld voor de grief van de fietsenfabrikanten dat tijdens de bedrijfsonderzoeken sprake was van *fishing expeditions*.<sup>441</sup>

Het blijft onduidelijk waar de rechtbank dit recht vindt, maar het wordt inhoudelijk beoordeeld. Het ligt voor de hand als bron in ieder geval ook de EG-rechtelijke jurisprudentie aan te wijzen: *fishing expeditions* gaan buiten het bestek van een verificatieopdracht waarbinnen het onderzoek plaatsvindt.<sup>442</sup> Tegelijkertijd komt de term ‘*fishing expedition*’ in jurisprudentie van het Hof als zodanig eigenlijk niet voor. De Advocaat-Generaal in ICI zegt echter: ‘as the Commission acts in effect in this area both as the investigating authority and as the administrative authority empowered to find undertakings in breach of Articles 81 EC and 82 EC, it is only normal that its powers should be hedged around with rules and procedures which are intended to ensure the rights of the defence, including the *prohibition against what the Commission terms fishing expeditions*’.<sup>443</sup> Ook het EVRM verbiedt in ieder geval het opvragen van documenten, zonder duidelijkheid over het feitelijke bestaan daarvan.<sup>444</sup>

---

438 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

439 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

440 Rechtbank 17 oktober 2008, Lareco Nederland; rechtbank 17 oktober 2008, Schagen Zwolle.

441 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel.

442 Vgl. Kerse & Khan 2005, p. 173-174.

443 Conclusie van de A-G in zaak C-286/95 P, ICI, ov. 67.

444 EHRM 3 mei 2001, J.B., NJ 2003/354.

De EG-rechtelijke bron geldt *niet* als de nationale regeling een verderstreckende bevoegdheid toekent aan de NMa dan waarover de Commissie beschikt; in dat geval geldt de nationale regeling. Het lijkt op grond van deze uitspraken aannemelijk dat de EG-rechtelijke *parallèle* geldt als de nationale regeling een lacune in verdedigingsbescherming van de ondernemingen geeft die door de EG-rechtelijke jurisprudentie geredresseerd wordt. Als echter sprake is van een nationale (verdergaande) bevoegdheid wordt daarvan uitgegaan.

Zo stelt de rechtbank in Heijmans ten aanzien van de medewerkingsplicht van individuele werknemers vast dat ‘de door de Nederlandse wetgever nagestreefde *parallèle* van het nationale en het communautaire mededingingsrecht in beginsel slechts [ziet] op het materiële recht en niet op de wijze waarop de nationale wetgever het toezicht op de naleving van het mededingingsrecht gestalte heeft gegeven; dit is aan de afzonderlijke lidstaten voorbehouden’.<sup>445</sup>

De nationale rechter vindt de rechten van verdediging ook in het EVRM.

Zo wordt gewezen op het belang van de onschuldpresumptie,<sup>446</sup> het recht op vertaling van relevante stukken uit het dossier;<sup>447</sup> en het recht op een beslissing binnen een redelijke termijn van artikel 6 EVRM.<sup>448</sup> Ook wordt een beroep gedaan op artikel 8 EVRM, met name ten aanzien van de uitoefening van bevoegdheden tijdens verificaties.<sup>449</sup>

Daarnaast gelden natuurlijk de bepalingen van de Awb, aangevuld of gespecificeerd in de Mededingingswet.<sup>450</sup> Ook wordt ook wel een beroep gedaan op algemene rechtsbeginselen, zoals het beginsel van *lex certa*,<sup>451</sup> dat overigens ook als algemeen rechtsbeginsel is erkend door het Hof en het EHRM.<sup>452</sup> Het CBb verwijst ten slotte ook naar een algemeen verdedigingsbeginsel, dat ook wel wordt erkend in de doctrine als algemeen beginsel van rechtspraak (zie hoofdstuk 2, par. 3.2.1), en baseert zich vervolgens voor de concrete invulling daarvan zowel op het EVRM en op de uitleg van het EVRM door het Hof.<sup>453</sup>

Het ligt voor de hand dat deze mix van vindplaatsen in procedures verder zal worden benut.<sup>454</sup> Dat betekent dat de rechter, hoewel de basis van al deze rechten kan worden

---

445 Rechtbank 11 juli 2006, Heijmans.

446 Rechtbank 24 juni 2005, Pompstations.

447 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen en voor een uitwerking van dit beginsel ook CBb 19 januari 2009, Duitse Garnalen (tussenbeslissing).

448 Rechtbank 22 mei 2006, AUV.

449 Bijv. in rechtbank 24 juli 2007, Erdo.

450 Bijv. de hoorrechten van de Awb en de waarborgen van artikel 59 Mw in rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel; de reikwijdte van de medewerkingsplicht van artikel 5:20 Awb in rechtbank 11 juli 2006, Heijmans.

451 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel.

452 Zie bijv. zaak C-274/04, Man Sugar en annotatie van Widdershoven 2006 c bij deze uitspraak.

453 CBb 19 januari 2009, Duitse Garnalen (tussenuitspraak).

454 Zie over EVRM in mededingingsrechtelijke procedures ook Ameye 2004. Het kunnen vinden van de rechten van verdediging in diverse bronnen levert mooie voorbeelden op van de wederzijdse (en soms diffuse) beïnvloeding van het nationale mededingingsrecht (zie Douglas-Scott 2006 b). Zo was

teruggebracht tot het, in het EG-recht, in het EVRM en (in de doctrine in het nationale recht te vinden algemene beginsel van de bescherming van de rechten van verdediging (zie hoofdstuk 2, par. 3.2.1), moet omgaan met het feit dat de omvang van de bescherming van de specifieke rechten enigszins zou kunnen uiteenlopen al naar gelang de bron waarop hij is gebaseerd. Dat is in ieder geval zo voor de achterliggende ratio van de verschillende bepalingen. Daarbij geldt dat het Hof bij de invulling formeel niet is gebonden aan het EVRM: de benadering van het Hof in een mededingingsrechtelijke context kan afwijken van de benadering van het EHRM in de mensenrechtensfeer,<sup>455</sup> hoewel ook wel wordt gesteld dat de afwijkende ratio niet betekent dat er daadwerkelijk een verschillende bescherming wordt geboden. De algemene neiging van het Hof zich te baseren op het EVRM vermindert het risico op tegenstrijdige uitleg (zie hoofdstuk 1, par. 5.4). Bij een zich toch mogelijkwijs voortdoend conflict tussen de bescherming door het EG-recht en de bescherming van het EVRM dient de nationale rechter te kiezen. Die keuze is, formeel gezien, afhankelijk van de vraag of de casus een ‘nationale’ casus betreft, waarop alleen de Mededingingswet van toepassing is en in welk geval het EVRM geldt, of dat ook de EG-bepalingen aan de orde zijn, in welk geval primair de uitleg van het EVRM door het Hof geldt (zie hoofdstuk 2, par. 4.1).<sup>456</sup> Het kan zijn dat de jurisprudentiële EG-rechten van verdediging ook via het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming afdwingbaar zijn. Anders dan bij de parallellie in de uitspraken van de rechtbank is er dan sprake van een EG-rechtelijke verplichting tot het gunnen van EG-bescherming. Een conflict is echter uiteindelijk moeilijk voorstelbaar omdat beide hoven de ander lijken te respecteren (of in ieder geval te tolereren): de EVRM interpretatie is waarschijnlijk de uiteindelijke Europees geldende norm. Helemaal ondenkbaar is een verschil, of onduidelijkheid, echter niet.<sup>457</sup>

#### 5.4.2 Inhoud

Ten aanzien van de inhoud van de rechten van verdediging kan uit de nationale uitspraken het volgende worden afgeleid.

---

in het nationale recht het beginsel van *legal privilege* onbekend. Dit beginsel is op Europees niveau echter door het Hof van Justitie erkend (voor het eerst in zaak 155/79, AM&S Europe, zie hierover recht ook S.E. Evans 2008), waarbij het Hof zich heeft gebaseerd op het *common law*-beginsel (vgl. Kerse & Khan 2005, p. 144-145). Doordat de bescherming van *legal privilege* nu in de Mededingingswet zelf is opgenomen, is daarmee een juridisch concept uit het *common law*-systeem, via de EG-rechtelijke jurisprudentie, in het Nederlandse recht terechtgekomen, alwaar het zijn vleugels eventueel kan uitspreiden over rechtsgebieden buiten het mededingingsrecht. Zie daarover in het algemeen ook Douglass-Scott 2006 b.

455 Zie Douglass-Scott 2006 b; Ameye 2004; Kuhnert 2006.

456 Wel wordt gesteld dat de rechter dient te kiezen voor de verdergaande bescherming van het EVRM, ook in situaties waarbij de NMa de commissie bijstaat; zie Willis 2001, p. 320.

457 Een conflict is dan nog wel mogelijk als de verdergaande EVRM-bescherming de algemene EG-rechtelijke verplichting tot effectieve handhaving frustreert; dat is echter geen conflict tussen verdedigingsrecht en verdedigingsrecht, maar de algemene spanning tussen de bescherming van de rechten van verdediging en effectieve handhaving van het mededingingsrecht (vgl. hoofdstuk 2, par. 4.3).

– *Vertaling*

Het recht op vertaling baseert de rechtbank rechtstreeks op artikel 6 EVRM.<sup>458</sup> Dit gaat niet zo ver ‘dat alle stukken uit het dossier moeten worden vertaald’.<sup>459</sup> Wel geldt het recht op kosteloze vertaling ook in de administratieve fase.<sup>460</sup> In die fase heeft de NMa in casu zorggedragen voor vertaling van ‘het rapport, het besluit van 14 januari 2003 en het bestreden besluit’ en bovendien ‘tijdens procedures die bij hem gevoerd zijn, bijstand door een tolk (...) aangeboden.’ Dat acht de rechtbank correct.<sup>461</sup> Deze uitleg van het EVRM in de nationale mededingingsrechtelijke omgeving komt in grote lijnen overeen met het recht op het gebruik van de eigen taal in het EG-recht, dat echter wel een andere oorsprong heeft.<sup>462</sup> Het CbB echter leidt uit jurisprudentie van het EHRM dat ‘ook ingevolge het gemeenschapsrecht geldt’<sup>463</sup> een verdergaand recht af op vertaling van stukken omdat de beschuldigde ‘voldoende in staat is een effectieve verdediging te voeren’.<sup>464</sup> Dat brengt mee dat ‘een beklagde weet welke stukken een rol hebben gespeeld in de besluitvorming die hebben geleid tot een aan hem opgelegde punitieve boete en dat hij dus zelf kan bepalen wat hij ter verdediging wil aanvoeren’.<sup>465</sup> Daarin is in casu niet voldaan, omdat de ondernemingen niet in een voor hen begrijpelijke taal duidelijk heeft gemaakt welke stukken een rol hebben gespeeld. Het CbB komt met een praktische oplossing om dit probleem – voordat de uitspraak ten gronde wordt gewezen – te redresseren.<sup>466</sup>

– *Duidelijkheid van beschuldiging*

De rechten van verdediging omvatten het uitgangspunt van duidelijkheid van de beschuldiging. Dit stelt partijen in staat te weten *waartegen* zij zich moeten verweren, zodat zij zich *kunnen* verweren. De rechtbank baseert zich voor het bestaan en de inhoud van dit recht op artikel 6 EVRM, op artikel 59 Mw, en op jurisprudentie van het Hof. In concreto betekent dit dat de beschuldigingen in het rapport moeten worden neergelegd.

---

458 In de Garnalen-zaak is de boete ook opgelegd vanwege overtreding van artikel 81 EG. De rechtbank noemt Bosphorus echter niet.

459 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen; het CbB bevestigt dit uitgangspunt in CbB 19 januari 2009, Duitse Garnalen (tussenuitspraak), waarbij het CbB ook ingaat op de eventuele rol van Verordening 1/2003 hierin.

460 Ook dit wordt door het CbB bevestigd.

461 Rechtbank 19 juli 2006, Garnalen.

462 In het EG-recht geldt een eigen talenregime, dat algemeen van aard is. In het kader van de rechten van verdediging geldt dat de beschuldiging (in de punten van bezwaar) in de taal moet zijn gesteld van de lidstaat waar de onderneming is gevestigd, net als de daaropvolgende communicatie. Het recht gaat echter niet zover dat er een recht op vertaling van alle correspondentie uit het dossier van de Commissie bestaat, omdat het niet de documenten betreft die niet afkomstig zijn van de Commissie zelf, zie zaak T-148/89, Trefilunion, en hierover: Kerse & Khan 2005, p. 205.

463 Wat een interessante overweging is in het kader van de Bosphorus-uitspraak van het EHRM: noemen dat het Hof zich op het EVRM baseert, en vervolgens de inhoud *zelf* uit het EVRM afleiden.

464 CbB 19 januari 2009, Duitse Garnalen (tussenuitspraak), onder verwijzing naar EHRM 19 december 1989, Kamasinski.

465 CbB 19 januari 2009, Duitse Garnalen (tussenuitspraak).

466 Kort gezegd: de NMa dient een inventarislijst te maken waarna de Duitse ondernemingen kunnen aangeven welke stukken zij alsnog vertaald zouden willen zien.

In Gernalen overweegt de rechtbank, naar aanleiding van de grieven inhoudende dat het rapport niet duidelijk maakt in hoeverre de leden van ondernemersvereniging Vebega een verwijt gemaakt werd, dat 'moet worden toegegeven dat in het rapport *grote nadruk* is gelegd op het handelen van Vebega bij de beschrijving van de begane overtredingen. In (...) het rapport wordt echter naar het oordeel van de rechtbank op *ondubbelzinnige wijze* aangegeven dat verweerder van mening is dat ook de leden van Vebega (...), de mededingingsregels hebben overtreden.' Derhalve is noch artikel 59 Mw, noch artikel 6 van het EVRM geschonden.<sup>467</sup>

Het recht op duidelijkheid van een beschuldiging is in de jurisprudentie van het Hof onderkend. De punten van bezwaar van de Commissie vervullen deze functie.<sup>468</sup> Dit document is 'een procedureel, voorbereidend document (...), dat uitsluitend bestemd is voor de ondernemingen waartegen de procedure is ingeleid, ten einde deze een doeltreffende uitoefening van hun recht op verweer te waarborgen'.<sup>469</sup> Van belang is dat de Commissie vervolgens geen andere beschuldigingen dan al in de punten van bezwaar genoemd, ten grondslag mag leggen aan een inbreukbesluit.<sup>470</sup> Dit laatste punt is in nationale uitspraken nog niet aan de orde geweest, maar het is te verwachten dat de nationale uitspraken deze lijn zullen volgen.

– *Bescherming van privé-leven (artikel 8 EVRM)*

Het recht op bescherming van privé-leven, neergelegd in artikel 8 EVRM, speelt een rol tijdens verificatiebezoeken. Tijdens verificatiebezoeken kunnen de grenzen van dit artikel worden overschreden; het verkregen bewijs zou dan onrechtmatig kunnen zijn. De rechtbank heeft zich over dit punt nog niet principieel uitgelaten, omdat in Erdo het beroep op artikel 8 EVRM werd ingetrokken ter zitting; de rechter toetst niet ambtshalve.<sup>471</sup> In *Mobiele Operators* werd bovendien het beroep op artikel 8 EVRM terzijde geschoven, omdat de desbetreffende onderneming (KPN) niet ten tijde van het bezoek heeft aangetekend 'dat zij het niet eens is met het uitvoeren van het bedrijfsbezoek en dat uit het feit dat zij aan haar wettelijke medewerkingsplicht voldoet niet mag worden geconcludeerd dat zij toestemming heeft verleend voor de toegang tot haar kantoren.' Daaruit mocht de NMa afleiden dat KPN toestemming had verleend, zodat van schending van artikel 8 EVRM geen sprake kon zijn. Doordat de nationale rechter zich over de inhoud van artikel 8 EVRM nog niet heeft uitgelaten, is niet aan de orde gekomen dat zich, wellicht, verschillen voordoen in de geboden bescherming van het EG-recht en het EVRM. Dit zou een verschil kunnen zijn tussen bescherming van de privé-sfeer van ondernemingen onder artikel 8 EVRM en het EG-rechtelijke principe van 'bescherming tegen willekeurige of onevenredige ingrepen van het openbaar gezag in de privé-sfeer van een natuurlijke

---

467 Rechtbank 19 juli 2006, Gernalen (cursief AG).

468 Zie bijv. gev. zaken 142 & 156/84 (beschikking van het Hof), Bat & Reynolds, ov. 13.

469 Gev. zaken 142 & 156/84 (beschikking van het Hof), Bat & Reynolds, punt 14.

470 Zie T-86/95, *Compagnie Générale Maritime*, ov. 442; en hierover Kerse & Khan 2005, p. 204.

471 Rechtbank 24 juli 2007, Erdo.

of rechtspersoon'.<sup>472</sup> Daarbij zou een verschil in benadering te zien zijn tussen de mensenrechteninvalshoek van het EHRM en de invalshoek van het Hof. Of dit betekent dat de waarborgen die door de EG-rechter en de EVRM-rechter tijdens (en voorafgaand) aan een verificatie worden vereist daadwerkelijk uiteenlopen, kan worden betwijfeld, maar dat wordt door een aantal commentatoren naar voren gebracht.<sup>473</sup> Als zich een spanning tussen beide beschermingsreikwijdten voor zou doen, gelden de al eerder geschetste uitgangspunten voor toepassing van EVRM, danwel EG-intepretatie. Overigens liggen prejudiciële vragen over artikel 81 EG dan voor de hand (vgl. hoofdstuk 3, par. 4.3). Het artikel 8 EVRM-recht op privé-leven is in de nationale context via de rechtstreekse werking van het EVRM van toepassing, zodat het te verwachten is dat de nationale rechter hier de EVRM-jurisprudentie zal toepassen. De meer recent toegevoegde bevoegdheid tot het binnentreden van woningen door ambtenaren van de NMa (of de Commissie) is in uitspraken nog niet aan de orde gekomen.<sup>474</sup> Artikel 8 EVRM speelt hierbij uiteraard een rol.

– Fishing expeditions

Zoals hiervoor genoemd, is ook het niet toegestaan zijn van *fishing expeditions* aan de orde geweest. Als sprake is van dergelijk vissen, mogen de aldus verkregen bewijsstukken en verklaringen die tijdens en volgend op de bedrijfsbezoeken tegenover de NMa zijn afgelegd, als *fruits of the poisonous tree* niet worden gebruikt, aldus de partijen in Fietsenkartel. De rechtbank wijst het beroep af, omdat wel degelijk het 'vermoeden was gerezen dat er door fabrikanten prijsafspraken gemaakt werden' en 'als een van de doelen van de bedrijfsonderzoeken [is] aangegeven het willen achterhalen of er door de fabrikanten een vorm van prijsbinding wordt toegepast'.<sup>475</sup>

– Medewerkingsplicht en zwijgrecht

De algemene gang van zaken rond het *horen tijdens een verificatie* en de uitoefening van de *cautieplicht* komt aan de orde in Pompstations.<sup>476</sup> Daarin vindt de rechtbank geen onregelmatigheid. Voor de toetsing wordt niet aangesloten bij de EG-rechtelijke regeling over het horen tijdens een verificatie. Dat is niet zo heel vreemd, omdat een dergelijke bevoegdheid tot voor kort ontbrak in het EG-recht en pas is ingevoerd bij Verordening 1/2003.<sup>477</sup> Dit neemt niet weg dat de Commissie wel gebruik maakte

---

472 Zaak C-227/92 P, Hoechstst, en uitgelegd in zaak C-94/00, Roquette Frères; zie over het in dit verband relevante EHRM-arrest Colas Est (16 april 2002, Colas Est, zaak 37971/97) ook Benjamin 2006; Rizza & Temple Lang 2002; Kranenborg 2002; Jansen 2002 b; Van der Wal 2002.

473 Zie bijv. Benjamin 2006, die stelt dat de uitkomst (de materiële bescherming) vrijwel overeenkomt. Anders: Van der Wal 2002; Kranenborg 2002.

474 Zie artikel 54a Mw, resp. artikel 21 Verordening 1/2003.

475 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel.

476 Rechtbank 24 juni 2005, Pompstations.

477 Artikel 19 Verordening 1/2003; en hierover Kerse & Khan 2005, p. 184-186. De Verordening bevat ook de nieuwe varianten van de oude mogelijkheden: het vragen van inlichtingen tijdens een verificatie, die de verificatie betreffen (artikel Artikel 20, lid 2 onder e Verordening 1/2003; zie hierover Kerse & Khan 2005, p. 176-178), en 'verzoeken om informatie' (artikel 18 Verordening 1/2003; ook hierover Kerse & Khan 2005, p. 134-144). Het is nooit helemaal duidelijk geworden welke informatie tijdens de verificatie mocht worden gevraagd (zie zaak 136/79, National Panasonic,

van dergelijke verklaringen, ook als bewijs.<sup>478</sup> Maar in het EG-rechtelijke systeem geldt ook *niet* een expliciete cautieplicht, die zodoende een procedurele afwijking blijft van het EG-mededingingsrecht, ingegeven door motieven van convergentie met de strafrechtelijke waarborgen (zie hoofdstuk 4, par. 3.2).

Op nationaal niveau is principieel geprocedeerd over de omvang van het *zwijgrecht* in relatie tot de *medewerkingsplicht*. De medewerkingsplicht is neergelegd in artikel 5:20 Awb. In Heijmans stelt de rechtbank dat er in de Awb geen aanleiding is voor de ‘de aanname van een beperking van de kring van personen tot wie een vordering tot medewerking in de vorm van het (laten) verstrekken van inlichtingen – wat in sommige gevallen ook kan betekenen het naar waarheid beantwoorden van vragen – kan worden gericht’.<sup>479</sup> Dat betekent dat de NMa ook een werknemer mag bevragen, ook al had de Commissie die bevoegdheid (nog) niet.<sup>480</sup> De enige beperking op de regel dat van een ieder inlichtingen kunnen worden gevorderd, wordt gevormd door het *evenredigheidsbeginsel* van artikel 5:13 van de Awb. Uit (de wetsgeschiedenis bij) artikel 5:20 Awb kan worden afgeleid dat ‘in beginsel een ruimere kring van personen dan alleen de (civielrechtelijke) vertegenwoordigers van een onderneming door de toezichthouder kunnen worden gehoord, mits voldaan is aan het criterium van betrokkenheid.’ In het concrete geval van Heijmans is van onevenredigheid geen sprake.<sup>481</sup> Heijmans had aangevoerd dat het horen van werknemers een loyaliteitsprobleem kan opleveren, omdat hen geen *zwijgrecht* toekomt. Maar dat is volgens de rechtbank onjuist. Het *zwijgrecht* – neergelegd in artikel 53 Mw en inhoudende dat ‘er geen verplichting bestaat aan de zijde van de onderneming een verklaring af te leggen ter zake van een vermeende overtreding van de Mw’ – is niet beperkt tot een bepaalde kring van personen.<sup>482</sup> Het is in deze uitspraak dat de rechtbank opmerkt dat de parallelle van bevoegdheden van de NMa met die van de Commissie niet is nagestreefd en de NMa derhalve verdergaande bevoegdheden toekomt. Dat geldt met name de kring van bevrageden. Dat neemt niet weg dat ook voor het Hof uitgebreid is geprocedeerd over de medewerkingsplicht en het beginsel van *nemo tenetur* (het *zwijgrecht*).<sup>483</sup> Die jurisprudentie, evenmin als de EVRM-jurisprudentie over het ook in artikel 6 EVRM besloten liggende beginsel van *nemo tenetur*,<sup>484</sup> komt in Heijmans

---

en Kerse & Khan 2005, p. 176-177), maar dat lijkt een beperktere bevoegdheid te zijn dan de verklaringen in Pomstations.

478 Kerse & Khan 2005, p. 184.

479 De rechtbank verwijst naar de wetsgeschiedenis bij artikel 5:20 Awb, rechtbank 11 juli 2006, Heijmans.

480 De Commissie heeft die bevoegdheid ondertussen wel, zie artikel 19 Verordening 1/2003.

481 Aan het criterium van betrokkenheid is voldaan, en ‘het enkele feit dat verweerder zich direct tot de betrokken werknemers heeft willen wenden zonder eerst de wettelijk vertegenwoordigers van eiseres te horen kan er op zichzelf niet reeds toe leiden dat verweerder in strijd met het evenredigheidsbeginsel heeft gehandeld’, rechtbank 11 juli 2006, Heijmans.

482 Rechtbank 11 juli 2006, Heijmans.

483 Zie voor jurisprudentieverwijzingen bijv. Kerse & Khan 2005, p. 138-143.

484 Zie onder andere EHRM 25 februari 1993, Funke; EHRM 17 december 1996, Saunders; en EHRM 3 mei 2001, J.B. Interessant is hier ook EHRM 29 juni 2007, O’Halloran en Francis, waarin het EHRM niet alleen aangeeft dat het *zwijgrecht* geen absolute bescherming geeft, maar ook dat van geval tot geval moet worden beoordeeld of sprake is van een eerlijk proces en omvang van het *zwijgrecht* kan afhangen van de *criminal charge* die aan de orde is.



niet aan de orde. In literatuur is ook hier echter wel opgemerkt dat er een verschil is in de bescherming geboden door het EVRM en onder het EG-recht.<sup>485</sup>

Ook in *Mobiele Operators* wordt een beroep gedaan op het beginsel van *nemo tenetur*. Nu wordt artikel 6 EVRM wel in stelling gebracht. De rechtbank overweegt: ‘met betrekking tot het beroep van O. op zijn zwijgrecht is tijdens de behandeling ter zitting door Telfort, met een beroep op het arrest Telfner (...) van het EHRM, betoogd dat het in strijd is met artikel 6 van het EVRM om het beroep op het zwijgrecht ten nadele van O2 uit te leggen. De rechtbank kan zich met dit betoog verenigen te meer nu er in het onderhavige geval, anders dan in de zaak Telfner, zelfs geen duidelijke aanwijzingen zijn dat de heer O. aanwezig was op de litigieuze bijeenkomst’.<sup>486</sup> Hier gaat de rechtbank derhalve niet in op artikel 53 Mw (waarin het zwijgrecht is neergelegd) en ook niet op de EG-rechtelijke jurisprudentie met betrekking tot het zwijgrecht.

– *Terinzagelegging (toegang tot het dossier)*

In nationale uitspraken is de terinzagelegging van stukken aan de orde. De terinzagelegging, de terminologie is afkomstig uit de Awb die van toepassing is als de Mededingingswet geen specifieke regeling bevat, is het nationale equivalent van het recht op toegang tot het dossier. Maar de terinzagelegging voor belanghebbenden heeft conceptueel wel een andere basis dan de toegang tot het dossier voor de beschuldigde onderneming. Zij is gebaseerd op de zorgvuldigheidsplicht voor het bestuursorgaan, in plaats van op het recht van verdediging van de beschuldigde onderneming.<sup>487</sup> De twee liggen in elkaars verlengde, – het niet voldoen aan het recht op toegang is onzorgvuldig – maar hebben een verschillende focus, die de interpretatie kan beïnvloeden (zie hoofdstuk 4, par. 3.2). De rechtbank gaat niet op de achtergrond in; het beroep op onvolledige en niet tijdige terinzagelegging wordt ongegrond verklaard.

De rechtbank overweegt dat de rechtbank ‘alle op de zaak betrekking hebbende stukken [heeft] ontvangen, en deze zijn eiseressen ook toegezonden, zodat zij over deze stukken ook de beschikking hebben gekregen. Eiseressen hebben van geen van die stukken gesteld dat ze deze niet in de bezwaarfase ter inzage hebben gekregen en/of dat ze door het niet krijgen ervan hun belangen niet voldoende hebben kunnen verdedigen’.<sup>488</sup>

Op deze manier gaat de rechtbank niet in op het principiële punt van de inzage in het dossier van de NMa *ten tijde van de administratieve fase*.<sup>489</sup> Een inbreuk op dit recht,

---

485 Zie Willis 2001; Benjamin 2006; Kerse & Khan 2005, p. 140-141; Cumming 2005.

486 Rechtbank 13 juli 2006, *Mobiele Operators*. Zie hierover kort ook Vos 2007. In hoger beroep is dit punt niet meer aan de orde.

487 Vgl. Widdershoven & De Lange 1996, p. 594.

488 Rechtbank 18 juli 2007, *Fietsenkartel*.

489 De toetsing van de vraag of toegang voldoende is geweest, komt altijd achteraf, als reeds duidelijk is welke onderdelen van het dossier als bewijs zijn gebruikt en daarvoor derhalve relevant zijn gebleken. Tijdens de administratieve fase is die onduidelijkheid er niet; vgl. Lenaerts & Vanhamme 1997, p. 539.

als dat tijdens de procedure voor de rechtbank wordt hersteld, is kennelijk een relatieve inbreuk en blijft, als de belangen van de onderneming niet zijn geschaad, zonder gevolgen; daarmee zou men kunnen stellen dat de basis ligt in de zorgvuldigheidsplicht en niet in een beschermingsrecht. Tegelijkertijd geldt die relativiteit ook in het EG-recht, waar het recht op toegang tot het dossier een belangrijk onderdeel vormt van de rechten van verdediging, maar niet wordt aangemerkt als zelfstandig beginsel: het betreft een uitwerking van het recht om te worden gehoord.<sup>490</sup> De EG-jurisprudentie blijft onbesproken. De jurisprudentie van het Hof bevat echter wel mededingingsrechtelijke uitwerkingen en nuances die in het algemene nationale bestuursrecht minder voorhanden zijn.

– *Bescherming van vertrouwelijke informatie*

Het recht op vertrouwelijke behandeling van vertrouwelijke stukken is de tegenhanger van de verplichting tot terinzagelegging/het recht op toegang tot het dossier. De toegang is niet onbepaald, maar wordt begrensd door de rechten van degene van wie de informatie afkomstig is. Vertrouwelijkheidsclaims worden door de NMa beoordeeld aan de hand van criteria van de Mededingingswet; beslissingen daarover leveren meestal geen besluiten op waartegen bij de rechtbank in Rotterdam kan worden opgekomen, zodat de civiele rechter bevoegd is (zie, ook voor kritiek, hoofdstuk 5, par. 5.5). Het is overigens opvallend dat de vertrouwelijkheid van stukken weinig problemen oplevert: op EG-niveau is hierover veel geprocedeerd en geschreven.<sup>491</sup> Ook hier is een interessante vraag hoe beslissingen over vertrouwelijkheid moeten worden getoetst. Dit hangt af van de vraag die de rechter zich stelt: dat kan zijn of het inderdaad vertrouwelijke informatie in de zin van de Mw c.q. Wob betreft (zie daarover hoofdstuk 5, par. 5.6) of de vraag of het bestuursorgaan de verschillende belangen juist tegen elkaar heeft afgewogen.<sup>492</sup> Het eerste kan vol worden getoetst en impliceert, bij vertrouwelijkheid, vrij absoluut dat er geen recht op toegang is. Het tweede impliceert een belangenafweging en kan met meer afstand worden getoetst, waarbij het rechtsbeschermingsidee van het recht op toegang tot het dossier een rol kan spelen, zelfs als de informatie als vertrouwelijk moet worden beschouwd. Een vergelijkbare afweging is te zien bij de vertrouwelijkheidsafweging onder artikel 8:29 Awb (zie hierna).

– *Redelijke termijn*

Artikel 6 EVRM omvat het recht op een beslissing binnen een redelijke termijn. Ook dit recht is verschillende malen voor de rechtbank ingeroepen. In AUV wordt het beroep gehonoreerd.<sup>493</sup> Daartoe sluit de rechtbank niet aan bij het Hof van Justitie, maar bij jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin het algemene kader voor toetsing

---

490 Zie over toegang tot het dossier ook zaak T-112/98, Mannesmannröhren-Werke AG; gev. zaken T-25/95 e.a., Cimenteries; en o.a. O.W. Brouwer 2001 b; Levitt 1997; Doherty 1994; Kerse & Khan 2005, p. 214-240.

491 Bijv. zaak C-62/86, Akzo, en o.a. Joshua 1994.

492 Vgl. Joshua 1994, p. 79.

493 Rechtbank 22 mei 2006, AUV; de rechtbank verlaagt de boete vanwege daadwerkelijke overschrijding.

of de redelijke termijn van artikel 6 EVRM is overschreden, uiteengezet is. Daaruit wordt afgeleid dat deze toetsing *ambtshalve* dient plaats te vinden.<sup>494</sup> In hoger beroep stelt de NMa de basis in de fiscale jurisprudentie van de Hoge Raad ter discussie en stelt dat de rechtbank bij het Hof had moeten aansluiten. Het CBb laat dit alles in het midden en geeft een op het mededingingsrecht toegespitste beschouwing over de redelijke termijn van artikel 6 EVRM. Noch Hoge Raad, noch Hof worden genoemd.<sup>495</sup>

– *Bezwaaradviescommissie*

Op een aantal punten waarbij de waarborging van de rechten van verdediging een rol kan spelen, verschilt de nationale procedure van de communautaire procedure. Een typisch nationale regeling heeft betrekking op de *advisering door een adviescommissie*. De Awb bevat hieromtrent een regeling: een Bezwaaradviescommissie staat de NMa bij.<sup>496</sup> In procedures bij de rechter is hieromtrent wel aangevoerd dat de regels van de Awb zijn overtreden, bijvoorbeeld omdat niet de voltallige adviescommissie bij het horen aanwezig was, of dat het beginsel van niet-vooringenomenheid is geschonden. In Fietsenkartel wordt dit afgewezen.<sup>497</sup> Ook blijkt uit die uitspraak dat er geen recht is op het geven van een reactie op het advies van de Bezwaaradviescommissie.<sup>498</sup> Deze grieven kunnen worden gezien als een beroep op bescherming van de rechten van verdediging van de desbetreffende ondernemingen, maar kennen geen Europeesrechtelijk equivalent.

– *Artikel 8:29 Awb*

Een tweede typisch nationaal voorschrift is artikel 8:29 Awb. In procedures bij de rechtbank rust op de NMa de verplichting tot het indienen van de ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’.<sup>499</sup> Wat precies onder die stukken wordt verstaan, is niet geheel duidelijk, maar de NMa dient over het algemeen een compleet dossier in. Dat dossier gaat vervolgens in kopie naar de andere partijen, tenzij de NMa een beroep doet op *vertrouwelijkheid van stukken* als bedoeld in artikel 8:29 Awb. De regeling houdt in dat na toetsing door een rechter-commissaris de vertrouwelijk aangemerkte stukken buiten het dossier worden gehouden en slechts met instemming van de partijen door de rechter aan zijn uitspraak ten grondslag kunnen worden gelegd.<sup>500</sup>

---

494 HR 22 april 2005, JB 2005/166.

495 CBb 3 juli 2008, AUV; CBb 3 juli 2008, Aesculaap. Zie vervolgens ook de toepassing daarvan in rechtbank 17 oktober 2008, Lareco NL en rechtbank 17 oktober 2008, Schagen Zwolle.

496 Het Adviescomité is niet vergelijkbaar met de Bezwaaradviescommissie (vgl. Kerse & Khan 2005, p. 287-295).

497 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel.

498 Rechtbank 18 juli 2007, Fietsenkartel.

499 Artikel 8:42 Awb.

500 Als de NMa later aangeeft sommige stukken toch niet als vertrouwelijk aan te merken en de rechtbank voegt deze toe aan het dossier, is dat niet in strijd met de rechten van verdediging van de beschuldigde onderneming, aldus CBb 3 juli 2008, AUV.

Deze regeling levert verschillende problemen op. Zo kan het gebeuren dat om te voorkomen dat vertrouwelijke informatie in de uitspraak terecht komt, de NMa en de partijen wel (omdat de informatie van hen afkomstig is bijvoorbeeld), maar de rechtbank niet de beschikking heeft over bepaalde stukken. Dat komt mede doordat artikel 8:29 Awb geen mogelijkheid geeft voor gedifferentieerde vertrouwelijkheid; het is niet mogelijk te differentiëren tussen partijen en het beroep op vertrouwelijkheid slechts ten opzichte van één van de partijen te doen. Een volgend probleem is dat, afhankelijk van de achterliggende reden voor de vertrouwelijkheidsclaim, het de NMa kan zijn die deze claim verdedigt, terwijl het gaat om informatie van derden. De belangen van die derde worden derhalve slechts indirect vertegenwoordigd. Problematisch kan ook zijn dat de gevolgen van een vertrouwelijkheidsclaim en het niet verlenen van toestemming niet vaststaan. Het niet verlenen van toestemming komt daadwerkelijk voor.<sup>501</sup> Ten wiens laste komt het dan dat de rechtbank niet over alle informatie beschikt? Mag dat wel ten laste komen van degene die geen toestemming verleent, als daar goede redenen voor kunnen zijn? Een bijkomstig probleem van met name praktisch belang is dat door de gevolgde procedure in bijna iedere mededingingsrechtelijke zaak in ieder geval vier rechters, en in het geval van een voorziening een vijfde, betrokken zijn in één procedure. Gelet op de vrij beperkte omvang van de mededingingskamer in Rotterdam kan dit bezettingsproblemen opleveren (zie ook hoofdstuk 9, par. 7). Deze punten zijn in uitspraken niet aan de orde gekomen.

Fundamenteel problematisch – en aan de orde bij de rechtbank – is de verhouding tussen artikel 8:29 Awb en de rechten van verdediging, zoals onder meer neergelegd in artikel 6 EVRM.<sup>502</sup> De vraag is vooral of een beroep op vertrouwelijkheid wel kan worden gehonoreerd als het gaat om stukken die aan een sanctiebesluit ten grondslag zijn gelegd. Het antwoord van de rechtbank is gebaseerd op zowel de jurisprudentie van het Hof als van het EHRM, en houdt in dat dit niet kan.

In SEP, een uitspraak over artikel 24 Mw, maar voor het kartelverbod niet minder van belang, stelt de rechtbank: ‘uit de vaste jurisprudentie, ook van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (...) en van het Hof van Justitie (...), volgt dat voor het kunnen voeren van een adequate verdediging onder meer is vereist dat de overtreder *inzage heeft in alle stukken* die door het tot boeteoplegging bevoegde bestuursorgaan aan het besluit omtrent het opleggen van een boete *ten grondslag* zijn gelegd dan wel *anderszins relevant* zijn voor (de toetsing van) dat besluit. Dat geldt zowel voor de stukken die van belang zijn voor de ‘bewezenverklaring’ als voor de stukken die van belang zijn voor de “strafmaat”’.<sup>503</sup>

---

501 Bijv. rechtbank 4 maart 2008, Solétanche.

502 Zie ook ABRvS 8 april 2009, waarin de vraag aan de orde is of beperkte kennisneming op basis van artikel 8:29 Awb van een verificatierapport dat is opgesteld door de Nederlandse ambassade in Islamabad ten behoeve van de inschrijving van een huwelijk in de Gemeentelijke Basisadministratie in strijd is met artikel 6 EVRM ontkennend wordt beantwoord, onder verwijzing naar de uitspraak van het EHRM van 19 juli 1995, Kerjärvi. Het gaat daarbij echter niet om een criminal charge.

503 Rechtbank 26 november 2002, SEP (cursief AG).

Dit betekent dat de NMa geen vertrouwelijkheid kan claimen voorzover het gaat om stukken die van belang zijn voor de bewezenverklaring en voor de strafmaat. Dit levert een dilemma op voor de NMa: ‘voorzover verweerder ten aanzien van een of meer van dergelijke stukken niettemin het belang van de bedrijfsvertrouwelijkheid wil laten prevaleren en die stukken daarom niet ter inzage wil leggen, kan verweerder die keuze in beginsel maken. In dat geval kunnen en mogen die stukken echter niet worden betrokken bij de totstandkoming van een bewezenverklaring en ook niet bij de bepaling van de strafmaat’. De NMa zal derhalve die belangenafweging moeten verrichten.<sup>504</sup>

### 5.5 Slotopmerking ten aanzien van convergentie in de toetsing

Hierna geef ik in de eindconclusie de overkoepelende lijnen van materiële convergentie, convergentie in bewijs en in de toetsing weer (par. 6). Wat de toetsingsconvergentie betreft, volstaat hier het volgende. In hoofdstuk 4 (par. 3.3.5) heb ik aangegeven dat een vergelijking tussen Gerecht en rechtbank enerzijds en Hof en CBb anderzijds op sommige vlakken mank loopt. Het CBb is immers, anders dan het Hof, ook feitenrechter. In artikel 6 Mw-zaken vervult het CBb zijn rol van feitenrechter ook daadwerkelijk. In die zin is zijn positie, net als die van de rechtbank, eerder equivalent aan de positie van het Gerecht dan aan die van het Hof. Tegelijkertijd is het CBb echter ook de hoogste nationale mededingingsrechter: haar uitspraken worden door de rechtbank gevolgd. Het CBb verbetert de rechtbank bij een verkeerde uitleg van juridische begrippen<sup>505</sup> en in de kwalificatie van de feiten.<sup>506</sup> Ook geeft het CBb algemene overwegingen ten aanzien van de onderzoeksplicht die op de NMa rust,<sup>507</sup> soms ten aanzien van bewijsaspecten, en ook over de toetsingswijze door de rechter.<sup>508</sup> De uitspraken zijn op deze punten soms zeker niet minimalistisch. In die zin is de positie van het CBb vergelijkbaar met die van het Hof, zij het dat de interpretatie van het CBb van juridische concepten in zekere zin een voorwaardelijke interpretatie betreft, onderworpen aan de uiteindelijke interpretatie van het Hof. De toetsing van de interpretatie van die begrippen is overigens vol, in overeenstemming met het algemene bestuursrecht en de jurisprudentie van het Hof, zowel bij de rechtbank als bij het CBb.

Een van de belangrijke vragen van convergentie is die van de toetsingsmaatstaf of toetsingsintensiteit. Laat de nationale rechter zich hierbij leiden door de toetsing van de EG-rechter? Het antwoord is niet helemaal duidelijk. De toetsingsmaatstaf lijkt op het EG-recht te zijn gebaseerd, maar dat wordt niet geëxpliciteerd, en de gelijke toetsingswijze zou ook verklaard kunnen worden doordat de systemen van hand-

---

504 Zie voor de oplossing van een vergelijkbaar probleem in het kader van aanbestedingsrecht door het Hof zaak C-450/06, Varec, en het verschil met de artikel 8:29-afweging de annotatie van Widdershoven 2008 b.

505 Zoals in CBb 26 mei 2004, Vodafone Libertel.

506 Zoals in CBb 28 oktober 2005, Modint; CBb 2 mei 2006, Golfers.

507 Zoals in CBb 28 oktober 2005, Modint; CBb 7 december 2005, Secon; en CBb 6 oktober 2008, NIP.

508 CBb 31 december 2007, Mobiele Operators.

having en rechterlijke toetsing vergelijkbaar zijn. Dat geldt voor de marginale toetsing van oude ontheffingsbesluiten, en ook voor de niet geheel volle toets van de kwalificatie van feiten. Door de vergelijkbare systemen van administratief recht zijn ook vergelijkbare concepten geëvolueerd, die dan ook op vergelijkbare wijze worden toegepast. De vrij specifieke toetsing van complexe economische beoordelingen van het Hof is in een nationale context nog niet als zodanig aan de orde geweest. Bovendien blijft de toetsingsmaatstaf onduidelijk, omdat de rol van artikel 6 EVRM hierbij nauwelijks wordt geëxpliciteerd. Daaruit kan een volle toets van het sanctiedeel van een boetebesluit in ieder geval worden afgeleid (en deze wordt door nationale rechter en EG-rechter ook toegepast). Enige afstand vanwege economische beoordelingen lijkt daarmee echter niet in strijd. Een deel van de beslismogelijkheid die de NMa zou kunnen verkrijgen door een afstandelijker toets, is in de nationale context ingevuld door jurisprudentie van het Hof. Dat ligt gedeeltelijk voor de hand, meer bij de interpretatie van begrippen dan bij de kwalificatie van de feiten, maar gaat soms ook verder dan op grond van de wettelijke convergentie noodzakelijk is.

Bij de waarborging van de rechten van verdediging speelt een heel eigen dynamiek. De rechter baseert zich voor de inhoud van de rechten van verdediging op een veelheid van bronnen (EVRM, EG, Awb en Mw, algemene beginselen). Zij zouden onderling kunnen conflicteren, hoewel dat niet in de uitspraken naar voren is gekomen. Dat neemt niet weg dat waar de nationale regeling een lacune in rechtsbescherming kent of een onduidelijke bescherming, deze wordt opgevuld door verwijzingen naar verdergaande bescherming in het EG-recht. De complexe relatie tussen het rechtstreeks of indirect gelden van EVRM-vereisten, al naar gelang het EG-recht mede aan de orde is, die op verschillende plaatsen hiervoor naar voren kwam, is in uitspraken eigenlijk niet aan de orde; althans, niet principieel. De Bosphorus-uitspraak is geen punt van principiële overwegingen,<sup>509</sup> terwijl Bosphorus-achtige situaties zich wel voordoen. Wellicht is de CBb-houding, die vrij recent naar voren komt in de tussenuitspraak in het hoger beroep in de Garnalen-zaak nog wel het meest pragmatisch bij de toepassing van artikel 81 EG en de waarborging van de rechten van verdediging: noemen dat ook het Hof aansluit bij het EVRM en dan vervolgens zelf de interpretatie van het EVRM bepalen en toepassen.<sup>510</sup>

## 6 CONCLUSIE

De algemene conclusie van dit hoofdstuk luidt dat de wettelijke convergentie – die verschillende wetgevingstechnieken omvat, zoals het rechtstreeks verwijzen naar het EG-verdrag, het overnemen van een bepaling in een vrijwel gelijke vorm in de Mededingingswet, al dan niet ondersteund door een inspiratieverwijzing in de Memorie van Toelichting (zie par. 2) – bij de toepassing van het verbod op mededingingsbeperkende gedragingen enerzijds over het algemeen *wel* leidt tot rechter-

---

509 EHRM 30 juni 2005, Bosphorus.

510 CBb 19 januari 2009, Duitse Garnalen (tussenuitspraak).

lijke materiële convergentie, en anderzijds slechts leidt tot een *gedeeltelijke* convergentie ten aanzien van bewijs en toetsing. De premisse dat materiële convergentie als gevolg heeft dat procedurele convergentie ontstaat (vergelijk hoofdstuk 1, par. 3), wordt derhalve niet geheel ondersteund door de uitspraken over het kartelverbod. Dat neemt niet weg dat er ook voor de procedurele aspecten van bewijs en toetsing, met name voor de ‘materiële’ regels van bewijs en de formulering van de onderzoeksplicht voor de toezichthouder om een inbreuk vast te stellen, sprake is van beïnvloeding door het Europese mededingingsrecht.

– *Begrippen*

De wettelijke convergentie wordt door de nationale mededingingsbestuursrechter bij de toepassing van de begrippen vrijwel steeds expliciet gevolgd. Dit houdt in dat waar in de Mededingingswet voor begripsdefinities wordt verwezen naar het EG-verdrag, de rechter het begrip invult overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof en zijn overwegingen daar ook expliciet op baseert (par. 3.1). Voor bewijsrechtelijke aspecten bij de toepassing van deze begrippen wordt over het algemeen eveneens verwezen naar jurisprudentie van het Hof (par. 4.2.1). Toetsing van de interpretatie van begrippen en toetsing van de vraag of de feiten juist zijn vastgesteld, is vol, maar de uiteindelijke interpretatie van begrippen is voorbehouden aan het Hof. De volle toets geldt in beginsel ook voor de kwalificatie van feiten (par. 5.1, maar zie hierna voor o.a.f.g.’s). Daarbij dient te worden opgemerkt dat EG-jurisprudentie en Commissiebeschikkingen dienen als precedent: zowel als bindende uitleg van het wettelijke begrip, wat vanwege de desbetreffende wetgevingstechniek voor de hand ligt, maar ook als feitenprecedent, waardoor de kwalificatie van de feiten (mede) door aansluiting bij het EG-voorbeeld wordt bepaald (par. 3.1).

– *Verbod*

Het materiële verbod, de kern van artikel 6 Mw en artikel 81 EG, is in de Mededingingswet overgenomen uit het EG-verdrag (een juridische transplantatie). Het verbod kan worden aangemerkt als vage norm: de uitleg van deze norm en het toepassingsbereik van het verbod staan niet bij voorbaat vast en zijn aan verandering onderhevig. De uitleg van de norm door het Hof lost deze inherente onzekerheid niet op, omdat de onzekerheid mede is gelegen in de voortdurende ontwikkeling van het mededingingsbeleid op Europees niveau, van de doelstellingen van het mededingingsrecht en de verhouding tussen het mededingingsbeleid en andere Europese beleidsterreinen (zie par. 2.1.2). De wetgevingstechniek van transplantatie (met de ‘niet-strenger-niet-soepeler’-clausule van de Memorie van Toelichting) levert in theorie meer ruimte op voor een eigen invulling van het verbod dan de bij begripsbepalingen toegepaste techniek van de juridische bypass. De inherente onduidelijkheid in concepten en leerstukken, zoals het onderscheid tussen doelbeperking en effectbeperking, de leerstukken van nevenrestricties en *rule of reason*, de rechtstreeks werkende uitzondering en de plaats van efficiënties daarin, en de rol van het merkbaarheidsvereiste, kan leiden tot vragen op nationaal niveau (par. 2.1.2). Zonder dat de nationale rechter van de Europese interpretatie *wil* afwijken, kan enige divergentie ontstaan in de uitleg en de toepassing (zie bijvoorbeeld par. 3.2.1 en par. 3.2.5).

De spanning en ruimte voor een eigen invulling kan ook worden gevonden waar de nationale rechter juist wil aansluiten bij Europeesrechtelijke precedënten, maar in de concrete toepassing van de norm op een nationale casus sprake is van ‘achteloze’ convergentie. De ruimte ontstaat vooral daar waar de Europese interpretatie van de norm mede is ingegeven door het internemarktimperatief en de overkoepelende of achterliggende gedachte van een economische benadering van het verbod de nationale rechter tot een andere kwalificatie op nationaal niveau zou kunnen brengen dan gezien EG-jurisprudentie te verwachten zou zijn. Dit vergt een niet-minimalistische benadering (vergelijk hoofdstuk 4, par. 4). Deze ruimte wordt door de nationale rechter niet benut, en zelfs expliciet afgewezen (zie par. 3.2.1). Mijns inziens valt echter te bepleiten dat de convergentiegedachte van de wetgever het diepere, achterliggende niveau betreft. Zij zou deze (normatief) in ieder geval *moeten* betreffen. Meer concreet: de nationale rechter volgt de wettelijke convergentie door ook aan te sluiten bij het aanmerken van een bepaald type beperking als doelbeperking waar het Hof dat doet, en omdat het Hof dat doet, terwijl de kwalificatie van het Hof mede is ingegeven door het internemarktimperatief, en een economische benadering van de overeenkomst tot de conclusie zou kunnen leiden dat geen sprake is van een doelbeperking. Door de beperking niet als doelbeperking aan te merken ontstaat divergentie, maar deze kan als *schijn*divergentie worden gezien. Met de economische benadering als overkoepelend uitgangspunt, die op nationaal niveau op *zaakniveau* tot andere uitkomsten kan leiden dan op Europees zaakniveau, blijft convergentie gewaarborgd in het *overkoepelende idee* bij de uitleg van het concept ‘mededingingsbeperking’.

– *Economische benadering en convergentie ten aanzien van de onderzoeksplicht*

De economische benadering van het kartelverbod wordt over het algemeen door de nationale rechter onderschreven. De door de rechtbank als standaardoverweging overgenomen Modint-bewoordingen van het CBb ten aanzien van de onderzoeksplicht voor de NMa is weliswaar te vergaand in vergelijking met de daaraan ten grondslag liggende jurisprudentie van het Hof, – de onderzoeksplicht en de bewijsvoeringslast voor de NMa om vast te stellen dat sprake is van een doelbeperking is te veelomvattend – maar dit is recent door het CBb gemitigeerd (par. 3.2.1). In de praktijk werd de Modint-onderzoeksplicht over het algemeen ook al niet daadwerkelijk opgelegd, al werd zij door de rechtbank wel steeds genoemd. Daardoor werd het bewijs voor een doelbeperking gemakkelijker geleverd dan Modint zou doen vermoeden. Dit betekent dat de rechtbank hier iets anders *zegt* dan dat zij daadwerkelijk *doet*. Ook betekent dit dat de praktijk al meer in overeenstemming was met het EG-recht dan de Modint-overweging van het CBb. In ieder geval ligt de bewijslast bij de NMa, maar de bewijsmaatstaf lijkt bij doelbeperkingen vooralsnog vrij laag; uitspraken van het CBb zijn hierop een uitzondering (par. 4.2.2). Daaruit volgt dat een *economische benadering van doelbeperkingen* in uitspraken van de rechtbank minder duidelijk aan de orde is dan bij het CBb. Een dergelijke economische benadering van doelbeperkingen lijkt een strengere onderzoeksplicht mee te brengen, die richting de onderzoeksplicht bij een effectbeperking gaat, maar daarvan (nog) wel is te onderscheiden (vergelijk par. 4.2.2 en 4.2.3). Dit is in overeenstemming met ontwikkelingen op EG-niveau, waarnaar door de nationale mededingingsbestuurs-



rechter wordt verwezen. Hier is derhalve sprake van convergentie. Toch blijkt dat beroepen tegen besluiten waarbij een doelbeperking is geconstateerd vrijwel steeds bij de rechtbank in stand blijven (par. 4.2.2).

Bij niet-doelbeperkingen, beperkingen waarvan de daadwerkelijke mededingingsbeperking ook volgens jurisprudentie van het Hof moet worden onderzocht, wordt door de nationale rechter de economische benadering uit het EG-recht gevolgd: deze rechterlijke convergentie is eveneens expliciet (par. 4.2.3). Bij het onderzoek naar merkbaarheid – het vereiste zelf is door de nationale rechter in overeenstemming met EG-jurisprudentie ook in artikel 6 Mw gelezen voor zowel doelbeperkingen als effectbeperkingen (par. 3.2.5) – wordt door het CBb in Secon een algemene onderzoekspllicht uiteengezet, die door de rechtbank wel steeds wordt aangehaald, maar vervolgens in de praktijk opzij geschoven: het bewijs voor merkbaarheid kan door de NMa gemakkelijk worden geleverd door te wijzen op hoge marktaandelen. Het is daarbij niet helemaal duidelijk of de Secon-overweging of juist de praktische benadering van de rechtbank meer in overeenstemming is met het EG-recht (par. 4.2.5).

Voor het vaststellen van een mededingingsbeperking wordt vaak een mix gebruikt van direct en indirect bewijs. Er is ook in de praktijk sprake van een vrije bewijsleer, in die zin dat de bewijswaarde niet vooraf vast staat en in de omstandigheden van het geval, overeenkomstig de algemene vuistregels, lijkt te worden vastgesteld. Economisch bewijs speelt vooralsnog een ondergeschikte rol. Mondelinge verklaringen worden gebruikt als bewijsmiddel, maar niet zonder ondersteuning van ander bewijs; de kritische kanttekeningen die daarbij kunnen worden geplaatst, worden vooralsnog over het algemeen niet gecompenseerd door bevraging ter zitting, door de rechtbank of de wederpartijen (par. 4.2.8). Veel vragen betreffende de economische benadering van doelbeperkingen, effectbeperking, merkbaarheid en uitzonderingen zijn niet aan de orde gekomen in de uitspraken van de nationale mededingingsbestuursrechter (par. 3.2, par. 4.2.3 en par. 4.2.5). Dat betekent ook dat de in hoofdstuk 4 opgeworpen vragen over complexe economische oordelen, de weging van efficiënties, economisch bewijs en economische toetsing niet of slechts zijdelings aan bod zijn. De nationale rechter heeft vooralsnog geen deskundigen benoemd om hem bij te staan in het evalueren van economisch bewijs. De voorliggende casusposities hebben daartoe ook geen aanleiding gegeven, omdat economisch bewijs geen hoofdrol speelt (par. 4.2.8). Ook voor het overige lijkt voor de rechter geen actieve eigen rol te zijn weggelegd in de vaststelling van de feiten, ondanks diens bevoegdheden daartoe. Of sprake is van convergentie in deze meer materiële onderwerpen van onderzoekspllicht en bewijs, is derhalve nog niet bevestigd.

#### *– Bewijsrechtelijke convergentie*

De vraag of de materiële convergentie in de verbodsnorm – naast de door de rechter nagestreefde convergentie in de onderzoekspllicht voor de NMa – ook verder leidt tot convergentie in bewijs, levert een complex antwoord op, samen te vatten met ‘ja en nee’. Nee, de materiële convergentie leidt in ieder geval niet tot volledige bewijsrechtelijke convergentie, want voor sommige aspecten lijkt de nationale rechter af

te wijken. De bewijsmaatstaf wordt niet op grond van EG-recht, maar nationaal vastgesteld; deze is vrij onduidelijk, maar lijkt lager te zijn dan de bewijsmaatstaf aangelegd door het Hof (par. 4.1). De bewijslastverdeling wijkt in algemene zin weer *niet* af van de EG-bewijslastverdeling: zij rust op de NMa, tenzij een beroep wordt gedaan op een uitzondering (par. 4.2). Maar dit kan op twee manieren worden geïnterpreteerd. Ten eerste als ondersteuning van de gedachte dat materiële convergentie zich als een olievlek uitspreidt over bewijs (en toetsing) doordat deze bewijslastverdeling is neergelegd in Verordening 1/2003 en daarin de reden wordt gezien voor de nationale bewijslastverdeling, zij het impliciet. De gelijke bewijslastverdeling kan ook alternatief verklaard worden: zij is weliswaar gelijk, maar dat is niet het *rechtstreekse* gevolg van wettelijke materiële convergentie (vergelijk hoofdstuk 3, par. 4.4). De nationale bewijslastverdeling is de ‘gewone’ nationale bestuursrechtelijke bewijslastverdeling en de gelijkheid daarvan met de Europese bewijslastverdeling is een gevolg van de vergelijkbare algemene bestuursrechtelijke context, en de gelijke menseigen ideeën van redelijkheid en gezond verstand, vloeit voort uit artikel 6 EVRM, waarop zowel de nationale rechter als de EG-rechter zich baseert, en is ten slotte slechts indirect een gevolg van de wettelijke materiële convergentie, omdat het vanwege deze gelijke algemene uitgangspunten voortvloeit uit de wettelijke, geconvergeerde bepaling. Artikel 2 van Verordening 1/2003 brengt daarin geen wijziging, en heeft derhalve in feite geen effect in de nationale context.

Op een specifiekere niveau wordt de beïnvloeding echter duidelijker. In het EG-recht worden door het Hof *bewijsvermoedens* gehanteerd. Door bewijsvermoedens wordt afgeweken van de algemene bewijslastverdeling. Zij zijn daarom een toetssteen voor de vraag of materiële convergentie leidt tot bewijsrechtelijke convergentie. Het type bewijsvermoedens bestaande uit *veilige havens* voor ondernemingen met marktaandelen beneden een bepaalde drempel, waardoor de bewijslast in feite wordt omgedraaid, speelt in uitspraken van de nationale rechter echter geen rol, zodat het onduidelijk is of de veilige havens van de EG-groepsvrijstellingen onverkort gelden onder de Mededingingswet. Een samenhangende lezing van uitspraken en tekst van de Mededingingswet doet dit wel vermoeden: het is zeer waarschijnlijk dat deze bewijsvermoedens zullen worden gezien als onderdeel van de doorwerking van de Europese groepsvrijstellingen. Het lijkt logisch dat zij ook in nationale situaties zullen worden toegepast (als spill-over-effect). Andere bewijsvermoedens, bijvoorbeeld bij het begrip ‘overeenkomst’, worden onder verwijzing naar EG-jurisprudentie wel toegepast (par. 4.2.1). Dat is weer anders voor een van de bewijsvermoedens die gebruikt worden om een o.a.f.g te kunnen vaststellen. Het bewijsvermoeden van *causaal verband* dat uit EG-rechtelijke jurisprudentie volgt, is door de rechtbank ‘gewoon’ toegepast, maar is bij het CBb onderwerp van prejudiciële vragen (par. 4.2.4). In een casus waarbij de NMa zich mede baseert op artikel 81 EG, stelt het CBb dat het bewijsvermoeden ofwel via het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming/effectiviteit zou kunnen gelden, ofwel via het inherent zijn aan het wettelijke begrip (dat in dit geval met een juridische bypass is gedefinieerd). Beide manieren leiden tot bewijsrechtelijke convergentie, zij het dat in het eerste geval het bewijsvermoeden op grond van EG-recht slechts geldt voor de toepassing van artikel 81 EG en dus pas met een extra stap – een spill-over-effect om twee sets van proce-

durele regels te voorkomen – ook kan gelden voor artikel 6 Mw (zie hoofdstuk 3, par. 4.3). Dat is langs de tweede lijn te voorkomen, maar die tweede lijn brengt het gevaar van een al te groot, vrijwillig, verlies van autonomie mee.

Het lijkt er in de uitspraken van de mededingingsrechter in het algemeen op dat hoe dichter de bewijsregel, niet alleen voor bewijsvermoedens maar ook ten aanzien van de bewijslevering, bij de materiële bepaling ligt, hoe gemakkelijker door de rechter de (kennelijk daaraan inherent beschouwde) specifieke bewijsregel wordt gehanteerd. Dat geldt met name voor begripsbepalingen, maar ook voor de materiële norm en de aan de orde zijnde bewijsmiddelen. In die zin is het antwoord op de vraag derhalve: ja, materiële convergentie leidt tot bewijsrechtelijke convergentie.

De algemene conclusie ten aanzien van convergentie in het bewijs is dat de rechtbank minder moeite lijkt te hebben met het overnemen van bewijsregels uit de jurisprudentie van het Hof, dan het CBb (vergelijk ook hierna, hoofdstuk 7, par. 6). De bewijsmaatstaf en bewijslastverdeling lijken als nationale concepten te worden gezien: een gelijkennis tussen nationaal niveau en EG-niveau hoeft niet het gevolg te zijn van wettelijke materiële convergentie. Net als andere aspecten, zoals de bewijswaarde die aan verschillende bewijsmiddelen moet worden toegekend, zijn deze regels gebaseerd op redelijkheid en de materiële bepaling zelf. Hoe dichter de bewijsregel bij het materiële recht ligt, hoe meer reden er lijkt te zijn voor een expliciet aansluiten bij jurisprudentie van het Hof: dit is duidelijk bij de wijze van bewijslevering van wilsovereenstemming of afstemming. Als echter sprake is van een van de algemene regels van bewijslastverdeling afwijkende mededingingspecifieke regel, lijkt daar een grens te liggen. Pas als EG-rechtelijke effectieve rechtsbescherming daartoe dwingt, zal dan die specifieke bewijsregel wellicht gelden. Daardoor wordt – via spill-over-effecten – uiteindelijk eveneens bereikt dat sprake is van convergentie in regels van specifiek mededingingsrechtelijk bewijsrecht.

#### *– Toetsing van de materiële norm*

Ook voor de toetsing van (met name) de kwalificatie van de feiten en economische beoordelingen op grond van economisch bewijs kan de vraag worden gesteld of materiële convergentie leidt tot procedurele convergentie. De toetsing in het nationale bestuursrecht is over het algemeen vol, net als in het EG-recht, tenzij er argumenten zijn voor een beperktere toets. Die argumenten liggen op verschillende vlakken, maar lijken met name aan de orde als sprake is van economische beoordelingen die op het niveau van de toezichthouder moeten worden vastgesteld: de toezichthouder komt in dat geval beslissruimte toe (hoofdstuk 4, par. 3.4). Dit is met de nodige nuances aan de orde in jurisprudentie van het Hof. Het CBb sluit voor de algemene toetsingsmaatstaf niet aan bij de EG-jurisprudentie, maar bij zijn eigen overwegingen in het concentratietoezicht (par. 5.2). Die overwegingen *lijken* wel gebaseerd op de toetsing door het Gerecht van concentratiebesluiten, maar ook daar wordt niet naar die EG-rechtelijke toetsing verwezen (vergelijk ook hoofdstuk 7, par. 5.3.3). Toch geeft de desbetreffende overweging van het CBb de NMa een zekere beoordelingsruimte bij de kwalificatie van de feiten. Of deze ruimte kan worden gezien als toepassing van de beoordelingsmarge bij complexe economische analyses zoals die

door het Hof wordt gegund aan de Commissie, wordt niet expliciet beantwoord. De vraag of sprake is van convergentie als gevolg van materiële convergentie, blijft derhalve verstoken van een duidelijk antwoord. Het antwoord is mede afhankelijk van de vraag of de vergelijkbare toetsing, nu zij niet expliciet gebaseerd is op de EG-toetsing, niet anders dan door materiële convergentie kan worden verklaard. Dat blijft vooralsnog onduidelijk.

In de daadwerkelijke toetsing kan een dichotomie langs de scheidslijn tussen doelbeperking en effectbeperking (zoals die wellicht uit het EG-recht voortvloeit) niet direct worden herkend. Dat neemt niet weg dat doelbeperkingen over het algemeen ‘gemakkelijker’ worden vastgesteld. Dat bij effectbeperkingen een grotere beslissruimte bestaat als gevolg van economisering van het mededingingsrecht, lijkt wel te kunnen worden afgeleid uit uitspraken, maar de economische benadering van doelbeperkingen staat een nette scheiding in de weg (par. 5.2.3). De toetsingsintensiteit blijft ook onduidelijk, omdat het EVRM in dit verband in de nationale uitspraken geen overwegende rol speelt. Daaruit kan een volle toets van het sanctiedeel van een boetebesluit in ieder geval worden afgeleid (en deze wordt door nationale rechter en EG-rechter ook toegepast), maar het is niet duidelijk of deze volle toets ook voor het inbreukdeel van een boetebesluit moet gelden. Enige afstand vanwege economische beoordelingen lijkt daarmee echter niet in strijd.

Wat toetsing van uitzonderingen betreft, geldt dat de oude ontheffingsbeschikkingen duidelijk en expliciet marginaal werden getoetst, net als de ontheffingsbeschikkingen van de Commissie. Dat levert de vraag op of deze beslissruimte nu, met de rechtstreeks werkende uitzondering, is overgegaan op de ondernemingen die een beroep doen op de uitzondering. Enerzijds lijkt het vervallen van de discretionaire bevoegdheid er op te wijzen dat dit niet het geval kan zijn, anderzijds is het dan de vraag hoe de weging van verschillende effecten en eventueel de weging van betrokken belangen kan worden getoetst (par. 5.3).

De toetsing aan rechten van verdediging, als onderdeel van de toetsing van de procedure, levert een heel eigen dynamiek op. Deze toets is vol (overeenkomstig de algemene uitgangspunten van het bestuursrecht), maar niet altijd ambtshalve. De eigen dynamiek betreft met name de vraag waar de nationale rechter de rechten van verdediging vindt. De rechter baseert zich daarbij op verschillende bronnen (EVRM, EG, Awb en Mw, algemene beginselen). Deze kunnen mogelijk conflicteren en leveren soms een verschil in benadering op. Een dergelijk conflict is in de uitspraken niet expliciet aan de orde. De verhouding tussen EVRM en EG bij de decentrale toepassing van EG-recht en rol van de Bosphorus-uitspraak in dit verband, komt niet uitdrukkelijk aan bod.<sup>511</sup> In de uitspraken blijkt dat als de nationale regeling verdergaande *bevoegdheden* voor de NMa neerlegt dan waarover de Commissie

---

511 In een niet-mededingingsrechtelijke uitspraak van het CBb, namelijk van 23 april 2008, Socopa International, is die aandacht er wel: in die landbouwzaak is er ‘geen grond voor het oordeel dat de bescherming van rechten die appellante ontleent aan het EVRM in voorliggend geval overduidelijk tekort schiet’.

beschikt, de nationale regeling (logischerwijs) voor gaat. Dat neemt niet weg dat waar de nationale regeling een lacune in *rechtsbescherming* kent, of een onduidelijke bescherming, deze wordt opgevuld door verwijzingen naar verdergaande bescherming in het EG-recht. Wat de toetsing aan procedurele waarborgen betreft, is echter geen sprake van convergentie in die zin dat een toets aan procedurele beginselen aan belang wint als de toetsing van de materiële beoordeling terugtreedt, zoals door het Hof wordt benadrukt (hoofdstuk 4, par. 3.2).

– *De waarde van Commissiebeschikkingen in een nationale procedure*

De nationale rechter vult de verbodsnorm in aan de hand van EG-jurisprudentie, maar soms ook aan de hand van Commissiebeschikkingen. Zij dienen als juridisch en feitelijk precedent (zie hoofdstuk 4, par. 4); soms als surrogaat voor het zelf kwalificeren van de feiten of het juridisch beoordelen daarvan. Soms worden ook informele brieven van de Commissie gebruikt ter ondersteuning van een bepaald standpunt. Daarnaast hanteert de rechter verschillende beleidsregels van de Commissie. In geen van de uitspraken baseert de rechter zich alleen maar op dergelijke Commissie-instrumenten – *semi-precedent* is daarom een geschikter woord – maar in sommige uitspraken is hun rol groot. De betekenis wordt echter niet geëxpliciteerd. Het gebruik van deze Commissie-instrumenten levert verschillende problemen op, in ieder geval als de rechter daarbij inderdaad een deel van zijn rechterlijke autonomie opgeeft ten gunste van de Commissie. De vraag is of dit een noodzakelijk bijeffect van de wettelijke convergentie is of dat grote betekenis moet worden gehecht aan het vooralsnog beperkt gebruik door de rechter.

De verhouding tussen Commissie en nationale (mededingings)rechter is complex. Enerzijds functioneert de Commissie, vanuit communautair perspectief, op een hoger niveau, en dient iedere nationale rechter vanwege het effectiviteitsbeginsel en de verplichtingen van artikel 10 EG Commissiebeleid in acht te nemen. De nationale rechter kan zich bovendien niet uitspreken over de rechtmatigheid van Commissiebeschikkingen; dat kan slechts het Hof.<sup>512</sup> Anderzijds is vanuit een functioneel perspectief de Commissie ‘slechts’ een bestuursorgaan, en geven diens beschikkingen, net als die van een nationaal bestuursorgaan, een interpretatie en toepassing van het recht die steeds onder controle staat of althans kan staan, van rechterlijk toezicht. Vanwege het beginsel van machtenscheiding en evenwicht zou de rechter (zie hoofdstuk 2, par. 2.1.3 en 3.1.1), welke rechter dan ook, *in principe* niet gebonden kunnen zijn aan Commissiebeschikkingen.<sup>513</sup> Bovendien is de (civielrechtelijke, strafrechtelijke of bestuursrechtelijke) nationale rechter, als *juge commun* zelf formeel gezien niet hiërarchisch ondergeschikt aan het Hof, die Commissiebeschikkingen toetst, maar staat hij in functionele zin als gewone EG-rechter naast het Hof.<sup>514</sup> Dat neemt niet weg dat de nationale rechter, via het verplichtingenstelsel van artikel 10 EG, eraan gehouden is met het Hof samen te werken (zie ook hoofdstuk 4, par. 4). Dit leidt

---

512 Zaak 314/85, Foto-Frost.

513 Vgl. Komninos 2007, p. 1392-1393.

514 Vgl. Komninos 2007, p. 1399.

ertoe dat voor alle Commissie-instrumenten geldt dat nu zij zijn vastgesteld door een bestuursorgaan zonder (steeds) getoetst te zijn door een rechter, de nationale rechter aan deze instrumenten *in algemene zin* niet gebonden is. Dit staat gebruik als daadwerkelijk *juridisch precedent* derhalve in de weg.

Maar het kan erg *praktisch* zijn om de soms zeer specifieke Commissiebeschikkingen (of andere instrumenten) te gebruiken als aansluitingspunt voor een net zo specifieke nationale casus. Daaraan is wel het eveneens praktische gevaar verbonden dat de nationale feitelijke context van de voorliggende zaak kan afwijken van de aan de Commissiebeschikking ten grondslag liggende feiten of dat de betreffende beschikking geen juiste weergave is van de huidige stand van het recht. Daar komt bij dat door een belangrijke rol toe te kennen aan de juridische kwalificatie van feiten door de Commissie, niet steeds recht wordt gedaan aan de plicht tot onderzoek van de feitelijke en juridische context bij mededingingsbeperkingen. Dit geldt sterk in het geval van effectbeperkingen, maar geldt ook voor het ‘korte en daadwerkelijke onderzoek’ dat bij doelbeperkingen dient te worden uitgevoerd.

Wat het gebruik van Commissiebeschikkingen als *feitenprecedent* betreft, dient in dit verband ook gewezen te worden op het arrest Masterfoods. Gesteld kan worden dat de nationale mededingingsbestuursrechter bij het gebruik van Commissiebeschikkingen als precedent uiting geeft aan de Masterfoodsregel van dit arrest (gecodificeerd in artikel 16 van Verordening 1/2003),<sup>515</sup> inhoudende dat een nationale rechter, wanneer hij ‘zich uitsprekt over een overeenkomst of een gedraging waarvan de [compatibiliteit] met (...) de artikelen 81, lid 1, EG en 82 EG reeds in een beschikking van de Commissie is beoordeeld, (...) hij geen beslissing [mag] nemen die *tegen de beschikking van de Commissie indruist (...)*’. Deze regel is niet alleen van toepassing op civiele rechters of nationale toezichthouders, maar geldt ook voor de mededingingsrechter die diens beslissingen toetst.<sup>516</sup> De verplichting gaat echter niet zo ver dat zij inhoudt dat Commissiebeschikkingen als bindend precedent moeten worden gezien, zelfs niet *in precies dezelfde zaak*; de rechter kan bij twijfel over de desbetreffende beschikkingen juist die twijfel tot uiting brengen door het stellen van prejudiciële vragen over het verbindende karakter van de beschikking.<sup>517</sup> Belangrijker nog is dat de Masterfoodsregel in ieder geval geen verplichting betreft om het juridische oordeel van de Commissie van *vergelijkbare* feiten over te nemen.<sup>518</sup>

Het voorgaande leidt ertoe dat het aanmerken van Commissiebeschikkingen als precedent buiten de specifieke Masterfoods-context niet een Europeesrechtelijke verplichting is. Zij vloeit ook niet voort uit de wettelijke convergentie. Ook in een ruimer verband van mededingingsbeleid binnen Europa, waarin een netwerk van toezichthouders en een netwerk van mededingingsrechters opereert, kan het on-

---

515 Zaak C-344/98, Masterfoods.

516 Vgl. Kjolbye 2002, p. 178.

517 Vgl. Komninos 2007, p. 1393; zie ook Fierstra 2001.

518 A-G Cosmas in zijn conclusie bij zaak C-344/98, Masterfoods, punt 16; zie hierover Komninos 2007, p. 1400.

gewenst zijn om in een te vergaande mate, dat wil zeggen verder dan de nationale wettelijke convergentie verplicht, nationale rechterlijke autonomie op te geven ten gunste van de Commissie. Daartegen pleit niet alleen het rechtsstatelijk gewenste evenwicht van machten (vergelijk hoofdstuk 2, par. 2.1.3 en 3.1.1), een meer ‘emotioneel’ argument van nationale rechterlijke trots en rechterlijke identiteit (vergelijk hoofdstuk 3, par. 5), een meer rechtsfilosofisch argument dat ervoor pleit om diversiteit niet zonder meer overboord te gooien, maar haar herkent als voorwaarde voor vrijheid (vergelijk hoofdstuk 2, par. 3.1.2), en ten slotte ook een rechtseconomisch argument dat is gebaseerd op onderlinge concurrentie van mededingingsbeleid en mededingingsrechtelijke stelsels.

Het verdient in ieder geval aanbeveling dat de nationale rechter het gebruik van Commissiebeschikkingen preciseert en benoemt (zie hoofdstuk 9). Daarbij ligt het mijns inziens, gezien het voorgaande, meer voor de hand deze instrumenten als ‘gewoon’ bewijsmiddel te gebruiken waarvan de waarde ter beoordeling staat aan de nationale rechter, dan als bindend precedent. Hoewel ‘bewijzen’ slaat op het bewijs van feiten, en Commissiebeschikkingen soms juist ook worden gebruikt als ondersteuning van een rechtsinterpretatie, in welk geval zij lastiger als bewijsmiddel kunnen worden gezien (vanwege het principe van *ius curia novit*), heeft dit voor het gebruik als ‘feitenprecedent’ als voordeel dat de bewijswaarde van de desbetreffende beschikking afhangt van de situatie, bijvoorbeeld de daadwerkelijke feitelijke parallellie van de situatie. Ook is duidelijk dat tegenbewijs, inhoudende dat de juridische en economische context juist anders is, mogelijk is. Partijen dienen dan wel te weten op welke Commissiebeschikkingen de nationale rechter zich baseert. Deze vorm van gebruik van Commissiebeschikkingen (en informele brieven) doet buiten de zeer specifieke Masterfoods-omstandigheden, ook meer recht aan de verhouding tussen nationale rechter, Hof, en Europees bestuursorgaan.

#### – *Binding aan Commissiebeleid*

Dat brengt mij bij het volgende punt: het verwijzen door de rechter naar *beleidsregels* van de Commissie. De beleidsregels van de Commissie betreffen een geheel van interpretatieve mededelingen, richtsnoeren en bekendmakingen, die, meestal na uitgebreide consultatierondes, zijn gepubliceerd. Zij zijn voor de mededingingsrechtelijke praktijk van zeer groot belang, maar zoals de Commissie steeds zelf opmerkt, hebben zij geenszins de autoriteit van een arrest van het Hof. Uit de beleidsregels vloeit een zekere zelfbinding voor de Commissie voort, maar zowel het type beleidsregel (in de nationale doctrine onderscheiden als wetsinterpreterende, beleidsmatige of feitenvaststellende beleidsregels (zie hoofdstuk 4, par. 3.2) als de vorm (richtsnoeren, mededelingen) en de werking verschilt. Het is derhalve de vraag welke binding in een nationale context aan beleidsinstrumenten kan worden toegekend en voor wie. Daarbij dient eerst te worden opgemerkt dat de regels die in het beleid zijn geformuleerd, niet per se steeds transplantabel naar de nationale situatie hoeven te zijn. Marktaandeeldrempels, die een bepaalde presumptie van legaliteit meebrengen, in de De minimis-bekendmaking bijvoorbeeld, hebben in deze zin een duidelijk andere gelding dan een interpretatieve mededeling die betrekking heeft op een rechtstreeks toepasselijk begrip, zoals het begrip interstatelijke handel. De werking van deze

beleidsregels is weer anders dan de mededingingsrechtelijke duiding door de Commissie van bepaalde typen van overeenkomsten in de richtsnoeren horizontale overeenkomsten of de richtsnoeren verticale overeenkomsten. Juridisch gezien geldt steeds dat het gaat om beleidsdocumenten van de Commissie: zeer belangrijke documenten, maar de uiteindelijke interpretatie van artikel 81 EG ligt in handen van de EG-rechter. Pas dan, en dan nog via de verschillende wegen van de wettelijke convergentiemechanismen, is deze ook bindend voor de nationale mededingingsrechter.

Vrijwillige binding, spontane convergentie op nationaal niveau staat daar los van en wordt nationaal bepaald. In de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter worden de Commissiebeleidsregels bijvoorbeeld aangehaald als belangrijk ondersteunend argument. Hoe de rechter de binding aan deze beleidsregels echter precies ziet, blijft onduidelijk. Vooruitlopend op hoofdstuk 9 merk ik hier op dat het mogelijk is dat *de rechter* – na een beoordeling van de desbetreffende beleidsregels, waarbij een rol kan spelen of ze door het Hof zijn geaccordeerd – een zekere binding aanneemt *voor de NMa*. Het algemene convergentiestreven zou daarvoor de grondslag kunnen zijn. Daarmee zouden de Commissiebeleidsregels voor de NMa als ‘eigen’ beleidsregels gelden. Dat kan bijvoorbeeld bij wetsinterpreterende beleidsregels van de Commissie een mogelijke verduidelijking bieden van de huidige, ietwat vage status. Deze strategie stuit wel op het probleem dat de NMa op deze wijze beleidsregels krijgt opgedrongen, wat problematisch kan zijn in het licht van de verhouding tussen de rechter en het bestuur vanwege de aan het bestuur gegunde beslisruimte. Omdat wetsinterpreterende beleidsregels en feitenvaststellende beleidsregels echter ten volle ter beoordeling zijn aan de rechter (zie hoofdstuk 4, par. 3.2) is dat voor dergelijk beleid *juridisch gezien* minder problematisch dan bij beleidsmatige beleidsregels. De algehele bestuursrechtelijke context in acht genomen, zou het derhalve, vooral als het gaat om beleidsregels die de beoordelingsvrijheid of beleidsvrijheid van de NMa betreffen, wellicht passender zijn dat *de NMa* voor *zichzelf* bepaalt of de Commissiebeleidsregels al dan niet als eigen beleid worden overgenomen: voor sommige beleidsregels heeft de NMa dat ook aangegeven (zie hierna, hoofdstuk 7, par. 6). Het aldus eigen gemaakte beleid staat vervolgens ter toetsing van de rechter. Deze wijze van benaderen lijkt beter te passen bij de algemene verhouding tussen bestuur en rechter, inclusief het Europese bestuur en de nationale commune communautaire rechter (vergelijk hoofdstuk 3, par. 4.1 en hoofdstuk 4, par. 4), dan dat de nationale mededingingsbestuursrechter de beleidsregels van de Commissie voor zichzelf als een semi-bindend instrument beschouwt.

– *Tot slot*

In hoofdstuk 4 (par. 2.7) werd het algemene idee aangehaald dat toetsingsintensiteit en bewijsmaatstaf samenhangen. In de analyse in dit hoofdstuk blijkt dit met name inderdaad zo te zijn bij de lage bewijsmaatstaf voor de oude ontheffingsbesluiten en de marginale toetsing daarvan (par. 5.3). Het is echter wel de vraag of met het vervallen van de ontheffingsmogelijkheid de toetsingsintensiteit wordt verhoogd. Dat lijkt aannemelijk, waarmee volgens deze veronderstelling ook de bewijsmaatstaf wordt verhoogd. Er zijn goede argumenten die een dergelijke voorspelling onderbou-



wen, en ook enige aanwijzingen in de enige uitspraak hierover. De bewijsproblematiek en de toetsingintensiteit onder het derde lid gaat met de rechtstreeks werkende uitzondering meer lijken op die onder het eerste lid. Een integrale beoordeling lijkt dat ook te vergen. Maar onder het eerste lid is de samenhang tussen toetsingsintensiteit en bewijsmaatstaf minder sterk te zien dan bij de oude ontheffingsbesluiten. Ook zal hierna blijken dat de veronderstelde innige samenhang analytisch gezien niet kan kloppen (zie hoofdstuk 7, par. 6).

Het is duidelijk dat toetsing, bewijs en materiële convergentie samenhangen. Omdat voor onderdelen van het bewijs vanwege de materiële convergentie wordt verwezen naar EG-precedenten, blijft de toetsing van (onderdelen van) sommige elementen inhoudelijk verder achterwege. Daarbij kan voor de toetsing van de begrippen, de verbodsnorm en de uitzonderingen de vraag worden gesteld in hoeverre de *autonomie* van de rechter wordt ingeperkt doordat hij is gebonden aan de jurisprudentie van het Hof.<sup>519</sup> Men zou de vraag kunnen stellen in hoeverre de rechter nog rechterlijke discretionaire ruimte heeft of dat deze door de wettelijke materiële convergentie is opgegeven ten gunste van de Europese rechter. Het antwoord op die vraag is niet duidelijk, want zelfs daar waar door wetgevingstechnieken materiële ruimte lijkt te zijn, wordt deze niet altijd benut. De ruimte is voor bewijsrechtelijke aspecten, en zeker voor toetsingsaspecten, echter nog volop aanwezig. Dat neemt niet weg dat de vraag in hoeverre de rechter rechterlijke discretie toekomt, niet specifiek is voorbehouden aan de mededingingsrechtelijke context van wettelijke materiële convergentie; de ruimte voor iedere rechter is altijd ingeperkt, door duidelijke regelgeving, door hogere normen, en door de eisen van consistentie en helderheid (zie hoofdstuk 4, par. 4). De ruimte voor de nationale mededingingsbestuursrechter wordt voor de materiële invulling van het kartelverbod *ingeperkt*, hoewel niet volledig, maar slechts *gekleurd* als het gaat om de aspecten van bewijs en toetsing.

---

519 Vgl. Kalbfleisch 2005.



## 7 Concentratietoezicht

### 1 INLEIDING

Onderdeel van het mededingingsbeleid zijn regels betreffende het vooraf toetsen van concentraties tussen ondernemingen met een zekere marktpositie. In dit hoofdstuk bekijk ik de uitspraken van de Nederlandse mededingingsbestuursrechter, die betrekking hebben op het concentratietoezicht, in het licht van de vraag of sprake is van convergentie met het Europese concentratietoezicht. Net als in voorgaande hoofdstukken dient daartoe eerst te worden stilgestaan bij de wettelijke convergentietechnieken (par. 2), alvorens te kunnen nagaan hoe deze materiële convergentie vormt krijgt bij de mededingingsbestuursrechter (par. 3). Daarna wordt bekeken of sprake is van procedurele convergentie, toegespitst op bewijsrechtelijke aspecten (par. 4) en de toetsing door de rechter (par. 5). Het hoofdstuk sluit af met een conclusie (par. 6).

Dit hoofdstuk is het derde analytische hoofdstuk. Het bouwt, net als het voorgaande hoofdstuk over het kartelverbod (hoofdstuk 6) en het navolgende hoofdstuk over klachten (hoofdstuk 8), voort op de algemene bouwstenen van hoofdstuk 3, waarin convergentie werd beschreven, en hoofdstuk 4, waarin ik stil stond bij algemene regels voor bewijs en toetsing. De conclusies over materiële en procedurele convergentie zullen in het laatste hoofdstuk (hoofdstuk 9) worden samengenomen, en in het licht van het toetsingkader van effectieve rechtsbescherming (hoofdstuk 2) worden gezien.

### 2 MATERIËLE AANSLUITING IN DE WETTELIJKE BEPALINGEN

#### 2.1 Bestuursrechtelijke context

Een belangrijk verschil tussen het preventieve concentratietoezicht en de repressieve handhaving van het kartelverbod (en het misbruikverbod) is dat de toezichthouder en de marktpartijen minder tegenover elkaar staan. In het concentratietoezicht zijn zowel de partijen als de toezichthouder over het algemeen gericht op het tot stand kunnen laten komen van de voorgenomen concentratie. Concentraties worden in algemene zin *positief* beschouwd, als onderdeel van een concurrerende Europese markt. Tezamen met de notie dat het toezicht een voorgenomen fusieproces niet langer dan nodig mag onderbreken, maakt dit een concentratieprocedure in uitgangspunt al anders dan een kartelinbreukprocedure. Bovendien is het concentratieto-

zicht niet punitief, waardoor het EVRM minder op de voorgrond treedt.<sup>1</sup> Dat neemt niet weg dat ook in concentratieprocedures de bescherming van de rechten van verdediging een belangrijke rol speelt, niet zozeer vanwege het punitieve karakter, maar omdat inbreuk wordt gemaakt op de economische handelingsvrijheid van partijen.<sup>2</sup>

De minder antagonistische context heeft invloed op de procedure bij de toezichthouder en de houding van partijen. Daarbij komt het in concentratieprocedures minder vaak tot gerechtelijke procedures, zeker als de procedure eindigt, wat vaak het geval is, bij een eerstefasebesluit, waarbij de concentratie (eventueel onder voorwaarden) wordt toegestaan.<sup>3</sup> Hierdoor zijn veel aspecten van de concentratieprocedure nog niet bij de nationale rechter terechtgekomen. De neiging naar informele en onderhandelde afdoening, zo wordt wel gesteld, is op Europees niveau versterkt doordat het Hof de Commissie een aantal malen streng op de vingers heeft getikt. Daardoor is ook de rol van *remedies* vergroot (zie hierna). Voor dit proefschrift, waarin de vraag naar convergentie *bij de mededingingsbestuursrechter* centraal staat, betekent het onbelicht blijven van aspecten van het concentratietoezicht bij de rechter dat zij voor een deel buiten beschouwing blijven.

## 2.2 Uitgangspunten

Net als bij het verbod op mededingingsbeperkende gedragingen geldt ook in het concentratietoezicht dat 'zo veel mogelijk' is aangesloten bij het EG-verdrag.<sup>4</sup> Dit 'komt tot uitdrukking bij de keuze voor een preventief boven een repressief systeem, bij het gehanteerde begrippenkader en de materiële beoordelingsnorm en bij de keuze voor een beoordelingsprocedure in twee fasen'.<sup>5</sup> De controle op concentraties is derhalve, net als op EG-niveau, vormgegeven als een *preventief* toetsingssysteem. Het preventieve karakter van de beoordeling heeft gevolgen voor de administratieve procedure, die met korte en fatale termijnen werkt; voor de materiële bewijsvoering, nu het gaat om toekomstige beoordelingen; en voor de toetsing door de rechter. Dit leidt op beide niveaus tot gelijksoortige vragen omtrent bewijs en toetsing.

Net als op EG-niveau is de beoordelingsprocedure in *twee fasen* gedeeld. Toch is de precieze procedure van de Europese concentratieverordening niet overgenomen. De cesuur tussen de twee fasen is in het nationale systeem duidelijker, doordat na de eerste fase een nieuwe aanvraag moet worden gedaan, terwijl de Commissie op grond van de bestaande melding de beoordeling vervolgt. Voor de nationale procedure is aangesloten bij het Awb-systeem van aanvraag en verlening van een vergunning, maar niet helemaal. Zo is de eerstefasemelding geen aanvraag. In het EG-concentratietoezicht is de beslissing om over te gaan naar de tweede fase geen

---

1 Ook in het concentratietoezicht kunnen boetes worden opgelegd, bijvoorbeeld vanwege het niet melden, het niet verschaffen van inlichtingen etc. Dan is er wel sprake van een punitieve context.

2 Vgl. Bailey 2007, p. 120.

3 Zie o.a. Korsten & Kreijger 2003, p. 75; en jaarlijkse kronieken concentratietoezicht in o.a. Markt & Mededinging.

4 MvT, p. 10.

5 MvT, p. 32.

appellabele beslissing, in het nationale systeem expliciet wel. In beide systemen gelijk is dat de beslissing om over te gaan tot de tweede fase materieel betekent dat meer onderzoek naar de voorgenomen concentratie moet worden gedaan.

De procedurele waarborgen die de concentratieverordening biedt, zowel aan fuserende partijen als aan derden, zouden in het nationale systeem beschermd moeten worden door de Awb, aangevuld met bepalingen van de Mededingingswet. Dat blijkt niet steeds toereikend. Zo heeft de NMa de praktijk ontwikkeld van het uitbrengen van ‘punten van overweging’ in de tweede fase, als equivalent van de door de concentratieverordening voorgeschreven ‘punten van bezwaar’, waarin de Commissie haar bezwaren tegen de fusie uiteenzet.<sup>6</sup> Deze punten van bezwaar zijn uitdrukkelijk bedoeld ter waarborging van de rechten van verdediging.<sup>7</sup> Dit formeel geregelde onderdeel van de bescherming van de rechten van verdediging op EG-niveau wordt derhalve wel gevolgd door een vergelijkbare *praxis* op nationaal niveau, maar is niet wettelijk gewaarborgd.

### 2.3 Wettelijke convergentie voor begrippen en beoordelingsnorm

De aansluiting bij het EG-recht is duidelijk voor begrippen in het concentratietoezicht. Zo worden de belangrijke begrippen *zeggenschap* en *concentratie* weliswaar in de Mededingingswet gedefinieerd,<sup>8</sup> maar daarbij is sprake van een juridische transplantatie (zie hoofdstuk 3, par. 3): ‘bij de keuze en omschrijving van de gehanteerde begrippen is nauw aangesloten bij de Europese concentratieregels’.<sup>9</sup> De transplantatietechniek geldt ook voor de *beoordelingsnorm* voor concentraties.<sup>10</sup> De beoordelingsnorm luidde oorspronkelijk, net als de destijds geldende EG-norm, dat voor een concentratie geen vergunning werd verleend, wanneer deze zou leiden tot het ‘ontstaan of versterken van een economische machtspositie die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt op significante wijze wordt belemmerd’. In 2004 werd de Europese beoordelingsnorm gewijzigd.<sup>11</sup> Vanwege de gekozen techniek van een juridische transplantatie werkte deze wijziging niet direct door. Sinds 1 oktober 2007 houdt ook de nationale beoordelingsnorm in,<sup>12</sup> dat geen vergunning wordt verleend wanneer de concentratie de ‘daadwerkelijke

---

6 Zie artikel 18 van de concentratieverordening en artikel 13 van de uitvoeringsverordening; punten van overweging worden bijv. beschreven in de NMa richtsnoeren remedies 2008, punt 27.

7 Zie artikel 18, lid 3 van de concentratieverordening.

8 Zie artikel 26 en 27 Mw.

9 MvT, p. 32. De transplantatietechniek voor begripsomschrijving is anders dan bij het kartelverbod, waar enkele belangrijke begrippen door een juridische bypass zijn gedefinieerd (zie hoofdstuk 6, par. 2.1.1).

10 Zie MvT, p. 38.

11 Bij Verordening 139/2004; daarbij werden ook nieuwe beleidsregels gepubliceerd en organisatorische maatregelen genomen; zie over dit pakket van o.a. Soames & Maudhuit 2005 a, b en c; Von Hinten-Reed & Camasca 2003; Beddington 2007; Berg 2003-2004; Riesenkampff 2003-2004; Killick & Schulz 2007.

12 Bij de 2007-wetswijzigingen vonden o.a. in het concentratietoezicht wijzigingen plaats. Andere wijzigingen betreffen de beoordeling van coöperatieve joint ventures (artikel 27, lid 2 Mw); een nieuwe omzetberekening voor financiële instellingen (artikel 31, lid 1 Mw); en enkele wijzigingen betreffende termijnen (zie artikel 38 Mw); op het punt van de beoordeling van nevenrestricties is echter nog wel sprake van een verschil (zie hierna).

mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen van een economische machtspositie’.

Deze wijziging is belangrijk, want zij laat toe dat ook unilaterale effecten en gezamenlijke marktmacht na een concentratie tot een verbod kunnen leiden. Dat was enigszins onduidelijk onder de oude beoordelingsnorm.<sup>13</sup> Zo merkte de minister op dat de wijziging nodig was, omdat ‘niet iedereen [...] van mening [is] dat aan de dominantietoets een bredere economische invulling kan worden gegeven, zonder dat dit in de tekst expliciet tot uitdrukking is gebracht’.<sup>14</sup> Er is meer ruimte voor een economische benadering, een streven dat ook in het concentratietoezicht werd gevoeld,<sup>15</sup> omdat het de bedoeling is dat efficiëntievoordelen van een concentratie kunnen worden afgewogen tegen de mededingingsbelemmerende gevolgen daarvan (zie par. 4.2.4);<sup>16</sup> de nieuwe beoordelingsnorm is ‘based on an economic concept, rather than a legal one’.<sup>17</sup> De minister is echter ook van mening, daarbij aansluitend bij wat de Commissie over de wijziging stelde, dat geen sprake is van een daadwerkelijk nieuwe beoordelingsnorm, maar slechts van een verduidelijking. Daarom blijven bestaande Commissiebeschikkingen en uitspraken van het Hof van belang.<sup>18</sup> Voor veel concentraties zal het criterium of een machtspositie zal ontstaan of worden versterkt, nog steeds de belangrijkste reden zijn om mededingingsbelemmeringen te verwachten.<sup>19</sup> Toch blijkt ondertussen uit de Commissiepraktijk dat de nieuwe beoordelingsnorm tot een nieuwe methodologie heeft geleid, vooral bij de toetsing van horizontale effecten van concentraties.<sup>20</sup> De nieuwe beoordelingsnorm en de grotere aandacht voor efficiënties kan daarom ook gevolgen hebben voor de bewijslastverdeling bij en de toetsingsmaatstaf van verbodsbeschikkingen.

## 2.4 Remedies

Een andere belangrijke wijziging op nationaal niveau is dat het nu ook formeel mogelijk is om *remedies* aan te bieden in de eerste fase,<sup>21</sup> waardoor eventuele bezwaren tegen de concentratie al in dat stadium kunnen worden geredresseerd.<sup>22</sup> De

---

13 Vgl. Killick & Schulz 2007.

14 N.n.a.v.v. 2007-wetswijziging, p. 23; zie ook A.A. Brouwer 2005, p. 108.

15 Zie bijv. Schmidt 2007.

16 Zie Soames & Maudhuij 2005 b; Von Hinten-Reed & Camasca 2003; Schmidt 2007; Svetlicinii 2007.

17 Killick & Schulz 2007, p. 453. De wijziging is ook van belang omdat in andere landen (bijv. de Angelsaksische lidstaten en de USA) de norm van ‘substantially lessened competition’ al werd gebruikt en de nieuwe Europese beoordelingsnorm daar dichterbij is gebracht. Vgl. Egge e.a. 2004; Berg 2003-2004, p. 687; Riesenkampff 2003-2004, p. 724-726; Guerrero 2003-2004.

18 Zie MvT bij de 2007-wetswijziging, p. 4, en n.n.a.v.v., p. 23, met verwijzing naar het standpunt van de Commissie (Memo/04/9, van 20 april 2004, IP/04/70). Zie ook A.A. Brouwer 2005, p. 109; Weitbrecht 2005, p. 68; Soames & Mandhuij 2005 b.

19 Vgl. Commissie richtsnoeren horizontale concentraties, punt 4; Killick & Schulz 2007, p. 453.

20 Zie ook de Commissie richtsnoeren horizontale concentraties, punt 9, en vgl. Weitbrecht 2006, p. 44.

21 Waaronder in de context van het concentratietoezicht wordt verstaan dat toezeggingen worden gedaan om mededingingsbezwaren weg te nemen zodat de concentratie doorgang kan vinden, waar hij anders verboden zou worden (of door zou gaan naar de tweede fase).

22 Zie art. 37, lid 4 Mw, vgl. artikel 6, lid 2 concentratieverordening.

NMa werkte in de praktijk met een nieuwe, gewijzigde aanvraag, waarop werd beslist. Dat kan nog steeds ‘een geschikt instrument zijn’,<sup>23</sup> maar met deze wetswijziging zijn de *bevoegdheden* van de NMa en de Commissie met elkaar in overeenstemming gebracht. Uit de concentratieverordening en jurisprudentie van het Hof kan worden afgeleid dat het doel van eerstefaseremedies is om ‘ernstige twijfel’ over de ‘verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt’ weg te nemen.<sup>24</sup> Daarentegen zijn tweedefaseremedies er op gericht dat de ‘concentratie de daadwerkelijke mededinging op de markt (...) niet op significante wijze zou belemmeren, met name door een machtspositie’.<sup>25</sup> Dit onderscheid tussen eerste- en tweedefaseremedies komt nu ook naar voren in de NMa-beleidsregels: remedies in de eerste fase moeten ‘passend en effectief zijn’, omdat zij ‘zonder meer’ de bezwaarlijke gevolgen van de concentratie moeten remediëren.<sup>26</sup> De eisen die aan eerste- en tweedefaseremedies worden gesteld, lijken vervolgens bij de NMa echter gelijk.<sup>27</sup> Niettemin stelt de NMa dat zij ‘in voorkomende gevallen en wanneer passend’ zal aansluiten bij het beleid van de Commissie, een standpunt waarop in paragraaf 6 wordt teruggekomen (vergelijk ook hoofdstuk 6, par. 6).<sup>28</sup>

Ondanks gelijke bevoegdheden zijn er verschillen tussen de EG-regeling en de nationale regeling van remedies. Een eerste verschil betreft de *terminologie*. Deze kan verwarrend zijn: het gaat om verbintenissen of ‘corrigerende maatregelen’, voorgesteld door de concentratiepartijen, die vervolgens door de toezichthouder aan de goedkeuring/vergunningverlening worden gekoppeld in de vorm van in de eerste fase onder de Mededingingswet ‘voorwaarden’, en in de tweede fase onder de Mededingingswet ‘beperkingen’ en ‘voorschriften’.<sup>29</sup> Onder de communautaire regeling (in beide fasen) is sprake van ‘voorwaarden’ of ‘verplichtingen’.<sup>30</sup> De NMa brengt dit alles, in navolging van de vaak gebruikte Engelse terminologie,<sup>31</sup> onder de noemer ‘remedie’.<sup>32</sup> Het verschil tussen ‘voorwaarden’ en ‘verplichtingen’ lijkt hetzelfde als tussen ‘beperkingen’ en ‘voorschriften’;<sup>33</sup> het begrip ‘voorwaarden’ valt een beetje buiten de boot. Het verschil is onder andere relevant bij niet-nakoming.<sup>34</sup>

---

23 NMa richtsnoeren remedies, punt 2.

24 Artikel 6, lid 2 concentratieverordening; en bijv. zaak T-177/04, Easyjet, ov. 129; zaak T-114/02, BaByliss, ov. 169; en ook Commissie mededeling remedies, voetnoot 4.

25 Artikel 8 lid 2 in samenhang met artikel 2, lid 2 concentratieverordening.

26 Het is de bedoeling dat alleen ‘in zeer helder liggende zaken’ zal worden gebruikgemaakt van deze mogelijkheid (MvT 2007-wetswijziging, p. 22).

27 Zie NMa richtsnoeren remedies, punt 12.

28 NMa richtsnoeren remedies, punt 3.

29 Artikel 37 lid 4 Mw, resp. artikel 41, lid 4 Mw.

30 Artikel 6, lid 2 en artikel 8, lid 2 concentratieverordening.

31 NMa richtsnoeren remedies, punt 7.

32 NMa richtsnoeren remedies, punt 7. Onder ‘remedie’ wordt dus iets anders verstaan dan het begrip *remedie* als omschreven in hoofdstuk 2 van dit proefschrift, waar het begrip het geheel van ingangen en uitspraakmogelijkheden in de context van het recht op toegang tot de rechter omvat (zie hoofdstuk 2, par. 3.4.3).

33 Zie Commissie mededeling remedies, punt 19.

34 NMa richtsnoeren remedies, punt 65; Commissie mededeling remedies, punt 20.

Een ander verschil tussen de regeling van remedies op nationaal en Europees niveau is dat de Mededingingswet voorziet in een *fix it first*-regel, althans in de eerste fase.<sup>35</sup> Dit betekent dat de wetgever eist dat de remedies eerst worden uitgevoerd, alvorens de concentratie tot stand mag worden gebracht. In de tweede fase ontbreekt een wettelijke bepaling, maar de NMa stelt dat zij een dergelijke eis mag opleggen.<sup>36</sup> Deze regel ontbreekt in de concentratieverordening. De Commissie houdt de mogelijkheid open,<sup>37</sup> maar haar taalgebruik is verder milder nu wordt gesteld dat 'het gebruikelijk is' dat de verbintenissen 'na de goedkeuring van de concentratie ten uitvoer worden gelegd'.<sup>38</sup> Het is de vraag of het in de Mededingingswet ontbreken van een *fix it first*-verplichting voor de tweede fase betekent dat de NMa deze niet mag stellen, of dat het wel mag, net als het ontbreken van een dergelijke regel op EG-niveau niet betekent dat de Commissie een *fix it first*-eis niet zou mogen stellen.

Een verschil dat vooral ook voor de bewijslastverdeling relevant kan zijn, is dat in het Europese systeem remedies altijd en alleen maar *op voorstellen* van partijen moeten worden gebaseerd.<sup>39</sup> Dit lijkt in de Mededingingswet niet als eis te worden gesteld.<sup>40</sup> Ook de NMa stelt: 'voorzover voorwaarden noodzakelijk zijn, zullen deze *in de regel* worden gebaseerd op een voorstel van partijen'.<sup>41</sup>

Ten slotte, het was hiervoor al aangestipt, is de waarborging van de *rechten van verweer* onder de concentratieverordening explicieter geregeld dan in het nationale concentratietoezicht. Dit geldt ook voor de procedure rond het aanbieden van remedies. De Europese uitvoeringsverordening bevat termijnen voor het indienen van voorstellen;<sup>42</sup> de Mededingingswet of de Awb bevat deze niet, al geeft de NMa in de richtsnoeren wel de termijnen aan.<sup>43</sup> Bovendien is, zoals hiervoor gememoreerd, de Commissie verplicht tot het uitbrengen van punten van bezwaar, waarop partijen hun remedies kunnen vormgeven. Hoewel de NMa in de praktijk werkt met een vergelijkbaar document (de punten van overweging), is hier geen sprake van een wettelijke verplichting.

## 2.5 Betekenis, ruimte voor eigen invulling

Voor de vormgeving van de grote lijnen van de procedure, maar niet de details, en voor de begrippen en de materiële beoordelingsnorm sluit de wetgever, en ook de NMa in zijn beleidsregels, aan bij het EG-recht. Door de gebruikte wetgevingstechniek werken wijzigingen echter niet direct door. Dat is voor een deel ook zo voor het kartelverbod (zie hoofdstuk 6, par. 2), maar de verbinding tussen nationaal recht en EG-recht is in het concentratietoezicht minder vast omdat Verordening 1/2003 geen

---

35 Artikel 37, lid 6 Mw.

36 NMa richtsnoeren remedies, punt 25.

37 Zie Commissie mededeling remedies, punt 57.

38 Commissie mededeling remedies, punt 5.

39 Zie zaak T-210/01, General Electric, ov. 52; zaak T-87/05, EDP, ov. 105; Commissie mededeling remedies, punt 6.

40 Zie artikel 37, lid 4 Mw in vergelijking met artikel 41, lid 4 Mw.

41 NMa richtsnoeren remedies, punt 5.

42 Artikel 19 en 20 van de uitvoeringsverordening.

43 NMa richtsnoeren remedies, punt 37 en voetnoot 34.



rol speelt. Hoewel er redenen zijn om op beide niveaus ook in het concentratietoezicht dezelfde materiële beoordelingsnorm aan te houden, vooral vanwege een steeds verfijnder systeem van verwijzingen tussen de nationale toezichthouders en de Commissie, is er in principe sprake van een *one stop shop*: de nationale toezichthouders passen niet gelijktijdig de Europese norm toe. Ook zijn er geen Europese wettelijke uitzonderingen die rechtstreeks doorwerken op nationaal niveau. Daardoor is er in mindere mate sprake van verweving van nationaal en Europees niveau dan bij het kartelverbod.

Toch kan het voorkomen dat zowel de nationale autoriteit als de Commissie zich uitspreekt over eenzelfde concentratie (of onderdelen daarvan). In dat geval, zegt het Hof, is de Commissie 'niet gebonden door de beschikking van nationale autoriteiten', want de 'NMa en de Commissie [hebben] zich op hun respectieve bevoegdheidsgebieden vanuit oogpunt van verschillende criteria uitgesproken', namelijk 'met inachtneming van de situatie op de nationale markt' respectievelijk 'verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt'.<sup>44</sup> Dat kan tot een verschil in materiële beoordeling leiden. Hetzelfde geldt voor de omgekeerde situatie, waarin de nationale toezichthouder zich ziet geconfronteerd met een vergelijkbare, of onderdelen van eenzelfde, concentratie die door de Commissie al is behandeld. De vraag is in hoeverre oordelen van de Commissie in *eenzelfde casus* bindend zijn voor de NMa, maar vooral ook in hoeverre een materieel gelijke beoordelingsnorm in *vergelijkbare casusposities* tot verschillende uitkomsten kan leiden (vergelijk over het kartelverbod hoofdstuk 6, par. 6).

Net als bij het kartelverbod is de achterliggende vraag bij de beoordeling van concentraties (en concentratiebesluiten door de rechter) welke doelstellingen met het concentratietoezicht worden nagestreefd.<sup>45</sup> Op EG-niveau gaat het om het consumentensurplus (consumentenwelvaart), dat via de bescherming van het concurrentieproces wordt gewaarborgd. Op de achtergrond kan ook de totstandkoming van de interne markt een rol spelen (vergelijk hoofdstuk 6, par. 2.1.2). Hoewel efficiënties belangrijker zijn geworden, brengt dit mee dat het behalen van efficiënties geen hoofddoelstelling is; als uitschakeling van het concurrentieproces leidt tot het behalen van producentenefficiënties, kan de totale welvaart weliswaar toenemen, maar in EG-verband kan de fusie toch worden verboden als deze efficiënties niet aan consumenten worden doorgegeven. Bovendien geldt dat ook andere doelstellingen, zij het meestal impliciet, een rol kunnen spelen; doelstellingen die niet mededingingsrechtelijk van aard zijn, maar bijvoorbeeld sociaal (het beschermen van arbeidsplaatsen) of protectionistisch (het beschermen van een nationale of Europese 'kampioen'). De vraag welk doel met het concentratietoezicht wordt nagestreefd, speelt ook bij de weging (en inhoud) van geaccepteerde efficiënties, andere mogelijke verweren, zoals het *failing firm*-verweer, en de vormgeving van remedies. Zoals het Hof in eerdergenoemd citaat weergeeft, hoeft een concentratiebeoordeling op nationaal niveau om deze redenen niet tot hetzelfde resultaat te leiden. Dat is primair zo vanwege het aan de orde zijn van een nationale, ten opzichte van een Europese,

---

44 Zaak C-202/06 P, Cementbouw, ov. 57.

45 Zie ook Bailey 2003, p. 872.

markt, maar het verschil kan ook ontstaan doordat in de weging van doelstellingen andere accenten worden gelegd. Dat politieke doelstellingen een rol kunnen spelen, blijkt ook uit de mogelijkheid van het opzijzetten van een verbod van de NMa door de minister. Deze mogelijkheid van een andere uitkomst, ook al is sprake van een materieel gelijke beoordelingsnorm, geldt sterker dan bij het kartelverbod, vanwege het *one stop shop*-principe: er is op grond van het Europese recht geen verplichting om met het EG-recht tegenstrijdige beslissingen te voorkomen. Hoewel de nationale beoordelingsnorm is overgenomen uit het EG-recht en ook op nationaal niveau primair het consumentenbelang voorop staat als doelstelling van concentratietoezicht, hoeft dit er derhalve niet noodzakelijkerwijs toe te leiden dat de beoordeling van een concentratie hetzelfde is.

### 3 TOEPASSING DOOR DE RECHTER: CONVERGENTIE IN UITSPRAKEN

De wijze waarop de mededingingsbestuursrechter de wettelijke materiële convergentie vormgeeft, staat in deze paragraaf centraal: dit wordt onderzocht voor uitgangspunten (par. 3.1), begrippen (par. 3.2), en materiële beoordelingsnorm (par. 3.3). Paragraaf 3.4 sluit dit deel van de analyse af.

#### 3.1 Uitgangspunten

De rechtbank verwoordt het algemene convergentie-uitgangspunt voor het concentratietoezicht in *Gilde Investment* als volgt: ‘in het algemeen [geldt] dat de door de Nederlandse wetgever nagestreefde parallelie van het nationale en het communautaire mededingingsrecht in beginsel slechts ziet op het materiële recht’.<sup>46</sup> Dit uitgangspunt werd door de rechtbank ook al in *Wegener* toegepast, waarin wordt vastgehouden aan de procedurele regels van de Awb.

Wegener stelde dat op de vergunningsaanvraag de Awb-artikelen over opschorting van termijnen niet van toepassing zouden zijn. Deze stelling was gebaseerd op het feit dat voor de melding wel opschortingstermijnen van de Mededingingswet gelden. De rechtbank stelt echter dat die regeling is opgenomen omdat de melding niet als aanvraag wordt gezien, zodat de Awb daarop niet van toepassing is. Dat is anders voor de vergunningsaanvraag. De rechtbank is dan ook van oordeel dat het stelsel van de concentratieverordening niet betekent dat naar analogie daarvan verlenging van de beslistermijn niet mogelijk zou zijn.<sup>47</sup>

Dat voor systeem, begrippen en materiële beoordelingsnorm wordt aangesloten bij het EG-recht, wil niet zeggen dat wijzigingen in het EG-systeem navolging krijgen op nationaal niveau zonder een daaraan voorafgaande wetwijziging. Dat blijkt ook uit uitspraken. Zo wordt de vraag of in navolging van veranderd *Commissiebeleid* ook de NMa kon afzien van het beoordelen van *nevenrestricties*, in negatieve zin beantwoord.

---

<sup>46</sup> Rechtbank 13 november 2002, *Gilde Investment*.

<sup>47</sup> Rechtbank 20 september 2000, *Wegener*. In hoger beroep is dit punt niet meer aan de orde; zie Gerbrandy & Pietermaat 2005, p. 205-207; De Grave & Jorritsma 2001.

De Nma beriep zich op nieuw beleid van de Commissie ter ondersteuning van de stelling dat nevenrestricties niet tegelijkertijd met de concentratie beoordeeld hoeven te worden.<sup>48</sup> Dat argument gaat echter niet op: uit de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet blijkt dat nevenrestricties wel degelijk moeten worden beoordeeld en ‘aan het feit dat de Commissie (...) heeft aangegeven (...) niet verplicht te zijn nevenrestricties te beoordeelen en daarvan voortaan ook te zullen afzien, kan de rechtbank niet de door [de NMa] gewenste betekenis toekennen. Uit de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet blijkt immers wel dat de Nederlandse wetgever heeft willen aansluiten bij het toentertijd bestaande communautaire stelsel (waarin nevenrestricties in beginsel wel beoordeeld werden, als gevolg waarvan parallelle procedures niet nodig waren), maar niet dat de wetgever zich ook bij voorbaat heeft willen committeren aan wijzigingen in dat stelsel’.<sup>49</sup>

Overigens is de nieuwe concentratieverordening op dit punt aangepast aan de wensen van de Commissie, nadat het nieuwe beleid van de Commissie (ook) door het Gerecht werd afgekeurd.<sup>50</sup> Het is opvallend dat deze wijziging niet is overgenomen in de 2007-Mededingingswetwijziging. Dit ontbreken van wettelijke convergentie zou betekenen dat de NMa verplicht blijft, nevenrestricties te beoordeelen. In de praktijk zal het echter niet snel zo zijn dat hierover een dispuut zal ontstaan, omdat op het aanmeldingsformulier door aanmeldende partijen niet vaak om een dergelijk oordeel wordt gevraagd.

### 3.2 Begrippen

Voor uitleg van het begrip *concentratie* wordt door de rechtbank, zoals de wetgever opdraagt, aangesloten bij het EG-recht. Jurisprudentie van het Hof geldt als steunargument.

In UTC is de vraag aan de orde wanneer sprake is van een voldoende geconcretiseerd voornemen om een concentratie te moeten melden.<sup>51</sup> De rechtbank overweegt in algemene zin dat moet worden gemeld wanneer het voornemen in voldoende mate is geconcretiseerd. Voor dit criterium verwijst de rechtbank naar de MvT en overweegt dat ‘hiervoor (...) steun [kan] worden gevonden in het arrest *Air France*’.<sup>52</sup> In *Airfield Holding BV* wordt deze aansluiting bevestigd: ‘voor de uitleg van dit begrip dient te worden aangesloten bij de betekenis, zoals die aan het begrip is gegeven in (...) de ConcentratieVerordening en de rechtspraak van het Hof van Justitie’.<sup>53</sup>

Ook de kwalificatie van de feiten, in casu de vraag of inderdaad sprake is van een voldoende concreet voornemen, vindt in UTC plaats aan de hand van het *Air France*-arrest van het Gerecht. Daarvan worden de feiten onderscheiden, zodat in dit geval geen sprake is van een concentratie.<sup>54</sup>

---

48 Commissie bekendmaking nevenrestricties, 2001; ondertussen is er een nieuwe bekendmaking.

49 Rechtbank 13 november 2002, *Gilde Investment*.

50 In een uitspraak van na de uitspraak van de rechtbank in *Gilde*: zaak T-251/00, *Lagardère*. Zie hierover *Sinclair 2003*. Zie artikel 6, lid 1 en artikel 8, lid 2 en preambule ov. 21 van de concentratieverordening, en hierover: *Metaxas & Armengod 2005*, *Weitbrecht 2005*, p. 69; *Soames & Maudhuit 2005 c*, p. 148-149.

51 Rechtbank 3 april 2002, UTC. Zie ook *Gerbrandy & Pietermaat 2005*, p. 163-164.

52 Zaak T-3/93, *Air France*.

53 Rechtbank 4 maart 2008, *Airfield Holding*.

54 Rechtbank 3 april 2002, UTC.

Het convergentie-uitgangspunt blijkt ook bij de interpretatie van het begrip *zeggen-schap*, in *Airfield Holding*, aan de orde. Dit begrip wordt in de Mededingingswet gedefinieerd onder aansluiting bij de definitie van de concentratieverordening. De rechtbank verwijst naar deze beide bronnen en voegt daar verwijzingen naar de Mededeling betreffende het begrip ‘concentratie’ en de *Jurisdictional Notice*, beide van de Commissie, aan toe; bij de beoordeling van de concrete casus wordt ook jurisprudentie van het Hof aangehaald.<sup>55</sup>

Aan de hand van deze bronnen formuleert de rechtbank de regel dat ‘van beslissende invloed sprake is indien men bij machte is maatregelen die het strategisch commerciële gedrag van de onderneming bepalen, te blokkeren, door middel van de uitoefening van vetorechten’. Deze regel toepassende op de voorliggende casus stelt de rechtbank vast dat daarvan op een bepaalde datum sprake was, zodat de concentratie gemeld had moeten worden. De rechtbank verwijst ook verder nog naar jurisprudentie van het Hof en onderscheidt de voorliggende casus zowel op juridische als op feitelijke gronden van deze jurisprudentie.<sup>56</sup>

Ondanks het hiervoor geformuleerde algemene uitgangspunt van convergentie voor de beoordelingsnorm kunnen inhoudelijke discrepanties ontstaan doordat wijzigingen van de EG-concentratieverordening vanwege de transplantatietechniek, niet rechtstreeks doorwerken op nationaal niveau of zelfs omdat de voor het aannemen van de Mededingingswet in werking getreden EG-wijzigingen niet werden verwerkt in het wetsvoorstel. Dit gold tot de 2007-wetswijziging bijvoorbeeld voor de beoordeling van *coördinatieve joint ventures*. De Commissie beoordeelt deze sinds 1997 onder het concentratieregime, in het nationale recht vielen zij onder artikel 6 Mw (bijvoorbeeld in *Broadcast I*).<sup>57</sup> Zoals hiervoor duidelijk werd, geldt dit ook voor de vraag of *nevenrestricties* moeten worden beoordeeld samen met de concentratie.<sup>58</sup> Voor de inhoudelijke vraag wat onder een *nevenrestrictie* moet worden verstaan, blijkt convergentie wel, zij het impliciet: ‘de instemmingsrechten betroffen dan ook geen beperkingen die *rechtstreeks verband* hielden met en *noodzakelijk* waren voor de totstandkoming van de concentratie, maar brachten de concentratie reeds tot stand’.<sup>59</sup>

---

55 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip ‘concentratie’, 1998; *Consolidated Jurisdictional Notice*, 2007.

56 Rechtbank 4 maart 2008, *Airfield Holding*.

57 Rechtbank 1 mei 2003, *Broadcast I*; zie artikel 27, lid 1, sub c (oud) en hierover kritisch bijv. VerLoren van Themaat & Vollebregt 1999. Ondertussen is ook in dit opzicht het nationale systeem aangepast aan het Europese: ook coöperatieve joint ventures worden beoordeeld onder het concentratietoezicht (zij het dat daarbij, net als in het EG-recht geldt voor artikel 81 EG, ook de criteria van artikel 6 Mw worden betrokken). Zie artikel 27, lid 2 Mw samen met artikel 37, lid 3 Mw, ingevoerd bij de 2007-wetswijziging (zie MvT, p. 5).

58 Rechtbank 13 november 2002, *Gilde Investment* (zie hiervoor).

59 Rechtbank 4 maart 2008, *Airfield Holding* (cursief AG).

### 3.3 Materiële beoordelingsnorm

De materiële beoordelingsnorm voor concentraties is overgenomen uit het EG-recht, en na de Europese wijziging opnieuw daarmee in overeenstemming gebracht (zie par. 2). Dit uitgangspunt van wettelijke convergentie wordt gevolgd in uitspraken van rechtbank en CBb.

#### 3.3.1 Elementen en verandering van de beoordelingsnorm

De aansluiting van de rechter bij de Europeesrechtelijke norm blijkt bijvoorbeeld uit de Essent-uitspraken van de rechtbank en het CBb. De vraag is (onder meer) of het vereiste van een *significante beperking* van de mededinging, als onderdeel van de oude materiële beoordelingsnorm, een zelfstandig vereiste is, naast het vereiste van het ontstaan van een machtspositie. Deze vraag wordt door rechtbank en CBb verschillend beantwoord, maar steeds onder verwijzing naar het EG-recht.<sup>60</sup>

De rechtbank stelde dat ‘noch de communautaire praktijk, noch de literatuur een eenduidig antwoord geven op de vraag of er aan het vereiste van een significante belemmering van de mededinging zelfstandige betekenis toekomt naast het vereiste van een economische machtspositie’.<sup>61</sup>

De uitspraak van de rechtbank is vanuit convergentieoogpunt verwonderlijk. Hoewel de rechtbank stelt de EG-jurisprudentie te willen volgen, is de weergave daarvan niet juist: uit EG-arresten kan juist worden afgeleid dat de twee elementen afzonderlijk moeten worden langs de geografische marktafbakening van de NMa.<sup>62</sup> In de voorlopige voorziening in *Nuon Reliant* vraagt de rechter zich af of de beoordelingswijze wel in overeenstemming is met het EG-recht (zie ook par. 3.3.1). De door de NMa ‘aangehaalde bronnen van EG-recht’, die in de uitspraak niet nader worden gespecificeerd, maar waaruit zou blijken dat de beoordelingswijze een geoorloofde uitbreiding van het begrip machtspositie zou zijn, overtuigden de voorzieningenrechter niet. In *NVV* ten slotte wordt een *Commissiebeschikking* als uitgangspunt genomen voor de vaststelling van de relevante markt; de marktafbakening van de Commissiebeschikking dient als feitelijk precedent. Maar deze zaak is in die zin vrij uniek dat de Commissiebeschikking betrekking had op ‘weliswaar een andere concentratie, maar wel in dezelfde markt’.<sup>63</sup>

Belangrijk is dat de nationale mededingingsbestuursrechter – althans, de rechtbank – ook voor het *type onderzoek* dat de NMa bij de voorbereiding van een concentratiebesluit dient te verrichten, aansluit bij communautaire voorbeelden. Dat ligt ook wel voor de hand, nu de wetgever heeft gekozen voor een gelijk systeem van een voorafgaande beoordeling in twee fasen en een gelijke materiële beoordelingsnorm (zie par. 2.2), maar de rechtbank baseert zich daarbij anders dan het CBb ook expliciet op jurisprudentie van het Hof (zie verder hierna, par. 4.4).

---

60 Rechtbank 21 juni 2001, Essent; CBb 27 september 2002, Essent.

61 Rechtbank 21 juni 2001, Essent.

62 CBb 5 december 2001, Wegener.

63 Rechtbank 19 april 2007, NVV.

### 3.3.2 Remedies

Een vergunning kan worden verleend met daaraan verbonden remedies. Met dergelijke verbintenissen kan een anderszins verboden concentratie toch doorgang vinden. Verschillende casus bij de nationale rechters hebben mede betrekking op dergelijke voorschriften. Hoewel de wetgever in de Mededingingswet ook voor het verbinden van voorwaarden heeft aangesloten bij het EG-systeem, maar met een eigen terminologie (zie par. 2.4), en ook de NMa in zijn beleidsregels van deze aansluiting laat blijken, komt de convergentie met het EG-recht in uitspraken van de rechter niet expliciet tot uitdrukking; niet voor de mogelijkheid van eerstefaseverbintenissen, niet voor het doel daarvan, niet voor de eisen die worden gesteld, en niet voor de materiële beoordeling.

In *Wegener* zijn voorschriften, verbonden aan de vergunning, aan de orde. De rechtbank en het CBb komen tot verschillende conclusies ten aanzien van de voorschriften, ook omdat zij een andere mening over de toelaatbaarheid van de fusie zijn toegeedaan,<sup>64</sup> maar bij beide ontbreken verwijzingen naar Europese recht.<sup>65</sup> In de zaak *Nuon-Reliant* worden de voorschriften ook beoordeeld zonder te refereren aan Europese recht, hoewel het afstoten van capaciteit een veel voorkomende remedie is.<sup>66</sup>

Tot 1 oktober 2007 was het onder de Mededingingswet niet formeel mogelijk voorschriften aan een eerstefasebesluit te verbinden (zie par. 2.4). De rechtbank heeft de praktijk van de gewijzigde aanvraag impliciet goedgekeurd, maar de daardoor tot stand gebrachte aansluiting in *bevoegdheden* voor de toezichthouder met het EG-recht, waar de mogelijkheid van het verbinden van voorschriften aan een eerstefasebesluit wel reeds bestond, komt niet ter sprake.

In *Broadcast II* is een beoordeling in de eerste fase aan de orde, waarbij KPN zich tot afstoting verbindt: 'met het aanbieden van deze verbintenissen heeft KPN haar melding aangepast'. De rechtbank stelt dat het 'mededingingsprobleem [wordt] weggenomen', waardoor het eerstefasebesluit stand houdt. Zij gaat verder niet in op de (on)mogelijkheid van remedies in de eerste fase.<sup>67</sup>

Wat precies onder een voorschrift, een voorwaarde of een beperking wordt verstaan, wordt in uitspraken niet geëxpliciteerd.<sup>68</sup> Een ander punt dat niet aan de orde is, is de beoordeling van de vraag waartoe remedies precies moeten dienen. Natuurlijk dienen zij om de fusie alsnog doorgang te doen laten vinden. De vraag welke mededingingsrechtelijke bezwaren de remedies moeten remediëren, hangt echter mede af van de vraag welke doelstelling aan het concentratietoezicht ten grondslag

---

64 Zie ook Gerbrandy & Pietermaat 2005, p. 202-203.

65 Rechtbank 20 september 2000; CBb 5 december 2001, *Wegener*.

66 Voorzieningenrechter rechtbank 3 juni 2004, *Nuon Reliant*.

67 Rechtbank 11 juni 2007, *Broadcast II*.

68 Over een voorschrift verbonden aan een ontheffing in de zin van artikel 6, lid 3 Mw (oud) is wel gesteld dat het moet gaan om 'positieve of negatieve verplichtingen die de tenuitvoerlegging betreffen (...) en die aldus iets belastends toevoegen (...) en die er bovendien toe strekken bij te dragen aan een wijze van uitvoering van de overeenkomst, het besluit of de afspraak die in overeenstemming is met de wettelijke bepalingen'; zie president rechtbank 2 juli 2001, *Stichting Witgoed & Stichting Bruingoed*. Daarbij werd wel aangesloten bij het EG-recht.

wordt gelegd. Deze vraag speelt des te sterker bij het beoordelen van remedies in het licht van efficiënties. Of ook op nationaal niveau met het concentratietoezicht consumentenwelvaart centraal staat (zie par. 2.5), en of remedies in dat licht moeten worden beoordeeld, is in nationale rechtspraak (nog) niet aan de orde gekomen. Dat ook andere doelstellingen dan consumentenwelvaart kunnen worden nagestreefd, blijkt echter wel uit de in Wegener opgelegde remedies, die mede (lijken te) zijn ingegeven door het willen waarborgen van pluriforme media.<sup>69</sup>

### 3.4 Slotopmerking

In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk worden de lijnen ten aanzien van materiële rechterlijke convergentie in samenhang met bewijsrechtelijke convergentie en convergentie in de toetsing gezien (par. 6). Hier merk ik alvast kort op dat uit het voorgaande ten aanzien van de *materiële convergentie* kan worden afgeleid dat de uitgangspunten van de wetgever – aansluiting voor systeem en begrippen, maar niet noodzakelijkerwijs voor de procedure – worden gevolgd. Afwijkende Europese voorschriften worden niet toegepast, zelfs niet als de NMa daarmee wil aansluiten bij Commissiebeleid of bij de gewijzigde communautaire beoordelingsnorm, als de Mededingingswet daarvan expliciet afwijkt of (nog) niet mee in overeenstemming is gebracht. Maar als de Mededingingswet zwijgt, dan kan een door de NMa overgenomen Commissiepraktijk stilzwijgend worden goedgekeurd, zoals bij het verbinden van remedies aan een eerstefasebesluit. Bij de toepassing van de materiële beoordelingsnorm is de Europese jurisprudentie meer op de achtergrond dan bij de rechtsvragen daarover (en ook meer dan bij de toepassing van het kartelverbod), maar de nationale rechter wijkt inhoudelijk niet expliciet of impliciet af van de lijnen uit Europese jurisprudentie. Opvallend is dat bij de beoordeling van remedies het EG-recht in het geheel niet wordt genoemd. Voor het overige wordt, als het EG-recht ter sprake komt, verwezen naar verschillende typen EG-instrumenten, waaronder beleidsdocumenten en beschikkingen van de Commissie. In hoofdstuk 6 (par. 6) ben ik reeds op de problematische kanten daarvan ingegaan en in de laatste paragraaf van dit hoofdstuk wordt dit onderwerp ook voor het concentratietoezicht verder gezien.

## 4 BEWIJS

Bewijsrecht heeft betrekking op het bewijs van feiten (zie hoofdstuk 4, par. 2). In het concentratietoezicht gaat het enerzijds om het bewijs van contemporaine feiten – wat is de situatie voorafgaand aan de concentratie – en anderzijds om het bewijs van toekomstige feiten bij de beoordeling van de mogelijk mededingingsbelemmerende gevolgen van de concentratie. In natuurwetenschappelijke zin zijn dit onbewijsbare feiten: ook als de zon tot nu toe iedere dag is opgekomen, is dat geen bewijs dat het morgen weer zal gebeuren. Het gaat derhalve om het juridische bewijs van toekomstige feiten, dat echter economisch van aard zal zijn. De wijze waarop dit bewijs, inclusief het niet-prospectieve bewijs, vorm moet krijgen en welke eisen hieraan worden gesteld, hoeven op nationaal en Europees niveau niet noodzakelijkerwijs

---

69 Rechtbank 20 september 2000, CBb 5 december 2001, Wegener.

gelijk te zijn, ook al speelt het probleem van prospectief bewijs op beide niveaus; de wettelijke materiële convergentie heeft slechts indirect betrekking op bewijsrecht. Er geldt geen nationale of Europeesrechtelijke verplichting om EG-rechtelijke bewijsregels te volgen. Nu er geen EG-rechten in het geding zijn (vanwege de *one stop shop*), geldt het EG-vereiste van effectieve rechtsbescherming niet zoals bij het kartelverbod. Wel kunnen jurisprudentiële verdedigingsrechten, als deze rechtstreeks zouden kunnen worden ingeroepen – dat is niet duidelijk – in het geding zijn (vergeleijk hoofdstuk 2, par. 2.4.1). Het is derhalve de vraag in hoeverre de nationale rechter niettemin, en omdat hij dezelfde materiële beoordelingsnorm toepast, spontaan bij het EG-recht te rade gaat voor bewijsrechtelijke aspecten. Ook de door het EVRM gestelde vereisten in een punitieve context zijn hier over het algemeen niet van toepassing; het verbieden van een concentratie is geen *criminal charge*. Het EVRM blijft dan ook grotendeels buiten beschouwing in dit hoofdstuk. Hierna ga ik in op de bewijsmaatstaf in concentratiezaken (par. 4.1); bewijslastverdeling (par. 4.2); enkele bewijsmiddelen en hun bewijskracht (par. 4.3); en de onderzoeksverplichting van de NMa (par. 4.4). Ik sluit af met een slotopmerking (par. 4.4).

#### 4.1 Bewijsmaatstaf

Zoals in hoofdstuk 4 (par. 2.2) is uiteengezet, betreft de bewijsmaatstaf de vraag naar welke overtuiging de rechter van de aan het besluit ten grondslag liggende feiten overtuigd moet zijn. In abstracto is over de bewijsmaatstaf weinig te zeggen, behalve dat zij nauw samenhangt met het soort besluit dat aan de orde is.

##### – *Bewijsmaatstaf in de eerste fase*

Er zijn goede redenen om voor een eerstefasebesluit de bewijsmaatstaf minder hoog te leggen dan voor een tweedefasebesluit. Een eerstefasebesluit vraagt een minder diepgaande analyse, omdat de tweede fase daar nu juist voor is bedoeld (zie par. 2.2). De tekst van artikel 37, lid 2 Mw wijst ook in die richting: een vergunning kan immers al worden vereist indien de NMa ‘reden heeft om aan te nemen (...)’.<sup>70</sup> Er zijn ook goede redenen om voor het eerstefasebesluit inhoudende dat *wel* een vergunning is vereist een hogere bewijsmaatstaf aan te leggen dan voor het eerste-fasebesluit inhoudende dat *geen* vergunning is vereist, met name omdat het indienen van een vergunningsaanvraag hoge administratieve lasten voor de betrokken ondernemingen meebrengt, inclusief een extra *filing fee*. Voor de stelling dat een verschillende bewijsmaatstaf geldt, is in de uitspraken echter geen aanwijzing.<sup>71</sup> De uitspraken wijzen wel in verschillende richtingen, maar een verklaring voor de verschillen

---

70 Ter vergelijking: een vergunning ‘wordt geweigerd indien’ (artikel 41, lid 2 Mw). Ook de NMa stelt dat ‘de bewijslast’, waarmee de bewijsmaatstaf lijkt te worden bedoeld, in de eerste fase lager is dan in de tweede fase (NMa richtsnoeren remedies, punt 43).

71 In ieder geval twee keer is bij de rechtbank sprake van beroep tegen besluiten waarbij *wel* vergunning werd vereist: in CZ en in Nuon Reliant (rechtbank 7 december 2005, CZ; rechtbank 1 juni 2005, Nuon Reliant). Beide keren werd beroep ingesteld door partijen bij de fusie; eenmaal werd het beroep gegrond verklaard (in CZ). Andere beroepen tegen eerstefasebesluiten zijn gericht tegen het besluit dat *geen* vergunning is vereist (ingesteld door partijen of derden) en zijn steeds ongegrond: rechtbank 13 november 2002; Gilde Investment; 3 april 2002, UTC; 1 mei 2003, Broadcast I; 11 juni 2007 Broadcast II; 19 april 2007, NVV. UTC en Gilde Investment zijn hier echter niet relevant omdat zij niet de materiële beoordeling van het vergunningsvereiste betreffen.



kan niet worden gevonden in de verschillende typen besluiten die aan de orde zijn. In Nuon Reliant bijvoorbeeld is het besluit dat *wel* een vergunning is vereist, aan de orde en wordt een lage bewijsmaatstaf opgelegd, terwijl de hogere bewijsmaatstaf van bijvoorbeeld NVV betrekking heeft op het besluit dat *geen* vergunning is vereist.

De rechtbank legt in een aantal zaken een *aannemelijkheidsmaatstaf* op, bijvoorbeeld in NVV, waarin de rechtbank het toetsingskader uiteenzet dat door het CBb voor tweede-fasebesluiten is gegeven, en stelt dat dit van overeenkomstige toepassing is in de eerste fase.<sup>72</sup> Tegenover deze uitspraken staat echter de rechtbankuitspraak in de zaak Nuon Reliant. Daarin stelt de rechtbank dat een terughoudende toets aan de orde is en legt impliciet een *lage* bewijsstandaard op; het is voor het besluit dat een vergunning is vereist, voldoende dat sprake is van ‘diverse geluiden uit de elektriciteitsmarkt, waar herhaaldelijk en spontaan wordt gesproken van belemmeringen van de mededinging’.<sup>73</sup>

In de uitspraken wordt geen aandacht besteed aan de EG-rechtelijke bewijsstandaard. Dit is niet zo verwonderlijk als het gaat om eerstefasebesluiten die concluderen dat een vergunning is vereist, omdat in het EG-systeem dergelijke beslissingen niet zelfstandig appellabel zijn. Wel kan bij een beroep tegen een eindbeschikking de beslissing van de Commissie om een tweedefase-onderzoek te starten, worden aangevallen.<sup>74</sup> EG-jurisprudentie waarbij door derden beroep wordt ingesteld tegen het eerstefasebesluit van de Commissie dat *geen* tweedefaseonderzoek wordt gestart, is evenmin aan de orde in de nationale uitspraken.

– *Bewijsmaatstaf in de vergunningfase*

Er zijn goede redenen om de bewijsmaatstaf voor een (gedeeltelijk) verbod op het totstandbrengen van een concentratie hoger te leggen dan voor de verlening van een vergunning. Zo grijpt een verbod in op de economische vrijheden van de ondernemingen en vergt in een rechtsstaat een beperking van vrijheid een hogere bewijsmaatstaf dan een in stand laten van die vrijheid: de individuele vrijheid prevaleert (zie hoofdstuk 2, par. 3.2.1).<sup>75</sup> Een andere reden voor een hoge bewijsmaatstaf voor een verbod (of een goedkeuring onder voorwaarden) zou kunnen zijn dat aan een vals-negatief besluit, dat inhoudt dat de concentratie wordt verboden terwijl zij goedgekeurd had moeten worden, grotere gevolgen kleven dan aan een vals-positief besluit, inhoudende dat vergunning is verleend, terwijl de concentratie verboden had moeten worden. Een vals-positief besluit wordt immers alleen genomen in moeilijke gevallen waarin werd getwijfeld of de concentratie pro- of anti-competitief zou uitvallen.<sup>76</sup> Mocht blijken dat de concentratie ten onrechte is toegestaan en de concentratie heeft doorgang gevonden (en het vals-positief besluit heeft formele

---

72 Rechtbank 19 april 2007, NVV; ook: rechtbank 1 mei 2003, Broadcast I; rechtbank 11 juni 2007, Broadcast II.

73 Rechtbank 3 juni 2004, Nuon Reliant.

74 Vgl. Navarro Varona 2005, p. 378; maar, zo stelt Botteman 2006, p. 7: ‘the Courts have not defined any evidentiary requirement before a case can go into second phase’.

75 Zie ook Prete & Nucara 2005, p. 689; Reeves & Dodo 2005-2006, p. 1044-1045.

76 Reeves & Dodo 2005-2006, p. 1046.

rechtskracht gekregen),<sup>77</sup> dan beschikken toezichthouders bovendien over de mogelijkheid achteraf in te grijpen via het verbod op het maken van misbruik van machtspositie, hoewel men vragen kan stellen bij de effectiviteit van de handhaving via het misbruikverbod. Een naderhand vernietigd vals-negatief verbodsbesluit zou daarentegen grotere gevolgen hebben, zowel in directe zin voor de betrokken fusiepartijen als in meer indirecte zin voor de consument aan wie de positieve gevolgen van de concentratie in dat geval niet meer ten goede kunnen komen. Vrijwel steeds zal een uiteindelijk alsnog toegestane concentratie niet meer plaats (kunnen) vinden. Tegen deze voorstelling van zaken kan echter naar voren worden gebracht dat een vals-negatief besluit juist minder erg is dan een vals-positief besluit, omdat een vals-negatief besluit alleen schade voor de fuserende partijen oplevert, maar juist niet voor de consument, terwijl dat andersom wel het geval is.<sup>78</sup> Het over het algemeen niet in de literatuur in dit verband naar voren gebrachte, maar zich tot een algemeen beginsel van Europees recht ontwikkelende voorzorgsbeginsel<sup>79</sup> zou ook juist nopen tot het bij twijfel, zeker als deze twijfel economische inzichten betreft, verbieden van een concentratie.

In het verlengde hiervan woedt er in het Europese concentratietoezicht discussie over de vraag of de concentratieverordening een *symmetrische* bewijsmaatstaf bevat. Voor de stelling dat er geen sprake is van een absoluut symmetrische bewijsmaatstaf, kan in de conclusie van de Advocaat-Generaal in *Tetra Laval* steun worden gevonden:

‘Volgens mij kan de symmetrie (...) namelijk niet absoluut zijn, aangezien er tussen de gevallen waarin de aangemelde concentraties zeer waarschijnlijk een machtspositie (...) in het leven zouden roepen of versterken en die waarin de concentraties zeer waarschijnlijk geen machtspositie in het leven zouden roepen of versterken, een “grijs gebied” ligt (...). Naar mijn mening is het in dergelijke gevallen stellig de beste oplossing om de aangemelde concentraties goed te keuren’.<sup>80</sup>

Het Hof gaat op dit punt niet in,<sup>81</sup> maar diens opvatting lijkt te zijn dat er, anders dan het vrijheidsbeginsel zou kunnen doen vermoeden, geen voorkeurspositie wordt ingenomen inhoudende dat een concentratie moet worden toegestaan.<sup>82</sup> Ook (latere) arresten van het Gerecht wijzen niet in de richting van een asymmetrische standaard.<sup>83</sup>

Het Gerecht overweegt bijvoorbeeld: ‘bovendien schept [de concentratieverordening] geen vermoeden met betrekking tot de verenigbaarheid dan wel onverenigbaarheid van een aangemelde operatie met de gemeenschappelijke markt. Het is niet zo, dat de Com-

---

77 Als in beroep tegen een vals-positief besluit wordt geconcludeerd dat de concentratie ten onrechte doorgang heeft gevonden, dan is de vergunning ten onrechte verleend; zij heeft geen formele rechtskracht, zal worden vernietigd en de concentratie dient ongedaan te worden gemaakt. Daarbij speelt het probleem van ‘unscrambling the eggs’, maar het vals-positief besluit is dan niet meer aan de orde.

78 Vgl. Bailey 2003, p. 871.

79 Zie hierover o.a. Heyvaert 2006.

80 A-G Tizzano in zaak C-12/03 P, *Tetra Laval*.

81 Een gemiste kans, stellen bijv. Prete & Nucara 2005, p. 699; Reeves & Dodoo 2005-2006, p. 1047.

82 Zie zaak C-12/03 P, *Tetra Laval*, ov. 120. Anders: Nicholson e.a. 2005, p. 137-139.

83 Zie Wright 2007; Platteau 2006; Bay & Ruiz Calzado 2005, p. 447-448.

missie in geval van twijfel bij voorkeur goedkeuring moet hechten aan een onder haar bevoegdheid vallende concentratie; zij dient integendeel steeds een duidelijke beslissing in de ene dan wel in de andere zin te nemen'.<sup>84</sup>

Uit nationale uitspraken met betrekking tot het concentratietoezicht is niet af te leiden dat de bewijsmaatstaf voor een weigering van een vergunning hoger zou liggen dan voor verlening daarvan. Maar de nationale rechter spreekt zich, anders dan het Gerecht, hierover ook niet expliciet uit; de uitspraken zijn casusgebonden, eerder *shallow* dan *deep*.<sup>85</sup> Het antwoord op de vraag of de nationale rechter een asymmetrische maatstaf toestaat, hangt samen met de vraag of zij in algemene zin voor de bewijsmaatstaf aansluiting zoekt bij EG-jurisprudentie. De nationale bewijsmaatstaf voor het *weigeren van een vergunning* is echter niet duidelijk (nog los van de vraag of er gedifferentieerd wordt tussen verlening en weigering).<sup>86</sup> De uitspraken betreffen alleen zaken waarbij een vergunning onder voorwaarden aan de orde is: een gedeeltelijke weigering.<sup>87</sup> Een volledige weigering is in de uitspraken niet aan de orde. De vraag is nu of het volgens de nationale rechter voldoende is dat de NMa *aannemelijk* maakt dat de concentratie leidt tot een machtspositie met als gevolg een significante beperking van de mededinging c.q. dat sprake is van het op significante wijze belemmeren van de mededinging<sup>88</sup> of dat dit *met een hoge mate van waarschijnlijkheid* moet komen vast te staan.

In Wegener spreekt de rechtbank eerst van 'aantonen dan wel aannemelijk maken' – daartussen is overigens wel een verschil, lijkt me (zie hoofdstuk 4, par. 2.2) – maar in het vervolg van de uitspraak vooral over aannemelijkheid. In Essent beperkt de rechtbank zich tot aannemelijkheid.<sup>89</sup> In Nuon Reliant, daarna gewezen, stelt de rechtbank dat sprake moet zijn van een 'hoge mate van waarschijnlijkheid'. De rechtbank stelt 'hoge eisen' aan het bewijs, die niet kunnen worden verlaagd door de korte termijnen of doordat 'een (...) onderzoek mogelijk niet eenvoudig is uit te voeren': dit kan 'niet afgewenteld worden' op de aanmeldende partijen. Na deze hoge eisen aan het bewijs komt de rechtbank tot de conclusie dat de NMa zijn standpunt 'onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt'.<sup>90</sup>

Wellicht heeft de rechtbank, maar dat noemt zij niet expliciet, in Nuon Reliant willen aansluiten bij de hoge bewijsmaatstaf die de Europese rechters in een meer recente serie arresten lijken op te leggen aan de Commissie in concentratiezaken,<sup>91</sup> namelijk

---

84 Zaak T-210/01, General Electric, ov. 61 (cursief AG). De discussie blijft ook onder de nieuwe beoordelingsnorm relevant en woedt voorlopig nog voort, vgl. Bay & Ruiz-Calzado 2005, p. 441.

85 Zie Sunstein 2008, en hoofdstuk 4, par. 4.

86 Uitspraken betreffende de tweede fase zijn in ieder geval: voorzieningenrechter rechtbank 17 december 1998, MKB Nederland (fusie KBB-Vendex); rechtbank 20 september 2000, en CBb 5 december 2001, Wegener; rechtbank 21 juni 2001, voorzieningenrechter CBb 19 oktober 2001 en CBb 27 september 2002, Essent; voorzieningenrechter rechtbank 3 juni 2004, rechtbank 1 juni 2005, CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

87 Vgl. Rechtbank 1 juni 2005, Nuon Reliant.

88 Zie over de vraag of de nieuwe beoordelingsnorm tot een andere bewijsmaatstaf leidt bijv. Von Hinten-Reed & Camasca 2003, p. 461. Nu uit de uitspraken al niet duidelijk wordt wat de huidige bewijsmaatstaf is, laat ik deze discussie, ook bij gebrek aan uitspraken onder de nieuwe beoordelingsnorm, verder buiten beschouwing.

89 Rechtbank 20 september 2000, Wegener; rechtbank 21 juni 2001, Essent.

90 Rechtbank 1 juni 2005, Nuon Reliant.

91 Zie in deze zin Lavrijssen 2006, p. 282; anders: Ottow 2006, p. 237.

dat er sprake moet zijn van ‘*convincing evidence*’. De bewijsstandaard zou daarmee zijn verhoogd tot ‘a new and high burden of proof’.<sup>92</sup>

Zo stelt het Gerecht dat sprake moet zijn van ‘deugdelijk bewijs’,<sup>93</sup> en over zichzelf: ‘het Gerecht [heeft] zich in betrekkelijk *strikte termen* uitgelaten over de vraag, welke bewijzen de Commissie dient voor te leggen indien zij in het kader van haar analyse stelt, dat een onderneming zich in de toekomst op een bepaalde manier zal gedragen en dat daardoor een machtspositie in het leven zal worden geroepen. Volgens het Gerecht dient de Commissie in een dergelijk geval ‘deugdelijk bewijs’ aan te voeren (...). Bij de goedkeuring van dat gedeelte van het arrest in hogere voorziening overwoog het Hof, dat het Gerecht (...) enkel had herinnerd aan de wezenlijke functie van het bewijs, te weten de gegrondheid van een betoog of, zoals in casu, van een concentratiebeschikking *overtuigend aantonen*’.<sup>94</sup>

Het is de vraag of in deze arresten de bewijsmaatstaf inderdaad is verhoogd of dat, om aan die bewijsmaatstaf te kunnen voldoen, sprake is van verhoogde eisen aan de bewijsmiddelen (of dat dit met andere woorden hetzelfde betekent) of dat het gaat om eenzelfde bewijsstandaard, maar een verhoogde toetsingsintensiteit (zie ook par. 5.3.3).<sup>95</sup> Deze onderliggende vraag is al onduidelijk, laat staan dat helder wordt dat deze verhoogde bewijsmaatstaf de bewijsmaatstaf is waarbij de rechtbank in Nuon Reliant heeft willen aansluiten. Het is bovendien de vraag of de rechtbank in zijn uitspraak voor het geheel van tweedefaseverbodsbesluiten dan een hogere maatstaf aanlegt of alleen in gevallen als deze, waarin een *prospectieve analyse* een belangrijke rol speelt of slechts voor dat prospectieve deel. Uit jurisprudentie van Hof en Gerecht wordt wel afgeleid dat voor een prospectieve analyse hogere *eisen* gelden aan het bewijs,<sup>96</sup> maar of daarmee hogere *bewijsmaatstaf* wordt opgelegd, is de vraag: zoals eerder gesteld, kunnen juist toekomstige feiten niet met zekerheid worden vastgesteld.<sup>97</sup>

Zo overweegt het Gerecht dat ‘de Commissie wat de toekomstige ontwikkeling van de markt betreft, aan de hand van *deugdelijk bewijs* en met een *voldoende mate van waarschijnlijkheid* niet slechts [moet] aantonen dat een door haar verwachte gedraging in de betrekkelijk nabije toekomst zal plaatsvinden, maar ook dat die gedraging in de betrekkelijk nabije toekomst zal leiden tot het ontstaan of de versterking van een machtspositie (...). De Commissie kan er niet mee volstaan, een reeks logische, maar hypothetische ontwikkelingen te schetsen, waarvan de praktische verwezenlijking volgens haar kwalijke gevolgen voor de mededinging op een aantal verschillende markten dreigt te hebben. Het is integendeel haar taak, een *specifieke analyse* te geven (...)’.<sup>98</sup>

---

92 Temple Lang 2003 c, p. 267. Ook Bailey 2003, p. 846-847; Ragolle 2003, p. 178; Bornkamm 2003; O’Keeffe 2003, p. 220; Ottervanger & Veldhuis 2005; Reeves & Dodoo 2005-2006, p. 1035; Guerrero 2003-2004. Anders: Vesterdorf 2003, p. 137; Botteman 2006.

93 Zaak T-210/01, General Electric, ov. 327.

94 Zaak T-210/01, General Electric, ov. 433 (cursief AG).

95 Vgl. Bay & Ruiz Calzado 2005, p. 450-451; Meij 2009.

96 Zie o.a. Y. de Vries 2006, p. 5; Platteau 2006, p. 51; Ottow 2006, p. 234.

97 Vgl. Botteman 2006, p. 77.

98 Zaak T-210/01, General Electric, ov. 426 (cursief AG).

Dat er echter *geen* andere bewijsmaatstaf geldt voor prospectieve analyses dan voor ‘gewone’ analyses, lijkt door het CBb in hoger beroep in Nuon Reliant te worden verondersteld; verwijzingen naar EG-jurisprudentie ontbreken.

Het CBb overweegt: ‘aan het vereiste dat wordt vastgesteld dat aannemelijk is gemaakt dat de mededinging (...) op significante wijze wordt belemmerd, doet niet af dat het een prospectieve analyse betreft’. Maar dat neemt niet weg dat hoge eisen worden gesteld aan het onderzoek: ‘een dergelijke analyse verschaft uit zijn aard (...) een andere zekerheid dan de beoordeling in retrospectief en moet *daarom zeer zorgvuldig* worden uitgevoerd’, stelt het CBb.<sup>99</sup>

Ten aanzien van de bewijsmaatstaf, die door de rechtbank in Nuon Reliant leek te worden verhoogd, blijft de onduidelijkheid echter ook na de uitspraak van het CBb bestaan. De bewijsmaatstaf lijkt bij het CBb lager te liggen dan bij de rechtbank; het CBb hanteert namelijk een *aannemelijkheidsmaatstaf*, maar anderzijds wordt over de door de rechtbank aangelegde maatstaf opgemerkt dat ‘de enkele overweging (...) dat voor de weigering van de vergunning met een hoge mate van waarschijnlijkheid vast moet staan dat (...), rechtvaardigt niet zonder mee[r] de gevolgtrekking dat de rechtbank een onjuiste maatstaf zou hebben aangelegd’.<sup>100</sup> Zoals een annotator opmerkt: ‘het oordeel [van de rechtbank] wordt in stand gelaten, ook al wekt het College de indruk dat het niet alle overwegingen van de rechtbank zonder meer onderschrijft’.<sup>101</sup>

#### – *Bewijsmaatstaf en convergentie*

De door de mededingingsbestuursrechter aangelegde bewijsmaatstaf, of deze eerstefasebesluiten of tweedefasebesluiten betreft, verlening of weigering van een vergunning, blijkt niet eenduidig. Het EG-recht komt niet ter sprake, maar het is ook onduidelijk of er niettemin sprake is van *impliciete* convergentie. Voor impliciete convergentie zijn vooral in de uitspraak van de rechtbank in Nuon Reliant wel aanwijzingen,<sup>102</sup> maar over het algemeen lijkt de rechtbank de ‘eenheidsstandaard’ van de Essent-uitspraak van het CBb te volgen. Deze Essent-maatstaf is een aannemelijkheidsmaatstaf, waarbij de eisen die aan het bewijs worden gesteld, lager lijken te liggen dan de in EG-jurisprudentie aan verbodsbeschikkingen gestelde eisen.<sup>103</sup> De nuances uit het EG-recht worden door de eenheidsstandaard van de Essent-uitspraak, geschreven voor de tweede fase, maar door de rechtbank ook op de eerste fase toegepast, niet overgenomen. Het CBb lijkt zich van het EG-recht, als het gaat om de bewijsstandaard, weinig aan te trekken. Toch zouden de concentratiebepalingen, de doelstelling van het concentratietoezicht, het belang van economische vrijheid van ondernemingen, en de maatschappelijke kosten die onjuiste besluiten kunnen meebrengen, kunnen leiden tot genuanceerde benadering: de zwaarste bewijsmaatstaf zou gelden voor een tweedefasebesluit, waarbij een vergunning (gedeeltelijk) wordt geweigerd, en een verschil in bewijsmaatstaf tussen eerste fase

---

99 CBb 28 november 2006, Nuon Reliant (cursief AG).

100 CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

101 Zie Cartigny 2007.

102 Zie ook Lavrijssen 2009.

103 Anders: Kalbfleisch 2008, p 86, maar zonder te nuanceren tussen verschillende typen besluiten.

en tweede fase ligt voor de hand. Uit het EG-recht kunnen verdere nuances worden afgeleid,<sup>104</sup> maar geen van deze nuances zijn vooralsnog terug te vinden in de nationale uitspraken (waarvan er echter ook slechts weinig zijn).

## 4.2 Bewijslastverdeling

De hoofdregel van bewijslastverdeling is, zoals in hoofdstuk 4 (par. 2.5) aangegeven, dat de bewijslast rust op het bestuursorgaan: het besluit dient gebaseerd te zijn op een juiste feitelijke onderbouwing. Bij een besluit op *aanvraag*, zoals in het concentratietoezicht bij de vergunningsaanvraag het geval is, komt de plicht tot het onderbouwen van de aanvraag met feiten te rusten op de aanvrager.<sup>105</sup>

### 4.2.1 *Bewijslastverdeling in de eerste fase*

De rol van de aanvrager verschilt in de meldingsfase en in de vergunningsfase. De melding is niet gericht op het verkrijgen van een vergunning, maar op het ontwijken van dat vereiste. Daarom zouden hier de ‘normale’ regels van bewijslastverdeling gelden tussen een aanvrager en een vergunningverlener (zie hoofdstuk 4, par. 2.5): als bij de melding onvoldoende gegevens worden verstrekt of als er twijfel is bij de toezichthouder, dan wordt doorgedaan naar een tweede fase. Het bewijsrisico van het niet bewijzen van het onproblematische karakter van de concentratie ligt bij de meldende partijen. Dit is vergelijkbaar met een ‘gewone’ vergunningsaanvraag (bijvoorbeeld een bouwvergunning), waarbij de aanvrager, als equivalent van de meldende partijen, niet datgene krijgt wat gevraagd wordt wanneer sprake is van een onvolledige aanvraag of sprake van twijfel bij het bestuursorgaan: de bouwvergunning wordt niet verleend, de concentratie wordt niet zonder meer toegestaan. Dat zou opvallend zijn, omdat de melding nu juist geen aanvraag is in de zin van de Awb, en omdat bij de vergunningsaanvraag (wel Awb-aanvraag) de normale regels niet in gelijke mate gelden. Deze klassieke bewijslastverdeling wordt echter ook niet door nationale uitspraken bevestigd.

Zo wordt in CZ expliciet gesteld dat *de NMa* in een eerste fase ook het bewijs – aanneemelijk maken – van het causale verband tussen machtspositie en significante mededingingsbelemmering (onder de oude beoordelingsnorm) moet leveren. De rechtbank verwijst daarbij naar het feit dat ook de Commissie dit causale verband dient aan te tonen, zoals blijkt uit het arrest *Kali & Salz* van het Hof.<sup>106</sup>

De rechtbank is derhalve van oordeel dat de bewijslast op de NMa rust. Los van de vraag of de bewijsmaatstaf de juiste is (zie par. 4.1), is het ook de vraag of deze bewijslastverdelingsregel voor *de meldingsfase* uit het Europese concentratietoezicht kan worden afgeleid, nu de overgang tussen beide fases daar anders is gereguleerd en de Commissie bij de overgang naar de tweede fase grote vrijheid wordt gegund. In ieder geval wijkt de rechtbank hiermee af van een normale bewijslastverdeling bij

---

104 Zie bijv. Vesterdorf 2003; Reeves & Dodoo 2005-2006, p. 1049. Maar zie ook Bay & Ruiz Calzado 2005, p. 446-447; Wright 2007, p. 414.

105 Zie in algemene zin artikel 4:2 Awb.

106 Rechtbank 7 december 2005, CZ.

een aanvraag door bij de EG-rechtelijke jurisprudentie voor tweedefasebesluiten aan te sluiten.

#### 4.2.2 *Bewijslastverdeling in de tweede fase*

De tweede fase is in het nationale systeem een vergunningsfase, waarvoor de Awb-regels gelden die betrekking hebben op een aanvraag. Daarmee gelden ook de gewone bewijslastverdelingsregels: hoewel de bewijslast bij een besluit op aanvraag primair komt te rusten bij de aanvrager, geldt de plicht tot een zorgvuldige onderbouwing steeds voor het bestuursorgaan (zie hoofdstuk 4, par. 2.5). Deze plicht tot zorgvuldige onderbouwing geldt des te sterker in het concentratietoezicht, omdat sprake is van een negatief gestelde, rechtsverhinderende voorwaarde. De relevante bepaling van artikel 41 Mw is immers niet in de vorm gegoten dat ‘een vergunning wordt verleend, wanneer rechtsfeit a, b of c zich voordoet’, maar juist dat zij wordt geweigerd bij rechtsfeit x.<sup>107</sup> Het bewijzen van rechtsfeit x – in dit geval (kort gezegd) dat de concentratie op mededingingsrechtelijke bezwaren stuit – ligt bij een dergelijk negatief geformuleerde voorwaarde als gevolg van de algemene bewijslastverdelingsregels op het bestuursorgaan, dat het bewijsrisico draagt. Bij onvoldoende onderbouwing van de aanvraag kan dus in algemene zin niet vanzelfsprekenderwijs worden gesteld dat de aanvrager niet kan krijgen wat hij verlangde (de vergunning); de NMa dient de afwijzingsgronden *positief* te bewijzen. Dit wordt bevestigd in de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter, waaruit blijkt dat de bewijslast voor een tweedefasebesluit voor een (gedeeltelijke) vergunningsweigerings steeds op de NMa ligt.

Zo overweegt de rechtbank: ‘in dit verband merkt de rechtbank op dat in beginsel op verweerder de bewijslast rust ten aanzien van de aan zijn oordeel ten grondslag te leggen feiten’. Ook het vervolg is vanuit bewijslastverdelingsoogpunt echter interessant: ‘*voorzover* deze niet reeds op grond van de aanvraag om een vergunning als vaststaand kunnen worden aangenomen’.<sup>108</sup>

Deze algemene bewijslastverdeling vloeit ook voort uit het EG-recht, waar eveneens geldt dat de bewijslast voor het weigeren van een vergunning primair op de Commissie rust. Het EG-rechtelijke kader voor bewijslastverdeling in concentratiezaken komt in de nationale uitspraken echter niet ter sprake. De convergentie is impliciet en lijkt ook reeds voort te vloeien uit algemene overeenkomsten tussen de systemen en algemene uitgangspunten gehanteerd op beide niveaus (vergelijk hoofdstuk 4, par. 4.4).

---

107 Zie Schuurmans 2005, p. 194: ‘het wettelijk voorschrift [kan] een regeling bevatten ten aanzien van de *negatieve voorwaarden* (feiten die zich tegen honorering van een aanvraag verzetten: “*rechtsverhinderende feiten*”). De aanvrager heeft recht op een uitkering indien hij voldoet aan voorwaarde a, b, en c. De uitkering wordt desalniettemin geweigerd indien voorwaarde d. Past het bestuursorgaan de weigeringsgrond d. toe, dan ontkent het niet dat de belanghebbende aan de positieve voorwaarden a, b en c voldoet, maar beroept het zich op een zelfstandige norm die zich tegen het besluit verzet. In beginsel draagt het bestuursorgaan de bewijslast voor de feiten die aan de toepassing van de rechtsverhinderende weigeringsgrond ten grondslag liggen’.

108 Rechtbank 20 september 2000, Wegener. Zie ook rechtbank 1 juni 2005, Nuon Reliant.

In belangrijke mate baseert de toezichthouder zich natuurlijk op door de aanvragers verschaft informatie. Daarmee wordt van belang welke gegevens door de aanvragende partijen precies moeten worden verschaft: met name ook welk bewijs reeds in de aanvraag naar voren moet worden gebracht als het gaat om ontlastend materiaal, bijvoorbeeld voor verweren (zie ook hierna). De te verschaffen informatie is zowel op nationaal niveau als op EG-niveau gereguleerd door een formulier, maar met een verschillende status. Op EG-niveau is het formulier een bijlage bij een *Verordening*,<sup>109</sup> op nationaal niveau een bij *besluit* van de NMa vastgesteld formulier in de zin van artikel 4:4 Awb.<sup>110</sup> De gevraagde informatie is omvangrijk, vooral op EG-niveau (hoewel de Commissie ook een verkort formulier heeft opgesteld, dat kan worden gebruikt indien de concentratie ‘normaal geen mededingingsbezwaren doet rijzen’).<sup>111</sup> Nu op nationaal niveau de formulieren niet door de wetgever zijn vastgesteld, roept dat de vraag op of de gevraagde informatie steeds noodzakelijk is (zie artikel 4:2, lid 2 Awb), zeker met het oog op de verkorte afdoening door de NMa,<sup>112</sup> en welke gevolgen het voor de bewijslastverdeling heeft als niet alle informatie kan worden verschaft. Beide vragen zijn in nationale uitspraken echter niet aan de orde.

#### 4.2.3 Bewijsvermoedens

Net als bij het kartelverbod kunnen ook in het concentratietoezicht bewijspresumpties een rol spelen. Bij een bewijsvermoeden wordt bij bewijs van rechtsfeit A ook rechtsfeit B verondersteld te zijn bewezen. Daarmee wordt de bewijslastverdeling beïnvloed (zie hoofdstuk 4, par. 2.5). Uit de concentratieverordening en de jurisprudentie van het Hof kunnen enkele vermoedens worden afgeleid. Zij kunnen echter niet steeds worden aangemerkt als ‘echte’ bewijsvermoedens, waardoor de bewijslastverdeling verandert.

Sommige belangrijke vermoedens hebben in het concentratietoezicht de vorm van ‘veilige havens’ waarbinnen de concentratie wordt vermoed geen mededingingsrechtelijke problemen op te leveren. Een dergelijk vermoeden geldt op basis van de concentratieverordening voor ondernemingen die na de fusie een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 25% innemen.<sup>113</sup> In de praktijk wordt dit tot gezamenlijke marktaandelen van minder dan 40% uitgebreid.<sup>114</sup> De Commissierichtsnoeren horizontale fusies bevatten nog twee veilige havens, die echter minder stellig zijn geformuleerd, omdat zij ‘in bijzondere omstandigheden’ niet aan de orde zijn.<sup>115</sup> Bij nadere bestudering blijkt echter dat het eerste vermoeden geen verandering in bewijslastverdeling meebrengt, hoewel zij absoluut

---

109 Artikel 4 en bijlage, bij de uitvoeringsverordening.

110 Besluit vaststelling formulieren Mededingingswet 2007.

111 Zie par. 1.1 van het verkorte formulier, bijlage II bij de uitvoeringsverordening.

112 Zie NMa uitvoeringsregel verkorte afdoening 2008.

113 Zie overweging 32 van de concentratieverordening; en Commissie richtsnoeren horizontale fusies, punt 18.

114 Killick & Schulz 2007, p. 438.

115 De Commissie richtsnoeren bepalen: ‘doorgaans hoeft de markt niet grondig te worden geanalyseerd’ en ‘het is onwaarschijnlijk dat de Commissie mededingingsbezwaren zal zien’, voor respectievelijk een concentratie met een HHI-index van minder dan 1000 (punt 19) en concentraties met een HHI-index tussen de 1000 en 2000, met een delta van minder dan 250 of een HHI van boven de 2000 maar met een delta van minder dan 150 (punt 20). Zie hierover ook Killick & Schulz 2007, p. 454-458.



is geformuleerd. De bewijslast voor het aantonen dat sprake is van een mededingingsrechtelijk probleem, ligt al bij de toezichthouder; het bewijsvermoeden brengt daarin – wat de verdeling betreft – geen verandering. Wat dat betreft leveren de beide andere vermoedens juist meer op: als partijen kunnen aantonen aan de betreffende HHI-index en delta te voldoen, lijkt het er op dat het aan de Commissie is om aan te tonen dat sprake is van de genoemde bijzondere omstandigheden.

Vanwege de rechtsverhinderende vorm van de wettelijke materiële beoordelingsnorm levert een *vermoeden van geldigheid* derhalve geen verandering op van formele bewijslastverdeling. Deze veilige havens zijn bij de nationale bestuursrechter niet aan de orde, hoewel zij in theorie wel transplantabel zijn. Die mogelijkheid van het overnemen van vermoedens die op relatieve waarden als marktaandelen en concentratiegraad zijn gebaseerd, blijkt bij het *omgekeerde bewijsvermoeden*; het vermoeden dat gezamenlijke marktaandelen boven een bepaalde drempel vrijwel steeds een machtspositie opleveren kan (ook onder de nieuwe beoordelingsnorm) wel de bewijslastverdeling beïnvloeden. Een dergelijk vermoeden kan worden afgeleid uit EG-jurisprudentie en geldt vanaf ‘een marktaandeel van 50%’.<sup>116</sup> Dit vermoeden is aan de orde in Wegener. De rechtbank noemt de Europese jurisprudentie niet, hoewel zij wel het vermoeden lijkt toe te passen; het CBb past het bewijsvermoeden niet toe (en noemt het EG-recht evenmin).

De rechtbank stelt dat ‘inderdaad’ sprake is van ‘zeer substantiële marktaandelen’ en vervolgt: ‘zodat daaraan het – overigens weerlegbare – *vermoeden* kan worden ontleend dat sprake is van een economische machtspositie’.<sup>117</sup> Tegenbewijs tegen het bewijsvermoeden is mogelijk, maar is in casu ‘onvoldoende onderbouwd’. Tegen ‘uit onderzoek en uit algemene ervaringsregels voortvloeiende conclusie’ stellen de fuserende ondernemingen ‘niet meer dan een enkele ontkenning’.<sup>118</sup> Het CBb stelt echter weliswaar dat ‘een (zeer) aanzienlijk marktaandeel (...) op zichzelf een *belangrijke aanwijzing* vormt voor het ontstaan of versterken van een economische machtspositie (...)’, maar vervolgt ‘of hiervan ook werkelijk sprake is hangt mede af van andere factoren’.<sup>119</sup>

Als het CBb inderdaad bedoelt het bewijsvermoeden niet te hanteren, wijkt zij daarmee af van EG-jurisprudentie. In het vorige hoofdstuk merkte ik op dat het er op lijkt dat ‘materiële bewijsvermoedens’, vermoedens die nauw zijn verbonden met de materiële norm, door in ieder geval de rechtbank worden overgenomen; de procedurele convergentie is daarbij duidelijk, hoewel het CBb over een belangrijk jurisprudentieel bewijsvermoeden prejudiciële vragen stelt (zie hoofdstuk 6, par. 4.2.4). In Wegener lijkt het CBb een dergelijk materieel bewijsvermoeden af te wijzen. Dat zou kunnen betekenen dat ook andere bewijsvermoedens die uit jurisprudentie van het Hof kunnen worden afgeleid (zoals bij collectieve machtsposities),<sup>120</sup> ook niet zonder meer worden gevolgd. De Wegener-uitspraak is echter relatief vroeg gewezen

---

116 Zaak T-210/01, General Electric, ov. 115; zie ook Commissie richtsnoeren horizontale fusies, punt 17.

117 Rechtbank 20 september 2000, Wegener (cursief AG).

118 Rechtbank 20 september 2000, Wegener.

119 CBb 5 december 2001, Wegener (cursief AG).

120 Zie over dit bewijsvermoeden Killick & Schulz 2007, p. 449.

(de eerste concentratie-uitspraak van het CBb), en het bewijsvermoeden is verder niet aan de orde gekomen.

#### 4.2.4 Tegenbewijs en verweren

Het ontbreken van verwijzingen in nationale uitspraken naar de bewijslastverdeling in communautaire concentratiezaken geldt ook als het gaat om de plaats van tegenbewijs. Tegenbewijs wordt behandeld zonder het EG-recht (expliciet) te bezien. Tegelijkertijd moet worden opgemerkt dat van verschillende tegenargumenten het ook in het EG-recht niet duidelijk is of zij als echt tegenbewijs moeten worden aangemerkt of als zelfstandig bewijs van nieuwe stellingen (pseudo-tegenbewijs); een onderscheid dat in theorie sowieso gemakkelijker is te maken dan in de praktijk (zie hoofdstuk 4, par. 2.5). Zo zijn er argumenten die het bewijs van het ontstaan of versterken van een *machtspositie* tegenspreken en die direct gerelateerd zijn aan marktafbakening, marktaandelen en HHI-index: de markt is groter dan de toezichthouder stelt, de aandelen kleiner.<sup>121</sup> Daarnaast zijn er argumenten die de marktafbakening en concentratiegraad niet betwijfelen, maar toch het vinden van een machtspositie tegengaan: bijvoorbeeld argumenten gebaseerd op tegenmacht (*countervailing power*) of afwezigheid van markttoetredingsbarrières. Waar het eerste type argumenten duidelijk als tegenbewijs aan te merken is, is dat van het tweede type minder duidelijk; deze argumenten liggen tussen echt tegenbewijs en bewijs van nieuwe stellingen in. Dezelfde onduidelijkheid geldt voor argumenten gericht tegen de vaststelling dat er *mededingingsproblemen* ontstaan; onder de nieuwe beoordelingsnorm mogelijk als primaire tegenargumentatie. Dit betreft stellingen dat de gevolgen voor mededinging niet problematisch zullen zijn: geen *leveraging*-effecten of het ontbreken van prikkels voor gedragsafstemming. Ook dit is echt tegenbewijs. De plaats van argumenten betreffende efficiënties en het *failing-firm*-argument, die de belemmering van de mededinging in een ander daglicht kunnen stellen, is echter onduidelijker.

Het onderscheid tussen echt tegenbewijs (een *rebuttal*) en pseudotegenbewijs (verweer of *defense*, zie ook hoofdstuk 4, par. 2.5) is om verschillende redenen van belang. De vraag is of de NMa argumenten betreffende *countervailing power* en efficiëntievoordelen moet onderzoeken als onderdeel van de materiële beoordeling van de concentratie of dit slechts hoeft te doen na het aandragen van deze argumenten door fuserende partijen; is het besluit onzorgvuldig voorbereid als de NMa deze elementen niet heeft onderzocht? Ook is het de vraag op wie de formele bewijslast rust: zelfs als de NMa niet onzorgvuldig handelt door niet zelf te onderzoeken of sprake is van efficiëntievoordelen – omdat zij afhankelijk is van het bewijsmateriaal van partijen – rust dan op de NMa de bewijslast om bij een weigering van een vergunning aan te tonen dat er *geen* sprake is van efficiëntievoordelen of *countervailing power* of is het aan de fuserende partijen om het tegendeel te bewijzen? Het verschil is ten slotte ook van belang voor de benodigde overtuigingskracht van de door de fusiepartijen aangedragen argumentatie, nu tegenbewijs is gericht op betwij-

---

121 Vgl. G. Monti 2007 b, p. 519.

felen, maar bewijs van nieuwe feiten aan een hogere maatstaf zou moeten voldoen (vergelijk hoofdstuk 4, par. 2.5).

– *Tegenbewijs in uitspraken*

Uit uitspraken van de nationale mededingingsbestuursrechter volgt dat tegenbewijs dient te worden geleverd met ‘overtuigende argumenten’, indien het is gericht tegen een ‘met onderzoeksgegevens en argumenten onderbouwd uitgangspunt’ van de NMa.<sup>122</sup>

De rechtbank merkt in Wegener ook al op dat ‘van de aanvrager van de vergunning die zich niet met het oordeel kan verenigen mag worden geveerd dat hij dit oordeel *gemotiveerd* en zo nodig op basis van *eigen onderzoeksrapporten* weerspreekt.’ Daarvoor is ‘een enkele, summier gemotiveerde mededeling dat hij het oneens is met het besluit van de NMa’ niet voldoende.<sup>123</sup>

Dit komt overeen met algemene regels van bewijslastverdeling die ten grondslag liggen aan de bewijsregels in het nationale en Europese administratieve recht (zie hoofdstuk 4, par. 2.5).

– *Tegenmacht en markttoetreding*

De plaats van argumenten gebaseerd op tegenmacht (*countervailing power*) en markttoetredings-barrières is minder duidelijk dan bewijs gericht tegen marktafbakening of concentratiegraad. De Commissie stelt in haar richtsnoeren voor horizontale fusies dat tegenmacht ‘waar nodig’ wordt onderzocht,<sup>124</sup> markttoetredingsbarrières worden kennelijk altijd onderzocht.<sup>125</sup> Dat impliceert dat geen sprake is van zelfstandige verweren. Het *countervailing power*-argument is op nationaal niveau aan de orde in Wegener (argumenten betreffende markttoetredingsbarrières zijn niet aan de orde). Uit uitspraken van de rechtbank en het CBb blijkt dat het argument verschillende vormen kan aannemen, maar wordt niet helemaal duidelijk hoe het in de bewijslastverdeling moet worden geplaatst.

In Wegener concludeerde de NMa dat in een *one-paper*-situatie (een situatie van een enkele krant per verspreidingsgebied) er op de lezersmarkt voor dagbladen onvoldoende ‘disciplinerende factoren’ zouden zijn. De fusiepartijen lieten echter een partijrapport opmaken (zie ook hierna), waaruit zou blijken dat er wel sprake zou zijn van disciplinerende factoren. De rechtbank overweegt dat de ‘door verweerder gevreesde effecten zich niet, althans niet in rechtens relevante mate zullen voordoen’. De plaats van argumenten betreffende disciplinerende factoren (w.o. tegenmacht) blijkt hier niet duidelijk, maar het partijrapport heeft de functie *tegenbewijs* (dat slaagt). *Countervailing power*-argumenten zijn ook aan de orde op de markt voor persdiensten, waar, zo werd gesteld, de fusieonderneming over grote vraagmacht zou beschikken. De rechtbank stelt dat wel sprake zal zijn van ‘een aanzienlijke vraagmacht’, maar het betoog van de NMa dat ‘de fusieonderneming daardoor in staat zal zijn voordeliger tarieven te bedingen’ is ‘in hoge mate specu-

---

122 CBb 5 december 2001, Wegener.

123 Rechtbank 20 september 2000, Wegener.

124 Commissie richtsnoeren horizontale fusies, punt 65.

125 Commissie richtsnoeren horizontale fusies, punt 69. Over hoe het vaststellen van markttoetredingsbarrières ook onder economisten meningsverschil oplevert, zie bijv. Coate 2008.

latief'. Er is onder andere sprake van 'voldoende *countervailing power*' van een concurrerende persdienst. Hier fungeert het argument van tegenmacht als mitigerende factor tegen de nadelige gevolgen van vraagmacht, terwijl die vraagmacht als gegeven blijft staan, en lijkt dus te functioneren als een *verweer*.<sup>126</sup>

– *Efficiënties en failing firm*

De wijze waarop efficiënties en het *failing firm*-argument (inhoudende dat zonder de concentratie de over te nemen onderneming gedoemd is te verdwijnen) moeten worden gezien, is zowel onduidelijk voor de inhoudelijke kant daarvan – die met name de bewijsomvang betreft en vooral samenhangt met de vraag welke welvaartsstandaard als doelstelling van het concentratietoezicht wordt gehanteerd en daardoor aan welke eisen efficiënties moeten voldoen<sup>127</sup> – als voor de procedurele kant daarvan. Het laatste betreft de bewijslastverdeling en staat hier centraal.<sup>128</sup>

Efficiëntieargumenten en het *failing firm*-verweer – dit laatste argument kan als een vorm van efficiëntie worden gezien, maar wordt over het algemeen als specifiek verweer beschouwd<sup>129</sup> – zijn eerder als pseudotegenbewijs aan te merken dan als echt tegenbewijs. Het gaat om nieuwe stellingen, die de vaststelling dat er mededingingsrechtelijke bezwaren rijzen, niet zozeer betwijfelen, maar daar nieuwe informatie tegenover zetten, waardoor de concentratie alsnog doorgang zou kunnen vinden.<sup>130</sup> Dergelijke verweren komen theoretisch gezien in de bewijslastverdeling pas aan de orde nadat het bewijs dat geen vergunning kan worden verleend, is geleverd (vergelijk hoofdstuk 4, par. 2.5). Dat betekent dat de bewijslast niet op de toezichthouder ligt, maar dat fusiepartijen moeten bewijzen dat sprake is van voldoende efficiënties (of een *failing firm*). In de praktijk is het voor fusiepartijen onverstandig om dergelijke argumenten niet op tijd aan te dragen; in ieder geval de *tactical burden* ligt bij de ondernemingen (zie hoofdstuk 4, par. 2.5), hoewel ook wel het verwijt is gemaakt dat efficiënties door de Commissie in het verleden juist zijn gebruikt als *efficiency-offence* en het dus de vraag kon zijn of het wel verstandig was om aan deze *tactical burden* te voldoen.<sup>131</sup>

De Europese en nationale aanvraagformulieren vragen expliciet om benoeming door fusiepartijen van efficiënties, maar de Commissie benadrukt dat de verstrekking van informatie in deze fase niet verplicht is.<sup>132</sup> Hoewel minder expliciet dan de Commissie, lijkt ook de NMa te veronderstellen dat het hier geen verplichting betreft.<sup>133</sup> Wat efficiëntieargumenten betreft, is een bijkomende factor die er op wijst dat de bewijs-

---

126 Bij het CBB in hoger beroep is het *countervailing power*-argument minder duidelijk.

127 Deze inhoudelijke kant is in nationale uitspraken niet aan de orde en hangt samen met de vraag welke achterliggende doelstelling het concentratietoezicht heeft (zie par. 2.5). Zie bijv. G. Monti 2007 b, p. 526-527. Overigens is op dit specifieke punt ook geen EG-jurisprudentie.

128 Zie vooral Renckens 2007, p. 152; de beide onderdelen hangen natuurlijk samen. Zie over efficiënties verder ook: Soames & Maudhuit 2005 b, p. 81; Von Hinten-Reed & Camasca 2003, p. 459-462; Svetlicinii 2007; Schmidt 2007, p. 406; Burnley 2007, p. 508-509; Ilzkovitz & Meicklejohn 2003.

129 Vgl. M.T. Brouwer 2008, p. 13; zie ook Bavasso & Lindsay 2007, p. 185.

130 Vgl. G. Monti 2007 b, p. 519.

131 Burnley 2007, p. 508-509.

132 Zie voetnoot 1 van het formulier van de Commissie.

133 Zie besluit gegevensverstrekking 2007, punt 13.

last op fusiepartijen rust en zij moeten worden gezien als zelfstandig verweer, dat efficiënties moeilijk los kunnen worden gezien van remedies,<sup>134</sup> die ook steeds (in het EG-systeem) of vrijwel steeds (in het nationale systeem) door partijen zullen moeten worden aangedragen: efficiëntiebevorderende remedies worden aangeboden door de partijen *nadat* de toezichthouder problemen heeft geconstateerd. Hiertegenover staat echter het inhoudelijke argument dat de bewijslast voor efficiënties op de toezichthouder dient te rusten, omdat de rol van efficiënties onder de nieuwe beoordelingsnorm belangrijker is geworden.<sup>135</sup> Daaruit kan worden afgeleid dat de toezichthouder efficiënties *steeds* dient te onderzoeken, al dan niet na het verkrijgen van informatie daarover van partijen, als integraal onderdeel van de afweging onder de nieuwe beoordelingsnorm. De concentratieverordening lijkt dan ook *geen* bewijslastomkering mee te brengen,<sup>136</sup> en ook uit Commissiebeschikkingen wordt wel afgeleid dat efficiëntieargumenten worden gebruikt als gewoon tegenbewijs, gericht tegen de stelling dat er een mededingingsprobleem ontstaat.<sup>137</sup>

Hoewel ook op nationaal niveau efficiëntievoordelen door wijziging van de beoordelingsnorm belangrijker worden geacht, ligt volgens de Memorie van Toelichting bij de 2007-wijziging de bewijslast wel degelijk bij de *aanvrager* en niet bij de NMa.<sup>138</sup> Daarbij wijst de minister op de Commissierichtsnoeren horizontale concentraties, waarin de Commissie impliceert dat de bewijslast ligt bij de fuserende partijen om te bewijzen dat de efficiënties fusie-gerelateerd zijn, verifieerbaar zijn en (dus) nauwkeurig gedocumenteerd.<sup>139</sup> De bewijslast wordt volgens de minister dus *wel* omgedraaid. Het is echter de vraag of dat, gezien de hiervoor weergegeven argumenten, stand kan houden. De NMa zou bij een integrale afweging moeten bewijzen dat de efficiëntievoordelen niet opwegen tegen de door de NMa bewezen nadelen; het is tegenbewijs dat er op is gericht dit te betwijfelen. Dat de formele bewijslast op de NMa (en de Commissie) rust, neemt niet weg dat de aanvrager wel de argumenten moet verschaffen die dat onderzoek mogelijk maken, zoals de minister impliceert. Een dergelijke ‘regel’ zou echter niet op een omkering van bewijslast zijn gebaseerd, maar op de overweging dat (zoals de Commissie ook stelt)<sup>140</sup> de gegevens om efficiëntievoordelen te bewijzen met name in het bewijsdomein van de fusiepartijen liggen. Bovendien moet het bestuursorgaan in een dergelijk geval aan fusiepartijen duidelijk maken welke gegevens zij worden geacht aan te dragen.<sup>141</sup> Deze regel geldt

---

134 G. Monti 2007 b, p. 520.

135 Zie o.a. Renckens 2007, p. 174; dat neemt overigens niet weg dat efficiënties in het concentratietoezicht – eigenlijk nog voordat hun rol goed en wel duidelijk is – door economen kennelijk al weer kritisch worden gezien, zie G. Monti 2007 b, p. 520; Stucke 2007.

136 Vlg. G. Monti 2007 b, voetnoot 31; Svetlicinii 2007, p. 533.

137 Zie bijv. G. Monti 2007 b, p. 525; nog gecompliceerder wordt het als bij efficiënties bewijsvermoedens een rol gaan spelen, zoals wel wordt gesteld: zie Svetlicinii 2007, p. 535-536.

138 Zie ook A.A. Brouwer 2005, p. 109.

139 Commissie richtsnoeren horizontale fusies, punt 85 en 91; de MvT 2007-wijziging, p. 21, stelt ‘het is aan partijen de raad ervan te overtuigen dat sprake is van de hiervoor aangeduide omstandigheden en daartoe bewijs aan te dragen’.

140 Zie Commissie mededeling remedies, punt 87.

141 Vergelijk ABRvS 19 augustus 1999, Winterbewaarprei, en de annotatie van Schreuder-Vlasblom 1999.

ook in algemene zin als mitigerende factor voor bewijslast in het nationale bestuursrecht (zie hoofdstuk 4, par. 2.5), maar draait de formele bewijslast niet om.

In het verlengde van de discussie over de plaats van efficiënties bestaan ook ten aanzien van het *failing firm*-argument verschillende meningen; dit verweer is echter wel in EG-jurisprudentie aan de orde gekomen.<sup>142</sup> Enerzijds wordt over de bewijslastverdeling wel gesteld dat dit argument een ‘specific way of showing that the merger does not cause anti-competitive effects’ betreft, en dus een vorm van gewoon tegenbewijs, gericht op het causale verband.<sup>143</sup> Anderzijds zijn er argumenten, mede gebaseerd op de ontwikkelingen in de Commissiepraktijk van na het Kali & Salz-arrest van het Hof,<sup>144</sup> dat het *failing firm*-argument niet gekoppeld is, of dat niet zou moeten zijn, aan causaliteit. Het zou een ‘self-standing defence’ betreffen, ‘based upon considerations of efficiency or wider policy’.<sup>145</sup> De plaats wordt in nationale uitspraken ook niet helemaal helder. Het *failing firm*-verweer is wel aan de orde; het EG-recht komt niet ter sprake. Uit Wegener blijkt niet onomstotelijk dat de bewijslast dat er geen sprake is van een *failing company*, op de NMa rust. Het CBb bespreekt zelf het argument pas nadat de machtspositie en de daadwerkelijke belemmering zijn vastgesteld, waaruit voorzichtig zou kunnen worden afgeleid dat de bewijslast op de partijen rust en dat er sprake is van een losstaand verweer.

Het CBb stelt in Wegener: ‘(...) *gesteld noch gebleken* is dat (...) zou moeten worden aangemerkt als een “failing company”, die zonder de voorgenomen overname ook zou verdwijnen’. Bovendien heeft ‘de NMa terecht (...) overwogen, dat de *door Wegener en VNU* verstrekte informatie geen aanleiding geeft te concluderen dat het samengaan van de concurrerende bladen op afzienbare termijn noodzakelijk of onvermijdelijk zou zijn’.<sup>146</sup>

Zelfs als de plaats van efficiëntieargumenten zou kunnen worden afgeleid uit de plaats van het *failing firm*-verweer in deze uitspraak, – wat de vraag is, al was het maar omdat Wegener van voor de hervorming van het concentratietoezicht dateert – blijft de bewijslastverdeling ook op nationaal niveau onduidelijk.

#### 4.2.5 Remedies

Of de bewijslast bij het aanbieden en opleggen van remedies omdraait, is niet helemaal duidelijk. Zoals genoemd, worden remedies aangeboden nadat duidelijk is geworden dat de concentratie tot (kort gezegd) mededingingsproblemen leidt (zie par. 2.4). In de eerste fase kan dat al in een pre-notificatiegesprek zijn en in ieder geval ‘zo spoedig mogelijk’;<sup>147</sup> in een tweede fase zullen de bezwaren in de punten van overweging door de NMa zijn geformuleerd. Beide momenten zijn in de nationale context niet wettelijk genormeerd, maar neergelegd in beleidsregels van de NMa, die door de nationale rechter niet expliciet zijn geaccordeerd. Remedies zijn in het

---

142 In gev. zaken C-68/94 & C-30/95, Kali & Salz.

143 G. Monti 2007 b, p. 534; zie ook Bavasso & Lindsay 2007.

144 Zie over de veranderde inhoud bijv. Bavasso & Lindsay 2007, p. 189-190.

145 G. Monti 2007 b, p. 539.

146 CBb 5 december 2001, Wegener.

147 NMa richtsnoeren remedies, punt 37.

EG-recht altijd en in het nationale systeem vrijwel steeds gebaseerd op door de partijen zelf naar voren gebrachte voorstellen (zie par. 2.4). Het is de vraag of daarmee de bewijslast dat de concentratie *met* remedies wel voortgang kan vinden, op de partijen komt te rusten. Dat was wel de stelling van de Commissie;<sup>148</sup> het Hof is het daar echter niet mee eens.

‘De Commissie is dus verplicht een concentratie zoals gewijzigd door de voorgestelde verbintenissen van de partijen, te onderzoeken (...). Aan deze rechtssituatie wordt niet afgedaan door het feit, dat volgens [de richtsnoeren remedies] de partijen dienen te bewijzen dat het door de Commissie opgeworpen bezwaar van het ontstaan of versterken van een machtspositie door de voorgestelde verbintenissen wordt weggenomen. Ook al zou de Commissie zo de bewijslast inzake de doeltreffendheid van de voorgestelde verbintenissen bij de partijen bij een aangemelde concentratie willen leggen – met welk bewijs zij overigens hun eigen belang zouden dienen –, zij zou daaruit niet de conclusie kunnen trekken dat zij in geval van twijfel verplicht is de concentratie te verbieden’.<sup>149</sup>

De algemene regel is dat de bewijslast op de Commissie blijft rusten. Dit geldt waarschijnlijk ook voor de NMa. Men zou kunnen stellen dat bij het aanbieden van remedies weer dichter naar de gewone bewijslastverdeling bij een aanvraag wordt gekropen; anders dan de aanvraag om de vergunning zelf waarbij vanwege het rechtsverhinderende karakter van de bepaling de bewijslast primair bij de NMa ligt. Bij het ‘aanvragen’ van remedies dienen de fusiepartijen aan te tonen dat de door de NMa gestelde feitelijke situatie kan worden geredimeerd; de bewijslast komt bij hen te liggen, hoewel op het bestuursorgaan steeds de plicht rust het besluit van een deugdelijke feitelijke grondslag te voorzien. Deze benadering is ook te zien in de in de beleidsregels gevraagde informatie en documentatie,<sup>150</sup> waardoor de NMa wordt geacht een zorgvuldig onderzoek te kunnen uitvoeren naar de effectiviteit en haalbaarheid van de remedies.<sup>151</sup> Uit nationale uitspraken komt in ieder geval naar voren dat op de NMa ook de formele bewijslast blijft rusten bij het gedeeltelijk weigeren van de vergunning, maar dat dit niet betekent dat de NMa uit zichzelf moet onderzoeken of bepaalde voorwaarden die problemen kunnen wegnemen. Het EG-recht wordt overigens niet genoemd. Dit neemt niet weg dat de eisen die de rechtbank stelt aan de remedies, wel erg lijken op de eisen die de Commissie stelt.

Zo dient de NMa bij het *afwijzen* van bepaalde remedies aan te tonen dat de concentratie geen doorgang kan vinden en bij het *accepteren* van remedies dat zij proportioneel, noodzakelijk en adequaat zijn, zo kan worden afgeleid uit de rechtbankuitspraak in Wegener. Het bewijs van proportionaliteit kan daarbij overigens al gevonden worden in het feit dat bepaalde voorstellen door partijen zelf zijn gedaan.<sup>152</sup> In hoger beroep komen deze eisen niet specifiek terug.<sup>153</sup>

---

148 Commissie richtsnoeren remedies, punt 6; zie ook Weitbrecht 2006, p. 48.

149 Zaak T-87/05, EDP, ov. 63-65.

150 NMa richtsnoeren remedies, punt 37.

151 NMa richtsnoeren remedies, punt 44.

152 Rechtbank 20 september 2000, Wegener.

153 CbB 5 december 2005, Wegener.

### 4.3 Enkele bewijsmiddelen nader beschouwd

Omdat in het nationale recht, net als in het Europese recht, de bewijswaarde van bewijsmiddelen niet bij voorbaat vast staat, dient hun waarde steeds te worden bepaald, en daarmee afgeleid, uit jurisprudentie (zie hoofdstuk 4, par. 2.4). De bewijswaarde van enkele bewijsmiddelen kan uit de nationale mededingingsrechtelijke uitspraken wel worden afgeleid. Daarbij kan direct worden opgemerkt dat de nationale rechter weinig aandacht besteedt aan de waardering van gelijksoortige bewijsmiddelen in het EG-recht.

#### – *Vrij bewijsleer bevestigd*

Van principieel belang, maar niet verrassend, is dat het CBb stelt dat er ‘geen beperking [van] bewijselementen’ bestaat: ‘van belang [is] dat een economische machtspositie het resultaat kan zijn van verschillende factoren, die elk afzonderlijk niet beslissend zijn’.<sup>154</sup> Dit is in overeenstemming met algemene uitgangspunten van nationaal en Europees bestuursrecht (zie hoofdstuk 4, par. 2.4).<sup>155</sup> Vaak zal sprake zijn van een combinatie van bewijsmiddelen: uit de CBb-uitspraak in Nuon Reliant blijkt dat de bewijskracht van het geheel aan bewijsmiddelen dan wel voldoende dient te zijn om aan de bewijsmaatstaf te voldoen. Dat geldt reeds voor de eerste stap in de analyse, de marktpositie van partijen:

Zo overweegt het CBb over de *combinatie van algemene bewijsmiddelen*, bestaande uit ‘rechtspraak van het Hof van Justitie, beslissingen van de Commissie, literatuur, aangevuld met een algemene verwijzing naar publicaties betreffende de APX en onbalansmarkt’, in combinatie met ‘praktijkvoorbeelden van marktmacht in het buitenland’ en ‘aanwijzingen voor het bestaan van marktmacht’ die bestaan uit verschillende soorten ‘indicaties’, dat dit *niet* een voldoende feitelijke basis is voor de noodzakelijke analyse van de marktpositie van de concentratiepartijen. Het CBb wijst geen van de bewijsmiddelen af, maar in casu is het geheel te algemeen van aard.<sup>156</sup>

#### – *Bewijs voor machtspositie*

Marktaandelen vormen een belangrijk bewijsmiddel in concentratiezaken, nu deze samen met de concentratiegraad en concentratiegraadverandering op een relatief gemakkelijke wijze inzicht geven in de gevolgen van een concentratie.<sup>157</sup>

Zo stelt het Gerecht bijvoorbeeld: ‘het bestaan van aanzienlijke marktaandelen is (...) een zeer significante factor en de verhouding tussen de marktaandelen van de bij de concentratie betrokken ondernemingen en die van hun concurrenten, inzonderheid die van de eerstvolgende concurrenten, is een bruikbare indicatie van een machtspositie’.<sup>158</sup>

Hiervoor is al genoemd dat grote marktaandelen een bewijsvermoeden opleveren van machtspositie en dat andersom onder bepaalde marktaandelen een vermoeden geldt dat de concentratie kan worden toegestaan. Ook de rechtbank formuleert een bewijs-

---

154 CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

155 Voor het concentratietoezicht bevestigd in bijv. zaak T-210/01, General Electric, ov. 297.

156 CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

157 Zie zaak T-177/04, Easyjet, ov. 55; Soames & Maudhuit 2005 b, p. 77.

158 Zaak T-282/02, Cementbouw, ov. 201.



vermoeden, gebaseerd op grote marktaandeelen (zie par. 4.2.4). De grote bewijswaarde van hoge marktaandeelen wordt door het CBb bevestigd, hoewel in het midden blijft of daarmee ook sprake is van een bewijsvermoeden.<sup>159</sup> Voor marktaandeelen en concentratiegraadverandering geldt dat sprake is van economische bewijsmiddelen, samengesteld uit andere economische feiten (zie hoofdstuk 4, par. 2.4). Zij zijn onlosmakelijk verbonden met marktafbakening, dat zelf een samengesteld economisch feit is; voor marktafbakening kunnen echter verschillende modellen worden gebruikt en over de ‘fit’ (de passendheid) van het gekozen model op de voorliggende casus dient een beslissing te worden genomen door in ieder geval de toezichthouder.<sup>160</sup> Beide elementen – model en passendheid – kunnen voor discussie vatbaar zijn, althans onder economen. De gebruikte economische concepten zijn in het Europese mededingingsrecht echter voor een groot deel ingeburgerd en worden op nationaal niveau ook door de rechter soms ingevuld onder verwijzing naar het EG-niveau.<sup>161</sup> Derhalve staat de bewijswaarde van marktaandeelen en het achterliggende marktafbakeningsmodel in het merendeel van nationale concentratie-uitspraken niet ter discussie.<sup>162</sup> Terzijde zij opgemerkt dat ook dit een verklaring kan zijn van het in paragraaf 3.3.2 genoemde ontbreken van discussie over economische concepten.

Marktafbakening en het vaststellen van marktaandeelen zijn steeds een *middel* voor het kunnen inschatten van toekomstig gedrag van de nieuwe onderneming; het is daarvoor economisch gezien niet eens het meest geschikte middel, omdat het ruwe *proxy*'s zijn.<sup>163</sup> Voor een betere meting zijn echter vaak veel meer gegevens nodig. Juristen zijn, zo wordt wel gesteld, echter geneigd marktafbakening te zien als een *altijd* noodzakelijk element van concentratie-zaken, maar (ook) uit nationale uitspraken blijkt dat het vaststellen van marktaandeelen op een afgebakende markt niet altijd noodzakelijk is.

Zo is in Nuon Reliant aan de orde of marktaandeelen en concentratiegraad altijd moeten worden vastgesteld. Dat is niet zo, stelt het CBb. ‘Het bezit van een aanzienlijk marktaandeel als bewijs van een economische machtspositie is van *bijzonder belang* (...) en [kan] derhalve niet zonder meer buiten beschouwing worden gelaten’. Maar dat neemt niet weg dat ‘hoewel de vaststelling van een economische machtspositie vereist dat de marktpositie van de betrokken ondernemingen wordt onderzocht en geanalyseerd kan in beginsel niet worden uitgesloten dat vooral met een analyse van *andere factoren dan marktaandeel en concentratiegraad*, aannemelijk kan worden gemaakt dat marktaandeel en concentratiegraad op zich in de specifieke omstandigheden van het betrokken geval geen juiste graadmeter zijn en dat slechts in het licht van de analyse van de andere factoren aannemelijk is dat een concentratie leidt tot het ontstaan of versterken van een economische machtspositie’.<sup>164</sup>

---

159 Zie CBb 5 december 2001, Wegener; in CBb 28 november 2006, Nuon Reliant wordt dit uitgangspunt bevestigd.

160 Vgl. Coate 2005, p. 7; Baker 2006; Carlton 2007; Baker & Bresnahan 2006.

161 CBb 5 december 2001, Wegener bijv. t.a.v. de geografische markt.

162 Vgl. Coate 2005, p. 8-15; Coate & Fischer 2007.

163 Zie bijv. Carlton 2007.

164 CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

Daarmee doet het CBb meer recht aan het economische instrument van de directe meting dan de rechtbank had gedaan.<sup>165</sup> Noch rechtbank, noch CBb verwijzen overigens voor hun oordeel over de bewijswaarde van marktaandelen en concentratiegraad naar het EG-recht, en evenmin doet het CBb dat voor het oordeel dat er omstandigheden kunnen zijn waarin de gevolgen van de concentratie op een andere wijze in kaart kunnen worden gebracht.

– *Bewijzen van mededingingsbelemmering*

Voor het bewijzen dat de concentratie een mededingingsbelemmering tot gevolg heeft, zijn verschillende categorieën van bewijsmiddelen van belang. Een onderscheid wordt wel gemaakt tussen ‘*hot documents*’, documenten afkomstig van de fuserende partijen zelf waarin studies worden gedaan naar haalbaarheid en wenselijkheid van de concentratie; marktinformatie; verklaringen van marktpartijen en verschillende typen van ‘*event studies*’, studies van historische marktgebeurtenissen en de gevolgen daarvan of economische en econometrische toekomstanalyses.<sup>166</sup> In nationale uitspraken zijn de bewijswaarde van bewijsmiddelen uit de laatste twee categorieën aan de orde.

– *Verklaringen van marktpartijen*

Verklaringen van marktpartijen, partijen die niet bij de fusie zijn betrokken maar als concurrent, afnemer of toeleverancier actief zijn op de markt van de fusiepartijen, zijn een geaccepteerd bewijsmiddel. De NMa doet, net als de Commissie, naar aanleiding van een melding of een vergunningaanvraag onderzoek naar marktomstandigheden. Daarvan maakt onderdeel uit dat marktpartijen worden bevraagd over de voorgenomen fusie (de markttest). Marktverklaringen blijken een belangrijk element te zijn om bij substantiële marktaandelen toch geen mededingingsprobleem te verwachten: als marktpartijen aangeven geen negatieve effecten te vrezen of zelfs meer concurrentie en lagere prijzen te verwachten, kan dat een belangrijke reden zijn om niet tot een tweede fase over te gaan of een vergunning te verlenen.<sup>167</sup> Deze *positieve marktverklaringen* zijn in uitspraken van de nationale rechter niet aan de orde – een beroep tegen het toelaten van een concentratie waarover marktpartijen zich positief hebben uitgelaten, zal noch door de fusiepartijen, noch door die marktpartijen snel worden aangevochten – zodat hun bewijswaarde niet duidelijk is. *Negatieve marktverklaringen* hebben eveneens een grote impact. Hun bewijswaarde staat wel ter discussie. Op Europees niveau zijn bijvoorbeeld kritische geluiden naar voren gebracht over wat wel de ‘*over-importance of submissions by competitors*’ wordt genoemd.<sup>168</sup> Ook op nationaal niveau zijn deze kritische geluiden te horen.<sup>169</sup> Maar in uitspraken van de nationale mededingingsbestuursrechter worden verklaringen van marktpartijen in tweedefasebesluiten voornamelijk alleen als *steunbewijs* gebruikt.

---

165 Zie voor deze kritiek Y. de Vries, 2006, p. 161; Kalbfleisch 2005; over directe meting ook Carlton 2007, p. 16.

166 Coate 2005, p. 22-24.

167 Zie ook De Grave & Jorritsma 2001.

168 Killick & Schulz 2007, p. 451; vgl. kritisch over het systeem in de VS ook Coate 2005, vt. 57.

169 Bijv. De Grave & Jorritsma 2001, p. 98.

Dat blijkt bijvoorbeeld uit NVV, waar verklaringen van marktpartijen wel belangrijk zijn, maar niet voldoende bewijskracht hebben om mededingingsrechtelijke bezwaren aan te tonen, althans niet zonder een combinatie met andere bewijsmiddelen.<sup>170</sup> Hetzelfde kwam al naar voren in Nuon Reliant van het CBB: ‘het gegeven dat verklaringen van Nuon-medewerkers of andere partijen op de markt een indicatie voor het bestaan van marktmacht bieden is op zich *onvoldoende* om (...) een economische machtspositie aannemelijk te achten aangezien geenszins vaststaat dat deze mededelingen zijn gebaseerd op voor het bereiken van dergelijke conclusies noodzakelijk marktonderzoek en de vereiste mededingingsrechtelijke analyse. Dergelijke uitspraken kunnen wel aanleiding vormen voor een dergelijk onderzoek of de conclusies van zodanig onderzoek bevestigen maar kunnen niet in de plaats daarvan treden’.<sup>171</sup>

Ook kunnen marktverklaringen dienen als ondersteuning voor *ontkrachting van tegenbewijs*:

In Essent overweegt de rechtbank: ‘aan hetgeen eiseres [tegenover de beoordeling van de NMa] heeft gesteld kan de rechtbank, mede gelet op de door de concurrenten (...) uitgesproken verwachtingen, niet de door eiseres gewenste betekenis toekennen’.<sup>172</sup>

Voor een eerstefasebesluit lijkt de bewijskracht van marktsignalen groot genoeg te kunnen zijn om over te gaan naar een tweede fase en derhalve dienen als *zelfstandige* grondslag voor een besluit dat een vergunning is vereist, zo blijkt uit Nuon Reliant.<sup>173</sup> Hiervoor is echter al opgemerkt dat de bewijsmaatstaf door de rechtbank hier laag werd gelegd. Dat kan betekenen dat de bewijskracht van verklaringen van concurrenten bij een hogere bewijsmaatstaf niet voldoende is. Hoewel ook bij het bepalen van de bewijswaarde van marktverklaringen door de nationale rechter geen aandacht wordt besteed aan het EG-recht, – terwijl de *praxis* van de markttest van de NMa daarop is gebaseerd – wordt ook door de EG-rechter de waarde van verklaringen van marktpartijen gerelativeerd.<sup>174</sup>

– *Economische modellen, voorspellingen en de bewijswaarde van rapporten*

Economisch bewijs speelt in theorie een grote en problematische rol in het concentratietoezicht. Met name geldt dat voor economische rapportages, vaak rapporten van derden. Deze rapporten kunnen betrekking hebben op marktafbakening, maar betreffen vaker de prospectieve marktanalyse; daaraan liggen economische modellen van marktontwikkeling ten grondslag. Aangezien de materiële beoordeling van een concentratie in de tweede fase vaak op een dergelijke analyse rust, en partijen met partijrapportages het tegenovergestelde betogen, is de vraag naar de bewijskracht en betrouwbaarheid van deze analyses relevant. De wettelijke bepalingen bevatten

---

170 Rechtbank 19 april 2007, NVV.

171 CBB 28 november 2006, Nuon Reliant (cursief AG).

172 Rechtbank 21 juni 2001, Essent.

173 Voorzieningenrechter rechtbank 3 juni 2004, Nuon Reliant.

174 Vgl. zaak T-177/04, Easy Jet. Het EVRM, dat voor het gebruik van getuigenverklaringen in een strafrechtelijke context randvoorwaarden stelt (zie hoofdstuk 4, par. 2.4), komt niet ter sprake, maar deze garanties zijn ook niet op vanzelfsprekende wijze van toepassing in het concentratietoezicht, waar zoals gezegd over het algemeen geen sprake is van een sanctie. Er zijn wel andere redenen om de randvoorwaarden toch van overeenkomstige toepassing te achten: het ingrijpen in de marktvrigheid van fuserende partijen, bijvoorbeeld.

hiertoe zelfs geen aanzet,<sup>175</sup> zodat het aan de rechter is hierover uitsluitel te geven. Een eerste vraag daarbij betreft de *onderbouwing* van de keuze voor een bepaald model of een bepaalde theorie. Een tweede vraag, deels overlappend, betreft de *bewijskracht* van de economische rapporten van deskundigen. Een derde vraag gaat over de *wijze* waarop de rechter deze bewijswaarde kan beoordelen (zie ook hoofdstuk 4, par. 2.4, en hierna par. 5).

De nationale rechter spreekt zich vooralsnog niet uit over de keuze voor een bepaald model of een bepaalde theorie. Zo merkt het CBb in het kader van de prospectieve analyse op dat ‘in zijn algemeenheid bij een dergelijke analyse niet op voorhand een bepaald model of een bepaalde theorie [moet] worden uitgesloten’.<sup>176</sup> De NMa kan voor marktafbakening gebruik maken van verschillende economische modellen en van economische inzichten bij het beoordelen van onder andere tegenmacht, concurrentiedruk, collectieve machtsposities en conglomeraatseffecten van concentraties. Deze elementen zijn – met als uitzondering de hiervoor genoemde discussies in Nuon Reliant – bij de mededingingsbestuursrechter verder echter weinig aan de orde (maar herhaald zij dat er in totaal relatief weinig uitspraken zijn).

In bijvoorbeeld NVV stellen partijen de methode voor geografische marktafbakening ter discussie. De NMa had ‘door middel van een regressieanalyse onderzocht of de waargenomen export van slachtvarkens naar Duitsland kan worden verklaard door het verschil tussen de prijs voor de slachtvarkens in Duitsland en Nederland’. Maar omdat kritiek op de statistische analyse ‘eerst ter zitting’ is geuit, is het ‘aanvoeren van deze grief in dit stadium van de procedure (...) in strijd met de goede procesorde’, en wordt zij buiten beschouwing gelaten.<sup>177</sup>

In algemene zin hoeft de rechter zich over economische keuzes niet uit te spreken als dat voor de oplossing van het voorliggende geschil niet noodzakelijk is (vergelijk hoofdstuk 4, par. 4). Bovendien wordt bij wat een economische kwestie is ook wel een juridische redeneerwijze gevolgd.

In Essent lost het CBb bijvoorbeeld de vraag of bepaalde productiecapaciteit mag worden meegenomen in de beoordeling van de concentratie, op door een parallel met EG-jurisprudentie te trekken; ‘de parallel met captive productie gaat [...] niet op’, omdat in het geval van Essent niet daadwerkelijk sprake is van captive productie, maar van langlopende contracten.<sup>178</sup> Het CBb lost het vraagpunt niet op volgens economische theorieën waaruit kan worden afgeleid of in een casus als die van Essent nu wel of niet capaciteit die vastzit in langlopende contracten, moet worden meegeteld.<sup>179</sup>

---

175 Vgl. Hofmann 2003, p. 123.

176 CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

177 Rechtbank 19 april 2007, NVV. Dat mede hierdoor tot een andere marktafbakening is gekomen dan in eerdere besluiten van de NMa over slachtvarkens, wordt door de rechtbank niet voldoende geacht voor een vernietiging, omdat ‘geen rechtsregel verweerder verbiedt om de door de Europese Commissie gehanteerde werkwijze te volgen, ook al wijkt deze werkwijze in enige mate af van de eerdere werkwijze’.

178 Rechtbank 21 juni 2001, Essent; CBb 27 september 2002, Essent.

179 Zie over de manieren waarop captive productie kan worden beoordeeld bijv. Carlton 2007, p. 23.

De bewijskracht van *partijrapporten* is wel aan de orde in de nationale uitspraken, vooral in Wegener. Enkele rapporten die in opdracht van de NMa waren opgesteld, lagen ten grondslag aan het besluit dat de concentratie problematisch zou zijn. Partijen kwamen met tegenrapporten. De rechtbank hechtte veel waarde aan een van deze partijrapporten, en stelt: ‘dat het hier gaat om een zogenoemd partijrapport, doet uiteraard op zichzelf aan de – mogelijke – betekenis van een dergelijk rapport niet af’.<sup>180</sup> Maar dat aan de betekenis niet af doet dat sprake is van een partijrapport, is nu juist de vraag. Gesteld kan worden dat van de toezichthouder een zekere objectiviteit mag worden verwacht (hij treedt op in het algemeen belang). Bovendien maakt de verplichting tot het indienen van alle op de zaak betrekking hebbende stukken het minder aannemelijk – niets is onmogelijk, natuurlijk – dat het bestuursorgaan een onwelgevallig rapport voor de rechter zal achterhouden. Dat geldt voor fusiepartijen in ieder geval niet. Dat doet aan de bewijskracht van een partijrapport derhalve wel degelijk af (vergelijk hoofdstuk 4, par. 2.4).<sup>181</sup> Het CBB brengt de bewijswaarde van een partijrapport in hoger beroep dan ook terug tot de waarde van tegenbewijs, hoewel zonder het bovengenoemde te expliciteren.<sup>182</sup> Partijrapportages dienen ‘overtuigende argumenten’ te bevatten om voldoende twijfel zaaien, zodat de NMa niet kan voldoen aan de op haar rustende bewijslast. Ook in het EG-recht is een partijrapport niet per definitie verdacht en het kan dienen als steunargument van tegenbewijs.<sup>183</sup>

Het voorgaande betekent niet dat de bewijswaarde van een NMa-rapport per definitie hoger is, waarmee de vraag wordt gesteld hoe de bewijskracht van NMa-rapporten kan worden beoordeeld. Deze vraag hangt samen met de toetsingsintensiteit (zie ook par. 5.3.3). Het CBB geeft in Nuon Reliant vrij concreet houvast: ‘een model waarop een (...) analyse van toekomstige ontwikkelingen is gebaseerd dient een *realistische* weergave te zijn van het gedrag van de deelnemers, (...) en moet in hoge mate *transparant* zijn, zowel wat betreft de *consistentie* van de uitkomst als van de *aannames* waarop zij is gebaseerd’.<sup>184</sup>

Het CBB lijkt dat kritisch te beoordelen: het gebrek aan feitelijke precisie in de hiervoor weergegeven combinatie van algemene bewijsmiddelen kan niet worden ondervangen door verschillende in opdracht van de NMa opgestelde rapporten, nu aan deze rapportages enkele gebreken kleven, met name in de vooronderstellingen die aan de rapportages ten grondslag liggen.<sup>185</sup> Maar een ander probleem dat in Nuon Reliant speelt, is niet meer expliciet bij de rechter aan de orde en betreft de geheimhouding van onderdelen van de NMa-rapportages. Zelfs al zou de rechter wel inzage krijgen in de geheime gegevens, dan nog lijkt aan de door het CBB gestelde eis van transparantie niet te zijn voldaan, zeker niet in de zin dat partijen zouden moeten weten waarop de tegen de fusie geuite bezwaren zijn gebaseerd (zie hierna, par. 5.1).

---

180 Rechtbank 20 september 2000, Wegener.

181 Zie ook Van Ginneken 2001; Van Empel 2002.

182 CBB 5 december 2001, Wegener, zie o.a. Leeftang & Mortelmans 2002, p. 143.

183 Zie bijv. zaak T-282/02, Cementbouw, ov. 147.

184 CBB 28 november 2006, Nuon Reliant (cursief AG).

185 CBB 28 november 2006, Nuon Reliant.

Het beoordelingsschema van het CBb bestaande uit een realistische weergave van gedrag, transparantie en consistentie, geeft de rechter aanknopingspunten voor de beoordeling van de keuze voor een bepaald model en de bewijswaarde daarvan. Het CBb baseert zich daarbij niet op het EG-recht en lijkt bovendien een helderder toetsingkader te creëren dan dat de EG-rechter doet; het Hof merkt wel op dat de gevolgen voor de mededinging ‘moeilijk waarneembaar, onzeker, en moeilijk aan te tonen’ zijn, waardoor de ‘kwaliteit van de bewijselementen (...) bijzonder belangrijk’ is, maar geeft geen algemeen beoordelingskader.<sup>186</sup> Toch geeft ook het CBb uiteindelijk geen antwoord op de vraag welke keuze moet worden gemaakt wanneer *meerdere* concurrerende modellen, al dan niet ook door partijen naar voren gebracht, die aan deze eisen van voldoende bewijskracht voldoen, tot verschillende uitkomsten leiden.<sup>187</sup> Verondersteld kan worden dat die keuze de kern vormt van de beslismarge van de NMa, die wel wordt getoetst door de rechter, maar door hem niet wordt gemaakt (zie par. 5.3.3).

– *Commissiebeschikkingen als bewijsmiddel*

In het vorige hoofdstuk kwam al ter sprake dat de mededingingsbestuursrechter Commissiebeschikkingen gebruikt ter ondersteuning van bepaalde feitelijke stellingen en juridische interpretaties. Ze kunnen dienen als feitelijk of juridisch (semi-) precedent (hoofdstuk 6, par. 6). Ook in concentratie-uitspraken worden Commissiebeschikkingen aangehaald; zij worden in ieder geval door de rechtbank als belangrijk ondersteunend argument of bewijsmiddel gebruikt.

Zo wordt in *NVV* een Commissiebeschikking gebruikt als basis voor marktafbakening en daarmee ingezet als bewijsmiddel. Dit wordt door de rechtbank geaccepteerd, maar de Commissiebeschikking dient, als bewijs voor marktafbakening voor de specifieke kenmerken van de Nederlandse markt, wel ondersteund te worden door een combinatie van andere bewijsmiddelen, zoals ‘gesprekken met marktpartijen, zoals varkenshouders en -handelaren en slachterijen, en gesprekken met en gegevens van derden, zoals onderzoeksinstituten en beleidsorganen, dan wel (...) aangevoerde argumenten van eiseressen’.<sup>188</sup> Ook in *Gilde* wordt een beroep gedaan op een Commissiebeschikking. Deze dient als rechtvaardiging van een nevenrestrictie en fungeert als feitenprecedent, in die zin dat de in *Gilde* voorliggende feiten worden bezien in het licht van de feiten in de Commissiebeschikking, en daar in dat geval van worden onderscheiden.<sup>189</sup> Andere voorbeelden zijn te zien in de *CZ*-uitspraak van de rechtbank, waar voor de prospectieve analyse ‘steun gevonden’ wordt in Commissiebeschikkingen,<sup>190</sup> en voor het belang van het causale verband eveneens, naast jurisprudentie, ook naar een Commissiebeschikking wordt verwezen.<sup>191</sup>

---

186 Zaak C-12/03 P, *Tetra Laval*, ov. 42-44.

187 Vgl. *Botteman* 2006.

188 Rechtbank 19 april 2007, *NVV*.

189 Rechtbank 13 november 2002, *Gilde*.

190 Rechtbank 7 december 2005, *CZ*, met verwijzing naar de zaken *Ciba Geigy*, Pb. EG L 1997, nr. 201/1 en *Bayer Aventis*, Pb. EG L 2004, nr. 107/1.

191 *De Beers/LVMH*, Pb. EG L 2003, nr. 29/45.

Dat neemt niet weg dat het CBb in Nuon Reliant kritisch staat tegenover het gebruik van ‘beslissingen van de Commissie’ als basis voor een mededingingsrechtelijke beoordeling:

‘Dienaangaande stelt het College vast dat dit onderdeel van het besluit is gebaseerd op rechtspraak van het Hof van Justitie, *beslissingen van de Commissie* van de Europese Gemeenschappen, literatuur en aangevuld met een algemene verwijzing naar publicaties (...), en niet de vaststelling van feiten en omstandigheden bevat die zich daadwerkelijk voordoen. (...)’<sup>192</sup>

Daaruit blijkt dat steeds de daadwerkelijke feiten dienen te worden vastgesteld en feitelijke verwijzingen naar Commissiebeschikkingen (en andere bronnen) niet altijd voldoende is.

#### 4.4 Onderzoeksverplichting voor de NMa

Hiervoor is al ter sprake gekomen dat de onderzoeksverplichting die op de NMa in de eerste fase rust, lager is dan die in de tweede fase. Het is vooral voor die tweede fase interessant om te bezien wat die onderzoeksverplichting omvat, alvorens de NMa tot een (gedeeltelijke) weigering van een vergunning kan komen. Uit de meer versnipperde bespreking van de verschillende bewijsrechtelijke aspecten hiervoor kan samenvoegend worden afgeleid dat de onderzoeksplicht die op de NMa ligt, vrij zwaar is. De bewijsomvang omvat in ieder geval alle elementen van de beoordelingsnorm: primair is het wel aan de aanvrager om gegevens te leveren, maar het ligt vervolgens op de weg van de NMa om de concentratie te onderzoeken aan de hand van de materiële beoordelingsnorm. Dit betekent in vrijwel alle gevallen dat de stappen van marktafbakening en onderzoek naar de gevolgen moeten worden genomen.<sup>193</sup> Zoals aangegeven, kunnen beide stappen in economische zin controversieel zijn, zowel ten aanzien van de validiteit van een economisch model, als ten aanzien van de ‘fit’, de passendheid, van het desbetreffende model op de voorliggende fusie. In algemene zin kan ten aanzien van de onderzoeksplicht uit de uitspraken van de nationale rechter worden afgeleid dat er eisen worden gesteld aan de ‘feitelijke basis’ van het besluit, dat niet mag blijven steken in ‘abstracte beschouwingen’; de specifieke situatie die aan de orde is, dient te worden geanalyseerd (hoewel er ook uitzonderingen lijken te zijn, zoals in de rechtbankuitspraak in Essent).<sup>194</sup> Ook aan de gebruikte economische modellen worden eisen gesteld.

Dat het net als in het EG-recht bij het in kaart brengen van de gevolgen gaat om een *prospectieve analyse*, wordt bevestigd in CZ; hoewel het woordje ‘mag’ dat door de rechtbank wordt gebruikt eerder een toestaan impliceert, terwijl uit de Europeesrech-

---

192 CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

193 Hoewel het Gerecht ook stelt dat: ‘de omstandigheden waarmee de Commissie kan aantonen dat de concurrenten van een onderneming zozeer in hun vrijheid van handelen beperkt worden, dat de conclusie dat die onderneming een machtspositie heeft verkregen of versterkt, gewettigd is, *zijn vaak dezelfde* als die welke van belang zijn voor de vraag, of door dat ontstaan of die versterking van de machtspositie de daadwerkelijke mededinging in de gemeenschappelijke markt aanzienlijk zal worden belemmerd (...)’, zaak T-210/01, General Electric, ov. 88.

194 Rechtbank 21 juni 2001, Essent.

telijke jurisprudentie een verplichting voortvloeit.<sup>195</sup> De rechtbank sluit expliciet aan bij het EG-recht. De inhoud van de prospectieve analyse betreft een *counterfeitelijk* onderzoek, met een (in theorie) vrij precies vast te stellen inhoud en te volgen stappen,<sup>196</sup> zo wordt door de Commissie herhaald in haar beleidsregels.<sup>197</sup> Deze inhoud – die de diepgang van de onderzoeksverplichting betreft (vergelijk hoofdstuk 4, par. 2.2) – komt in de nationale uitspraken vooralsnog niet expliciet aan de orde. De overwegingen over de prospectieve analyse blijven op de vlakte.

Zo overweegt de rechtbank ‘dat [de NMa] in het kader van deze prospectieve analyse terecht de toekomstige ontwikkelingen op het gebied van het zorgstelsel betreft. In dit verband wijst de rechtbank op de arresten (...) Kali und Salz (...), Airtours (...) en Tetra Laval (...),<sup>198</sup> waaruit blijkt dat de Commissie (...) een prospectieve analyse *mag* uitvoeren in het kader van het concentratietoezicht.’<sup>199</sup> De rechtbank vindt ‘steun voor dit standpunt’ in enkele beschikkingen van de Commissie.<sup>200</sup> Ook de (rechts)vraag of bij deze prospectieve analyse in casu de ontwikkelingen in de zorgmarkt mogen worden meegenomen na inwerkingtreding van een wetsvoorstel, waardoor de ziekenfondsmarkt drastisch van aard zal veranderen, wordt (in negatieve zin) beantwoord onder verwijzing naar EG-jurisprudentie, namelijk het EDP-arrest.<sup>201</sup>

De verwijzingen naar EG-jurisprudentie en beschikkingen ter ondersteuning van de onderzoeksmethode zijn opvallend, omdat het CBb eerder (in Nuon Reliant) weliswaar wel enkele opmerkingen over de prospectieve analyse maakte en dat doet in bewoordingen die sterk doen denken aan jurisprudentie van het Hof, maar daarbij die jurisprudentie niet noemt. Zo stelt het CBb dat in het kader van deze prospectieve analyse ‘moet worden onderzocht welke oorzaken welke gevolgen kunnen hebben, om uit te maken wat de meest waarschijnlijke scenario’s zullen zijn’.<sup>202</sup> Het Hof stelt in vergelijkbare bewoordingen: ‘bij een dergelijke analyse moet worden onderzocht welke oorzaken welke gevolgen kunnen hebben, om uit te maken welke de meest waarschijnlijke scenario’s zijn’.<sup>203</sup> Bij het CBb lijkt dan ook sprake van impliciete convergentie, dat wil zeggen dat het CBb niet verwijst naar jurisprudentie van het Hof ter ondersteuning van het type onderzoek dat gedaan moet worden, maar dat de convergentie ten aanzien van de onderzoeksverplichting voor de NMa wel het gevolg is van de materiële wettelijke convergentie. Toch lijkt het CBb over het algemeen, meer dan de rechtbank, zich juist *niet* expliciet op EG-rechtelijke voorbeelden te verlaten.

Een aantal aspecten van (de breedte van) de onderzoeksverplichting is nog niet duidelijk geworden. Zoals bleek, is bijvoorbeeld onduidelijk of de formele bewijslast voor

---

195 Rechtbank 7 december 2005, CZ.

196 Vgl. Bavasso & Lindsay 2007, p. 183

197 Commissie richtsnoeren horizontale fusies, punt 9.

198 De rechtbank verwijst naar gev. zaken C-68/94 & C-30/95, Kali & Salz, ov. 221; zaak T-342/99, Airtours ov. 63 en 192, en zaak T-5/02, Tetra Laval, ov. 153.

199 Rechtbank 7 december 2005, CZ (cursief AG).

200 De rechtbank verwijst naar de zaken Ciba Geigy, Pb. EG L 1997, nr. 201/1 en Bayer Aventis, Pb. EG L 2004, nr. 107/1.

201 Zaak T-87/05, EDP, ov. 113 t/m 133.

202 CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

203 Bijv. in zaak C-12/03 P Tetra Laval, ov. 44.



efficiëntiewinsten op de NMa ligt of op de fusiepartijen. Daarnaast geldt dat, hoewel duidelijk is dat het aan partijen is – in het EG-recht per definitie, in het nationale recht in de praktijk – om remedies voor te stellen en het aan de NMa is om te tonen dat de voorschriften proportioneel zijn, er onduidelijkheid bestaat over de relatie tussen efficiënties en remedies.

#### 4.5 Slotopmerking

Vooruitlopend op het samenbrengen van de materiële rechterlijke convergentie en de convergentie in bewijs en toetsing (in par. 6), merk ik hier ten aanzien van de bewijsrechtelijke convergentie alvast het volgende op. Positief geformuleerd zou uit het voorgaande kunnen worden geconcludeerd dat het bewijsrecht in het concentratietoezicht volop in ontwikkeling is, waarbij voor die ontwikkeling niet steeds – meer door de rechtbank dan het CBB – wordt verwezen naar bewijsrechtelijke aspecten uit het equivalente EG-recht. Negatiever gesteld zou men kunnen stellen dat onduidelijkheid troef is.

De onduidelijkheid geldt bijvoorbeeld de *bewijsmaatstaf*, die voor verbodsbeschikkingen lager lijkt dan in het EG-recht het geval is. Ook vraagstukken van *bewijslastverdeling* zijn veel minder expliciet aan de orde in nationale uitspraken dan op EG-niveau. Het EG-recht komt daarbij vrijwel niet ter sprake. De door de nationale mededingingsbestuursrechter gehanteerde bewijslastverdeling wijkt over het algemeen niet af van het EG-recht, tenzij uit Wegener kan worden afgeleid dat het CBB het bewijsvermoeden dat bij grote marktaandelen sprake is van een machtspositie, daadwerkelijk heeft willen afwijzen (zie par. 4.2.3). Het is de vraag of deze impliciete convergentie een gevolg is van de materiële wettelijke convergentie of dat deze bewijslastverdeling reeds voortvloeit uit algemene regels van nationaal bewijsrecht en dan alternatief kan worden verklaard (vergelijk hoofdstuk 3, par. 4.4). Deze vraag is vrijwel niet te beantwoorden, omdat het één vloeiend overloopt in het ander: een van de hoofdregels van nationaal bewijsrecht is dat de wettelijke bepaling de bewijsverdeling beïnvloedt. In die zin gaat de wettelijke materiële convergentie vooraf aan de procedureconvergentie in bewijslastverdeling, maar kan de invulling van de bewijslastverdelingsregels in uitspraken (vooral bij het CBB) vervolgens worden gezien als een gevolg van het toepassen van de nationale algemene vuistregels voor bewijs in de context van de geconvergeerde bepaling. Het proces loopt via twee sporen. Veel elementen van bewijslastverdeling zijn echter nog onbelicht in uitspraken, ook elementen die dichter tegen de materiële beoordeling aanschurken dan sommige wel aan de orde zijnde onderwerpen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de plaats van efficiënties en de vraag waarop de efficiënties zich inhoudelijk precies moeten richten; een vraag die overigens ook is verbonden met de algemene doelstelling van mededingingsbeleid. Of de nationale rechter zich voor die materiële bewijslastverdelingsregels evenmin EG-rechtelijk laat inspireren, moet worden afgewacht. Ten slotte komt eenzelfde beeld naar voren ten aanzien van de convergentie in het bepalen van de bewijskracht van sommige *bewijsmiddelen*, die los van EG-jurisprudentie wordt beoordeeld.

Opvallend is dus dat voor algemene bewijsrechtelijke aspecten slechts minimaal naar EG-rechtelijke voorbeelden wordt verwezen; zeker bij het CBB komt dat niet vaak

voor.<sup>204</sup> Het CBb komt *zelf*, maar niet wordt geëxpliciteerd dat dit is gebaseerd op het systeem van het concentratietoezicht en de doelstellingen daarvan, tot bijvoorbeeld de overweging dat het NMa-onderzoek een prospectieve analyse moet betreffen en stelt *zelf* vast welk onderzoek deze prospectieve analyse moet omvatten. Dat de uiteindelijk gekozen bewoordingen vrijwel gelijk zijn aan de woorden van het Hof, is dan weliswaar een gevolg van wettelijke convergentie omdat het karakter van het geconvergeerde concentratietoezicht daartoe noopt, maar niet een gevolg van het overnemen van 's Hofs bewoordingen; diens jurisprudentie wordt dan ook – bijna ostentatief – door het CBb niet genoemd. In hoofdstuk 9 bezie ik of vanuit de eisen van effectieve rechtsbescherming expliciet aansluiten bij de communautaire bewijsregels niet toch gewenst is.

## 5 TOETSING

In deze paragraaf komt de wijze van toetsing, de toetsingsintensiteit of toetsingsmaatstaf, van concentratiebesluiten door de rechter aan de orde. Juist in concentratiezaken is de communautaire toetsingsintensiteit onderwerp van een vrij intens debat. Het is ook in het concentratietoezicht dat de algemene veronderstelling dat de bewijsmaatstaf en de toetsingsintensiteit met elkaar samenhangen, vooral wordt geuit; een veronderstelling die inhoudt dat een hogere bewijsmaatstaf leidt tot een intensievere toets, en andersom (zie hoofdstuk 4, par. 2.7). Daarbij kan nu al worden opgemerkt dat die verbinding alleen betrekking kan hebben op de toetsing van het bewijs, hetgeen de toetsing van de feitenvaststelling betreft. De toetsing door de rechter omvat echter meer dan de toetsing van het bewijs: zij omvat het gehele besluit, inclusief de uitleg van begrippen (wetsinterpretatie), de kwalificatie van de feiten, en het bestuurlijk voortraject (zie hoofdstuk 4, par. 3.2). Het is in algemene zin dan ook de vraag of de veronderstelde verbinding tussen bewijsmaatstaf en toetsingsintensiteit kan worden teruggevonden. In deze paragraaf komen achtereenvolgens aan de orde de toetsing aan de rechten van verweer (par. 5.1); toetsing van begripsinterpretatie (par. 5.2); toetsing van kwalificatievragen, waaronder de toepassing van de materiële beoordelingsnorm (par. 5.3); en toetsing van *remedies* (par. 5.4). Ik sluit af met een slotopmerking (par. 5.5).

### 5.1 Rechten van verweer

De toetsing van de procedure omvat meer dan alleen de toetsing aan rechten van verweer (of rechten van verdediging, zie hoofdstuk 4, par. 3.2), maar in het concentratietoezicht zijn andere procedurele beslissingen vooralsnog minder aan de orde dan bijvoorbeeld bij het kartelverbod, zodat de rechten van verweer in deze paragraaf centraal staan. Bij het kartelverbod werd duidelijk dat de bescherming van de rechten van verdediging een belangrijk onderdeel kan uitmaken van de toetsing van de procedure (zie hoofdstuk 6, par. 5.4). Net als voor het kartelverbod is de bescherming van dergelijke verdedigingsrechten, voor de fusieondernemingen en voor derde partijen, op nationaal niveau en op Europees niveau niet gelijk geregeld. Zoals

---

204 Zie ook Ottow 2006, p. 237.

genoemd, hebben bijvoorbeeld de punten van overweging van de NMa, anders dan de equivalente punten van bezwaar van de Commissie, geen wettelijke status (par. 2.2). Het recht om te worden gehoord, inclusief inzage in het dossier, is bovendien niet specifiek gereguleerd: de algemene Awb-regels gelden.

Zo merkt het Gerecht op 'dat de procedure van toegang tot het dossier in mededingingszaken bedoeld is om degenen die een mededeling van punten van bezwaar hebben ontvangen, in staat te stellen kennis te nemen van het bewijsmateriaal in het dossier van de Commissie, opdat zij een dienstig antwoord kunnen geven op de conclusies waartoe de Commissie op basis van dat materiaal is gekomen. Het recht op toegang tot het dossier vindt derhalve zijn rechtvaardiging in de noodzaak, de betrokken ondernemingen de mogelijkheid te bieden *zich naar behoren te verweren* tegen de grieven die in de mededeling van punten van bezwaar tegen hen zijn ingebracht (...)'.<sup>205</sup>

Die rechtvaardiging is onder de Awb niet aanwezig. De aanvulling die in de Mededingingswet is voorzien en waarbij in afwijking van de Awb verdedigingsrechten op de voorgrond treden (zie hoofdstuk 4, par. 3.2), is in het concentratietoezicht alleen als er een sanctie wordt opgelegd aan de orde, maar niet bij de kernnorm van dit onderdeel van het mededingingsrecht: de voorafgaande toetsing van een concentratie. De concentratieverordening en de uitvoeringsverordening bevatten wel regelingen van rechten van verweer. Zo hebben fusiepartijen een voorgeschreven recht om te worden gehoord en inzage in het dossier te krijgen, en ook derden hebben het recht om op verzoek te worden gehoord, hoewel hun rechten over het algemeen minder vergaand zijn dan die van de fuserende partijen.<sup>206</sup> Wat de bescherming van deze rechten betreft, is door het Hof ook expliciet de parallel getrokken met de bescherming van de rechten van verdediging onder Verordening 17 (de voorloper van Verordening 1/2003).<sup>207</sup> Daaruit kan worden afgeleid dat in ieder geval geen lager niveau van bescherming mag worden geboden. Hoewel de context van het concentratietoezicht – partijen staan minder tegenover het bestuursorgaan dan bij handhaving van het kartelverbod en er is geen sprake van een punitieve context (zie par. 2.1) – ertoe leidt dat fuserende partijen over het algemeen meewerken met de toezichthouder, is de bescherming van de rechten van verdediging niet minder van belang (zie ook hoofdstuk 2, par. 3.2).<sup>208</sup> Nu deze rechten op nationaal niveau slechts voor een deel wettelijk zijn geregeld, zou verwacht kunnen worden dat de rechter inspringt. Maar zelfs als door partijen aandacht wordt gevraagd voor de rechten van verdediging, dan lijken zij in de toetsing vooralsnog van ondergeschikt belang.

In *Essent* stelden de fuserende partijen dat de NMa gegevens aan het besluit ten grondslag had gelegd die afweken van wat de fuserende partijen naar voren hadden gebracht, zonder deze gegevens in de punten van overweging op te nemen. De fusiepartijen gaven aan dit in strijd met het hoorrecht te achten. De rechtbank doet dit punt echter af zonder op de

---

205 Zaak T-210/01, General Electric, ov. 629 (cursief AG).

206 Zie artikel 11 (horen), artikel 13 (punten van bezwaar), artikel 14 (mondelinge toelichting), artikel 15 (horen van derden), artikel 16 (formeel hoorzitting), artikel 17 (toegang tot dossier) van de uitvoeringsverordening; Kekelekis 2003; Kekelekis 2004.

207 Zie bijv. zaak T-210/01, General Electric, ov. 629-631.

208 Vgl. Kekelekis 2003, p. 443.

functie van de punten van overweging in te gaan, en door slechts kort te stellen dat deze ‘grief ziet (...) op een niet dragende overweging’.<sup>209</sup>

Een enigszins ondergesneeuwd argument in *Nuon Reliant* is dat de NMa een deel van haar economische analyses baseerde op een rapportage die vertrouwelijke gedeelten bevatte: de fuserende partijen hadden geen inzage in deze gedeelten van de rapportage, en konden berekeningen (dus) niet narekenen. Omdat het onderzoek reeds op andere punten tekort schoot, is dit punt bij de rechter geen breekpunt.<sup>210</sup> In het EG-recht zou een dergelijke handelwijze onaanvaardbaar zijn, nu de Commissie verplicht is, in het kader van de rechten van verdediging van fuserende partijen, al bij de punten bezwaar de informatie waarop zij zich baseert, bekend te maken. Met het recht van de meldende partijen om de bezwaren tegen hen te kennen, en zich te kunnen verweren, is een vertrouwelijke economische rapportage in strijd.<sup>211</sup>

Een vergelijkbaar probleem van vertrouwelijke informatie is aan de orde in *Broadcast II*, hoewel het daar gaat om vertrouwelijkheid ten opzichte van een derde partij. De derde partij stelde beroep in tegen het eerstefasebesluit dat geen vergunning was vereist voor de fusie tussen KPN en Nozema. De rechtbank doet uitspraak op grond van vertrouwelijke stukken, en dat *Broadcast* deze heeft kunnen inzien, wordt niet aangetoond. Aan het punt van het vertrouwelijk behandelen van stukken die van groot belang zijn voor de materiële beoordeling, wordt geen aandacht besteed; de uitspraak maakt ook geen melding van een artikel 8:29 Awb-beoordeling en toestemming van *Broadcast* voor het op grond van vertrouwelijke stukken doen van de uitspraak.<sup>212</sup>

De nationale rechter zou zich op het standpunt kunnen stellen dat de omvang van de rechten van verdediging in niet-punitieve procedures beperkt is en dat hij niet is gebonden aan de bescherming die door de EG-rechter wordt gegeven. Maar daar kan tegenover worden gesteld dat een verbodsbeschikking (of gedeeltelijke weigering van een vergunning) een inbreuk vormt op de economische vrijheden van partijen, en dat de rechten van verdediging in principe in het concentratietoezicht – of breder, steeds in een bestuursrechtelijke relatie vanwege de per definitie bestaande machtsverschillen tussen burger en overheid (vergelijk hoofdstuk 2, par. 3.2) – eenzelfde bescherming gegund moet worden als in een punitieve context.<sup>213</sup> Zoals genoemd, is dat voor het mededingingsrecht ook het standpunt van het Hof. De nationale mededingingsbestuursrechter besteedt echter geen aandacht aan dit principiële punt. Dus of hij op vergelijkbare wijze als bij de toepassing van het kartelverbod met dergelijke procedurele rechten van partijen omgaat – dat wil zeggen: nogal eclecticisch, soms enigszins als een achteraan bungelend gedachtestaartje (vergelijk hoofdstuk 6, par. 5.4) – moet nog blijken. De hiervoor genoemde uitspraken, een deel van een beperkt totaal, laten wel al zien dat bescherming van de rechten van verdediging op nationaal niveau veel minder aandacht krijgt dan bij het Hof.

---

209 Rechtbank 21 juni 2001, Essent.

210 CBb 28 november 2006, *Nuon Reliant*.

211 Vgl. Kekelekis 2004, p. 522.

212 Rechtbank 11 juni 2007, *Broadcast II*.

213 Zie Kekelekis 2004.

## 5.2 Interpretatie van begrippen

Interpretatievragen zijn rechtsvragen en worden door de rechter vol getoetst, zoals verwacht mag worden, op grond van algemene toetsingsuitgangspunten (vergelijk hoofdstuk 4, par. 3.3.3). Zo wordt vol getoetst of sprake is van een *concentratie*.

In UTC wordt de rechtsvraag wanneer sprake is van een concentratie – dat is het geval indien het voornemen ‘voldoende concreet’ is – onderscheiden van de daarop volgende vraag of daarvan *in casu* sprake is. De eerste vraag is in ieder geval ten volle ter beoordeling van de rechter.<sup>214</sup> Dat geldt ook voor de interpretatievraag of een collectieve machtspositie zonder collusie onder het begrip economische machtspositie valt.<sup>215</sup>

Voor deze volle wijze van toetsing wordt niet expliciet aangesloten bij (maar ook niet afgeweken van) de toetsing door Europese rechters. Dat ligt ook niet direct voor de hand, nu de volle toets van rechtsvragen blijkt uit het nationale en Europese algemene bestuursrechtelijke kader (zie hoofdstuk 4, par. 3.3.3). Dat neemt niet weg dat de inhoudelijke vaststelling van wat een concentratie *is*, niet geheel door de nationale rechter wordt gedaan. Voorzover hier sprake is van rechterlijke vrijheid, wordt deze, vanwege de wettelijke convergentie, tot op zekere hoogte ingevuld door het Hof van Justitie en niet door de nationale hoogste rechter. De nationale rechter beschikt over het algemeen derhalve niet over beslissruimte (althans, niet meer dan in elke zaak principieel speelt), en zoekt deze in de uitspraken ook niet op.

## 5.3 Toetsing van kwalificatievragen

Zoals in hoofdstuk 4 in algemene zin is uiteengezet, is de vraag of sprake is van beslissruimte voor het bestuursorgaan vooral aan de orde bij kwalificatievragen. Het betreft de vraag hoe de vastgestelde feiten (die economisch en complex kunnen zijn) moeten worden gekwalificeerd in het licht van de toe te passen wettelijke beoordelingsnorm.

### 5.3.1 Toetsing van relatief gemakkelijke kwalificatievragen

Kwalificatievragen kunnen worden onderscheiden in relatief gemakkelijke kwalificatievragen en ingewikkelder kwalificaties die complexe beoordelingen vergen (vergelijk hoofdstuk 4, par. 3.4). Relatief gemakkelijke kwalificatievragen betreffen in het concentratietoezicht bijvoorbeeld de vraag of de voorliggende feiten moeten worden gekwalificeerd als een concentratie, of dat een bepaalde clause moet worden aangemerkt als een nevenrestrictie. Dergelijke kwalificatievragen blijkt de rechter vol te toetsen.

Zo is in *UTC* de vraag aan de orde of de desbetreffende feiten in die zaak kunnen worden gekwalificeerd als ‘voldoende concreet’ om te spreken van een *concentratie*. Deze vraag ‘vergt – slechts – een waardering van de relevante feiten en omstandigheden: een daarop volgende belangenafweging is niet aan de orde’. Het betreft derhalve een kwalificatie-

---

214 Rechtbank 3 april 2002, UTC.

215 Voorzieningenrechter rechtbank 3 juni 2004, Nuon Reliant.

vraag, waarbij in ieder geval geen sprake is (of kan zijn) van beleidsvrijheid. Of daarbij aan de NMa wel beoordelingsruimte toekomt, wordt in het midden gelaten, maar de rechter lijkt de kwalificatievraag ook vol te toetsen: er is dus ook geen beoordelingsvrijheid voor de NMa.<sup>216</sup> Ook in *Airfield Holding* overweegt de rechtbank dat ‘de instemmingsrechten (...) haar de mogelijkheid boden om een beslissende invloed uit te oefenen op het strategische commerciële gedrag van Canal+’, en even later ‘de rechtbank is van oordeel dat in casu geen sprake is geweest van een nevenrestrictie’. Beide elementen worden vol getoetst.<sup>217</sup> Daarnaast is ook de toetsing van de vraag of sprake is van een *coöperatieve joint venture* vol, hoewel de rechtbank niet haar oordeel in de plaats stelt van dat van de NMa: de rechtbank vraagt zich af of de NMa ‘terecht heeft geconcludeerd’ dat geen sprake is van coördinatie tussen de moederondernemingen.<sup>218</sup> Ten slotte wordt ook de vraag of sprake is van een *nevenrestrictie* vol getoetst, in de zin dat, zoals in *Gilde*, de vraag wordt beoordeeld of de NMa een bepaalde clausule ‘terecht niet heeft aangemerkt’ als nevenrestrictie. Daarbij stelt de rechtbank zelf vast of er sprake is van een rechtstreeks verband tussen de desbetreffende clausule en de concentratie (ja, zegt de rechtbank in tegenstelling tot de NMa), en of de clausule objectief noodzakelijk en proportioneel is (nee, zeggen beide).<sup>219</sup>

Voor deze wijze van toetsing wordt het EG-recht niet aangehaald, hoewel EG-rechtelijke voorbeelden soms wel dienen als feitelijk precedent waarvan de voorliggende feiten worden onderscheiden (of juist niet); derhalve heeft het EG-recht wel invloed op de feitenkwalificatie. Mijn indruk is dat een dergelijke toetsingswijze in het concentratietoezicht echter minder vaak voorkomt dan bijvoorbeeld bij kwalificatievragen onder het kartelverbod, waar ook voor de vraag of *in casu* sprake is van een onderneming of een overeenkomst, EG-rechtelijke voorbeelden als feitenprecedent fungeren (zie hoofdstuk 6, par. 5.1). Dat voor de toetsingswijze niet wordt aangesloten bij EG-rechtelijke voorbeelden van toetsingsintensiteit, ligt echter ook niet direct voor de hand; hier geldt, net als bij de volle toets van interpretatievragen, dat de toetsing overeenkomt met de algemene bestuursrechtelijke toetsing van kwalificatievragen zonder beoordelingsruimte, zodat er ook geen reden in het EG-recht is te vinden waarom van dat algemene uitgangspunt zou moeten worden afgeweken.

### 5.3.2 Eerstefasetoetsing

De rechtbank stelde in *Nuon Reliant*, een uitspraak uit 2005, dat de bevoegdheid in de eerste fase een bevoegdheid is waarbij de NMa over een ‘ruime beleidsvrijheid’ beschikt:

De rechtbank sluit aan bij de Memorie van Toelichting,<sup>220</sup> en stelt: ‘de formulering van het artikel laat er geen twijfel over bestaan dat verweerder in dezen *ruime beleidsvrijheid* heeft, zowel ten aanzien van de beslissing een vergunning te vereisen als ten aanzien van

---

216 Rechtbank 3 april 2002, UTC.

217 Rechtbank 4 maart 2008, *Airfield Holding*.

218 Rechtbank 1 mei 2003, *Broadcast I*.

219 Rechtbank 13 november 2002, *Gilde*.

220 MvT, p. 39.

de inschatting of een economische machtspositie zal ontstaan of worden versterkt die de mededinging op de Nederlandse markt significant zal beperken'.<sup>221</sup>

De beleidsvrijheid zou volgens de rechtbank derhalve zowel de beslissing om een vergunning te vereisen als de waardering van de elementen van de oude beoordelingsnorm omvatten. Dat brengt een terughoudende marginale toets mee, in die zin dat wordt getoetst of de NMa 'in redelijkheid' kon verlangen dat een vergunningsaanvraag moest worden gedaan. Zoals in paragraaf 4.1 werd opgemerkt, is in deze Nuon Reliant-uitspraak van de rechtbank aan de marginale toetsing een lage bewijsstandaard gekoppeld.<sup>222</sup> De karakterisering door de rechtbank lijkt echter niet compleet. De tekst van artikel 37, lid 2 Mw verwijst weliswaar naar beslissruimte, het is voldoende dat de NMa 'redenen heeft om aan te nemen dat' een economische machtspositie kan ontstaan, in welk geval zij 'kan bepalen' dat een vergunning is vereist, maar deze beslissruimte bevat *twee* componenten. Ten eerste ligt in de woorden 'redenen om aan te nemen dat' ruimte aan de voorwaardenkant besloten, ten tweede ligt in de 'kan-bepaling' voor het overgaan naar de tweede fase de door de rechtbank genoemde beleidsvrijheid (vergelijk hoofdstuk 4, par. 3.3.4). De desbetreffende bepaling bevat derhalve *zowel* beleidsruimte aan de rechtsgevolgenkant (al dan niet een vergunning vereist) als beoordelingsruimte aan de voorwaardenkant (al dan niet machtspositie etc.).<sup>223</sup> Daarbij lijkt het overigens niet voor de hand te liggen dat de NMa zal beslissen dat géén vergunning is vereist wanneer wel aan de voorwaarden van artikel 37, lid 2 Mw is voldaan; het is de vraag of er omstandigheden zijn waarin de NMa 'in redelijkheid' tot een dergelijke beslissing kan komen als aan de voorwaarden (met beoordelingsruimte) is voldaan, zodat in die zin de beleidsvrijheid in het concentratietoezicht beperkt is.

De marginale toets van de rechtbank is opvallend, omdat in *eerdere* uitspraken de toetsing van een eerstefasebesluit niet marginaal is te noemen.<sup>224</sup> De marginale toetsing van de discretionaire bevoegdheid ter beëindiging van de eerste fase wordt twee jaar later ook weer opzij gezet. De terugkeer naar de volle(re) toets wordt niet gemotiveerd, hoewel de rechtbank wel aansluit bij de *tweedefasetoets* van het CBb in Essent (zie hierna). Opvallend is echter dat de Essent-uitspraak van het CBb al dateert van voor de Nuon Reliant-uitspraak van de rechtbank.

De rechtbank toetst in NVV, zoals gezegd, onder verwijzing naar de Essent-toetsing. Dit is geen marginale toetsing. De rechtbank overweegt: 'hoewel dit toetsingskader ziet op de volgende stap in de concentratiezaken, te weten de vergunningverlening/-weigeren zelf, is het naar het oordeel van de rechtbank evenzeer relevant voor het onderhavige geval, waarin het gaat om de daaraan voorafgaande vraag, te weten of er voor het tot stand brengen van de concentratie, waarop de melding betrekking heeft, een vergunning is vereist'.<sup>225</sup>

---

221 Rechtbank 1 juni 2005, Nuon Reliant (cursief AG).

222 Rechtbank 1 juni 2005, Nuon Reliant.

223 Anders: Y. de Vries 2006, p. 160, die stelt dat in de MvT met beleidsruimte beoordelingsvrijheid wordt bedoeld, en daarmee weer de rechtsgevolgenkant lijkt te missen.

224 Vgl. rechtbank 1 mei 2003, Broadcast I; en daarover Korsten e.a. 2004, p. 108.

225 Rechtbank 19 april 2007, NVV.

De Essent-toetsing van het CBb, een niet-marginale toets van een tweedefasebesluit, lijkt weer niet te stroken met de ‘kan-bepaling’ die de eerste fase beëindigt; de beslissing ter afsluiting van de tweede fase kent *geen* beleidsvrijheid. De Essent-toetsing kan weliswaar wel de juiste maatstaf zijn voor de vraag of aan de voorwaarden van de bepaling is voldaan, maar is niet de juiste toetsingsmaatstaf voor de rechtsgevolgenkant, tenzij de beleidsvrijheid door de rechtbank wordt ontkend omdat het inderdaad lastig is voor te stellen in welke omstandigheden, waarin *wel* aan de voorwaarden is voldaan en deze niet door remedies zijn weggenomen, in redelijkheid toch *niet* tot het stellen van een vergunningvereiste kan worden overgegaan, maar dat zegt zij niet. Het verschil tussen de marginale toets van de rechtbank in Nuon Reliant en de niet-marginale toets van de rechtbank in NVV zou wellicht kunnen worden verklaard uit het feit dat in Nuon *wel* een vergunning was vereist en in NVV *niet*. Die uitleg strookt echter niet met het idee dat een ingrijpen in de economische vrijheid, wat een vergunningseis is, strenger zou moeten worden beoordeeld – in ieder geval in de zin van een hogere bewijsmaatstaf (zie par. 4.1) – dan een toestaan van de uitoefening van die vrijheid. De bredere zin waarvoor de NVV-uitspraak lijkt te zijn bedoeld, past ook niet bij deze uitleg. Nu een CBb-uitspraak over de toetsing van een eerstefasebesluit ontbreekt, is het onduidelijk of sprake moet zijn van een volle toets of dat er kan worden gesproken van beleidsvrijheid, met de daarbij behorende marginale toets.

De hier te beantwoorden vraag of de Nederlandse mededingingsbestuursrechter ook voor procedurele onderwerpen zoals bewijsrecht en toetsing wordt beïnvloed door de materiële wettelijke convergentie, moet in dit geval in eerste instantie in negatieve zin worden beantwoord. De rechtbank gaat niet in op de toetsing door de Europese rechter van eerstefasebesluiten. Nu is aansluiting bij Europeesrechtelijke toetsing wat een eerstefasebesluit betreft dat *wel* een vergunning is vereist ook lastig, omdat de beslissing van de Commissie om over te gaan naar de tweede fase niet zelfstandig appellabel is. Het besluit de concentratie toe te staan, al dan niet met verbintenissen, is dat *wel*.<sup>226</sup> Juist mede uit het feit dat een beslissing om over te gaan tot de tweede fase niet voor beroep vatbaar is, wordt *wel* afgeleid dat sprake zou zijn van ‘policy related discretion’, beleidsvrijheid (zie hoofdstuk 4, par. 3.3.4).<sup>227</sup> Dit betekent: ‘provided it respects general principles of Community law and fundamental rights, the Commission is master of its own procedure at the end of phase I’,<sup>228</sup> hoewel het Hof dit niet met zoveel woorden heeft bevestigd. Het EG-recht komt in de uitspraken van de rechtbank dan ook niet ter sprake, al lijkt de Nuon Reliant-uitspraak dichter bij deze *policy-related discretion* te liggen dan de latere NVV-uitspraak. Ook het CBb noemt in de door de rechtbank aangehaalde Essent-overweging, die betrekking heeft op de tweede fase, het EG-recht niet. Daar lijkt echter *wel* sprake van impliciete convergentie (zie hierna). Dat zou betekenen dat door het van overeenkomstige toepassing laten zijn van de tweedefasetoetsing van de Essent-uitspraak van het CBb, waarin de beïnvloeding van de EG-rechtelijke toetsing van tweedefasebesluiten

---

226 Bijvoorbeeld zaak T-177/04, Easyjet; zaak T-114/02, BaByliss.

227 Bailey 2007, p. 124. In de Nederlandse context is dat een vreemde redenering, omdat het besluitkarakter als losstaand wordt gezien van de vraag of sprake is van beslissingsruimte.

228 Bailey 2007, p. 124.



impliciet is, de eerstefasetoetsing door de rechtbank toch door de EG-rechtelijke toetsing is beïnvloed. Maar daarmee is sprake van convergentie tussen eerste- en tweedefasetoetsing op nationaal niveau, en niet tussen eerstefasetoetsing (en het toekennen van beslisruimte) op nationaal niveau en eerstefasetoetsing (en toekennen van beslisruimte) op Europees niveau.

### 5.3.3 Tweedefasetoetsing

Ook bij een tweedefasebesluit moeten twee onderdelen worden onderscheiden: de vaststelling of aan de voorwaarden voor uitoefening van de bevoegdheid is voldaan, en de vraag wat vervolgens de beslissing moet zijn, de rechtsgevolgenkant (zie hoofdstuk 4, par. 3.2). Wat de rechtsgevolgenkant betreft, heeft de rechtbank opgemerkt dat hier sprake is van een 'gebonden beschikkingsbevoegdheid'.<sup>229</sup> In het geval dat aan de voorwaarden is voldaan, is er geen keuzevrijheid voor de NMa: 'de NMa [is] gehouden de vergunning te weigeren'. Daarbij is 'het maken van een belangenafweging, en daarmee de aanwezigheid van beleidsvrijheid' niet aan de orde.<sup>230</sup> Dat sluit aan bij de Europeesrechtelijke wijze van toetsing.<sup>231</sup> Hier is sprake van convergentie, zij het dat zij indirect het gevolg is van de wettelijke materiële convergentie, in die zin dat het toepassen van de nationale leerstukken op de geconvergeerde bepaling leidt tot een uitkomst die gelijk is aan de EG-rechtelijke toetsing (vergelijk hoofdstuk 3, par. 4.4). De aansluiting bij het EG-recht wordt dan ook niet genoemd.

Daaraan voorafgaand speelt de vraag of aan het geconstateerde probleem dat de concentratie op zal leveren als hij doorgang zou vinden, tegemoet kan worden gekomen door aan de vergunning remedies te verbinden. Bij de beoordeling van de vraag of voorwaarden de gesignaleerde mededingingsrechtelijke problemen oplost, heeft de NMa wel een ruime beslisruimte (zie hierna). Weer daaraan voorafgaand is het de vraag of sprake is van het rechtsverhinderende feit: leidt de concentratie tot een machtspositie met als gevolg een significante belemmering van de mededinging/leidt de concentratie tot een significante belemmering van de mededinging. De vraag is of bij deze beoordeling van de voorwaarden voor de NMa sprake is van beslisruimte, beoordelingsruimte of beoordelingsvrijheid.

#### – *Toetsingssaga*

Er is wel gezegd dat de rechtbank vol toetst, terwijl het CBb een meer afstandelijke toetsing voorstaat.<sup>232</sup> Deze conclusie is vooral gebaseerd op de Wegener-uitspraken van beide instanties en het is de vraag of deze stelling nog houdbaar is. Uitspraken

---

229 Rechtbank 20 september 2000, Wegener.

230 In Gerbrandy & Pietermaat 2005, p. 210-211 waren wij kritischer. Voortschrijdend inzicht doet mij echter concluderen dat de rechtbank het echter juist heeft. In ieder geval ben ik het niet eens met De Muynck 2002, die stelt: 'Hieruit blijkt dat (...) sprake is van een gebonden beschikkingsbevoegdheid. Dit strookt ook met de tekst van artikel 41, lid 2, Mw en met de wetsgeschiedenis (een *eenduidige wettelijke norm* waaraan concentraties moeten worden getoetst).' De beoordelingsnorm voor concentraties is nu juist *niet* eenduidig. De vraag welke beslissing moet volgen op een negatieve beoordeling, *wel*. Vgl. voor eenzelfde redenering op EG-niveau Nicholson e.a. 2005, p. 132.

231 Zie zaak C-12/03 P, Tetra Laval.

232 Zie bijv. Lavrijssen 2004.

waarin een tweedefasebesluit aan de orde is, en waarin daadwerkelijk wordt ingegaan op de materiële beoordeling van de concentratie, zijn echter schaars: het betreft bij mijn weten (bij de afsluiting van dit onderzoek) zes uitspraken in drie fusies.<sup>233</sup> *Als deze zes uitspraken al tot een conclusie leiden, dan moet dat zijn dat de nationale rechter het met het kwalificeren van de beslisruimte en het vaststellen van de bijbehorende toetsingsintensiteit niet gemakkelijk heeft; zes uitspraken zijn voldoende voor een epos. Zij begint met de Wegenerfusie: in zijn uitspraak stelde de rechtbank dat sprake was van ‘een zekere beoordelingsruimte’.*

De rechtbank overweegt: ‘wel brengt de aard van de door de NMa (...) te maken beoordeling met zich dat bij de uitleg van de daarin gebruikte begrippen aan de NMa *een zekere beoordelingsruimte* toekomt. Maar die beoordelingsruimte strekt *niet* zo ver dat de omvang van de rechterlijke toetsing beperkt moet blijven tot de vraag of de NMa in redelijkheid tot het bestreden besluit kon komen. De aan de NMa toekomende beoordelingsruimte dient gepaard te gaan met een stringente naleving van de artikelen 3:2 (zorgvuldige voorbereiding), 3:46 en 3:47 (motivering) Awb, zodat de rechtbank in staat wordt gesteld om vast te stellen of de NMa terecht heeft geoordeeld dat sprake is van de (...) genoemde weigeringsgrond’.<sup>234</sup>

Deze kwalificatie van de rechtbank van de beslisruimte van de NMa leidde tot onduidelijkheid,<sup>235</sup> niet in de laatste plaats omdat de verwijzingen naar Europese jurisprudentie waarmee de rechtbank haar standpunt staaft, niet in dezelfde richting wees als de rechtbank klaarblijkelijk wilde gaan. De toetsing door de Europese rechter bevond zich nog in de minder strenge fase, de beslisruimte van de Commissie werd juist marginaal getoetst; de rechtbank stond een niet-beperkte toets voor.<sup>236</sup> De rechtbank ‘verduidelijkt’ zichzelf in *Essent*, verwijst opnieuw naar ‘de rechtspraak van het Hof en het Gerecht’ en overweegt: ‘buiten twijfel dient te worden gesteld dat de rechtbank de term “beoordelingsruimte” hanteert als *synoniem* voor de term “beoordelingsvrijheid”’.<sup>237</sup> Maar deze uitleg was niet heel gelukkig: het één (beoordelingsruimte) leidt volgens de nationale doctrine – in ieder geval de consensus in de nationale doctrine zoals in hoofdstuk 4 uiteengezet – niet, en het ander (beoordelingsvrijheid) wel tot een marginale toets.<sup>238</sup> Bovendien was niet duidelijk of hiermee ook een meer marginale toets, die in ieder geval in *Wegener* *niet* was bedoeld, mogelijk was, bijvoorbeeld in zaken of gedeelten van besluiten, met een hogere mate van complexiteit.

De vervolgoverwegingen van de rechtbank in *Essent* zouden tot die conclusie kunnen leiden, nu de rechtbank opmerkt dat ‘zij er niet aan voorbij zag dat in de rechtspraak van

---

233 De fusies van *Wegener* (rechtbank 20 september 2000, en CBb 5 december 2001); van *Essent* (rechtbank 21 juni 2001, en CBb 27 september 2002); en van *Nuon Reliant* (rechtbank 3 juni 2004 en 1 juni 2005, en CBb 28 november 2006).

234 Rechtbank 20 september 2000, *Wegener* (cursief AG).

235 Zie bijv. Boogers 2001 a; Leeftang & Mortelmans 2002; Van Ginneken 2001, p. 34; Gerbrandy & Pietermaat 2005, p. 210-211.

236 Vgl. gev. zaken C-68/94 & C-30/95, *Kali & Salz*, en zaak T-221/95, *Endemol*; en zie Van Ginneken 2001, p. 36: ‘Als hier gedacht is aan de uitspraak inzake *Kali & Salz* dan geldt dat hier juist wel sprake was van een beperkte toets. Als gedacht is aan de uitspraak inzake *Endemol*, geldt hetzelfde’.

237 Rechtbank 21 juni 2001, *Essent* (cursief AG).

238 Zie Boogers 2001 b.

het Hof en het Gerecht wordt aangenomen dat de Commissie bij de beoordeling van onder meer concentraties beschikt over een zekere beoordelingsvrijheid. Maar uit die rechtspraak kan naar het oordeel van de rechtbank niet zonder meer worden afgeleid dat die beoordelingsvrijheid zonder meer meebrengt dat de rechterlijke toetsing beperkt dient te blijven tot de vraag of sprake is van een in redelijkheid door de Commissie – en daarmee ook door [de NMa] – gegeven mededingings-rechtelijke beoordeling. Veeleer kan daaruit worden afgeleid dat *de mate van terughoudendheid groter is*, en ook dient te zijn, naarmate de *complexiteit van de economische beoordeling toeneemt*.<sup>239</sup>

In het hoger beroep blijft in het midden of het CBb het met deze overweging nu wel of niet eens is:

Het CBb overweegt dat aan de rechterlijke toets niet kan afdoen ‘dat volgens de rechtbank uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg zou kunnen worden afgeleid dat de mate van terughoudendheid van de rechterlijke toetsing groter zou zijn naarmate de complexiteit van de economische beoordeling toeneemt’.<sup>240</sup> Het CBb vernietigt de uitspraak niet. Annotatoren beoordelen deze zin verschillend: het zou de stelling van de rechtbank niet onderschrijven, maar niet voldoende zijn voor een vernietiging, of hij onderschrijft de stelling van de rechtbank juist wel.<sup>241</sup>

De controverse lijkt enigszins te zijn geluwd doordat het CBb in Essent neergelegd heeft van wat ondertussen de standaardoverweging lijkt te worden betreffende de rechterlijke toets van een verbodsbeschikking (bevestigd in Nuon Reliant van het CBb).<sup>242</sup> Het CBb stelt dat de NMa bij de beoordeling van de voorwaarden wel enige beslisruimte toekomt:

‘Dat de NMa *een zekere beoordelingsvrijheid* heeft bij zijn *waardering* van de economische feiten en omstandigheden in het licht van de bepalingen van de Mw, neemt niet weg dat de rechterlijke toetsing, gelijk ook de rechtbank heeft overwogen, de vraag omvat of de NMa heeft voldaan aan zijn verplichting *aannemelijk* te maken dat (al dan niet) sprake is van mededingingsrechtelijke problemen als genoemd in de Mw’. Ter beoordeling van de rechtbank ‘stond derhalve of (...) de NMa zich op goede, in het licht van het voorgaande deugdelijke gronden op het standpunt heeft gesteld dat als gevolg van de voorgenomen concentratie een economische machtspositie zal ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd’.<sup>243</sup>

#### – *Toetsing en convergentie*

De vraag die in dit proefschrift van belang is, is of de toetsingwijze van het CBb, vooral in Essent en de bevestiging daarvan in Nuon Reliant, aansluit bij de toetsing door het Hof van concentratiebeschikkingen van de Commissie. Zoals eerder aangestipt, is juist de toetsingsintensiteit van de Europese rechter voorwerp van discussie. Dat geldt ook voor de achterliggende vraag of er nu sprake is van een ‘wide

---

239 Rechtbank 21 juni 2001, Essent (cursief AG). Zie ook Boogers 2001 b.

240 CBb 27 september 2002, Essent.

241 Vgl. Leeftang 2002.

242 CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

243 CBb 27 september 2002, Essent (cursief AG).

discretion'<sup>244</sup> of juist van 'well-defined powers'<sup>245</sup> of iets in het midden: 'een considerably reduced discretion'.<sup>246</sup> Een aanwijzing dat het CBb zich *niet* door de EG-rechter heeft laten beïnvloeden, is het ontbreken van een expliciete verwijzing naar het EG-recht. Dat is des te opvallender, omdat EG-jurisprudentie wel door de rechtbank werd aangehaald, in ieder geval nog in Essent. Bij het CBb ontbraken ook eerder al verwijzingen naar het EG-recht: ook in Wegener verwees de rechtbank, anders dan het CBb, wel naar communautair recht.<sup>247</sup> Het ontbreken van expliciete verwijzingen is een aanwijzing dat, als er overeenkomsten zijn tussen het Europese toetsingskader en het nationale toetsingskader, deze 'toevallig' zijn en dat daarvoor een alternatieve verklaring kan gelden (zie hoofdstuk 3, par. 4.4).

Deze alternatieve verklaring zou moeten zijn gelegen in het overeenstemmen van de Essent-toetsingswijze van concentratiebesluiten met de algemene Nederlandse bestuursrechtelijke wijze van toetsing. Uit de algemene toetsingswijze, voorzover kan worden gezegd dat deze bestaat,<sup>248</sup> blijkt dat bij beoordelingsvrijheid een marginale redelijkheidstoetsing hoort (zie hoofdstuk 4, par. 3.3.3). Van een marginale toetsing is in Essent zeker geen sprake, niet in de formulering en niet in de daadwerkelijk aangelegde toetsing. De door het CBb genoemde 'zekere beoordelingsvrijheid' zou *beoordelingsruimte* kunnen impliceren; beoordelingsruimte wordt over het algemeen inderdaad *niet* met een marginale toets verbonden. Het CBb noemt de beslisruimte echter geen beoordelingsruimte. Onduidelijk is waarom niet, hoewel in algemene zin geldt dat er gemakkelijk sprake is van terminologische verwarring. Het kan zijn dat het CBb met een bepaalde term hetzelfde bedoelt als wat andere rechtelijke colleges of in literatuur met een andere term wordt aangeduid,<sup>249</sup> maar daartegen pleit dat het CBb elders aan hetzelfde begrip 'een zekere beoordelingsvrijheid' duidelijk wel een marginale toetsing koppelt.<sup>250</sup> Eveneens duidelijk is dat het CBb van de in hoofdstuk 4 gedestilleerde dominante stroming afwijkt, wat een reden is om te veronderstellen dat het CBb *wel* aansluit bij de EG-rechtelijke toetsing. Die stelling wordt ondersteund door het overeenkomen van het taalgebruik van het CBb en de EG-jurisprudentie. De overeenkomst betreft ten eerste de kwalificatie van de beslisruimte als 'een zekere beoordelingsvrijheid', wat een vertaling lijkt van 'a certain discretion' (gebruikt in het Tetra Laval-arrest van het Hof), ware het niet dat ook bij het Hof sprake is van terminologische verwarring, die wordt versterkt door verschillende vertalingen.

Zo wordt 'a certain discretion' in de Nederlandse versie van Tetra Laval zowel 'een zekere discretionaire bevoegdheid' als 'een beoordelingsmarge'.<sup>251</sup> Dat zijn niet door het CBb gebruikte begrippen. Eerder sprak het Gerecht ook van 'een beoordelingsmarge',

---

244 Bijv. Hofmann 2006, p. 153-154.

245 Bijv. Nicholson e.a. 2005, p. 129.

246 Bailey 2007, p. 131.

247 Zie ook Leeftang & Mortelmans 2002, p. 145.

248 Vgl. Boogers 2001 b; Lavrijssen 2004, p. 34; Verhey & Verheij 2005, p. 315; Ottow 2006, p. 354.

249 Literatuurbesprekingen lijken over het algemeen ook niet gebaseerd op uitspraken van het CBb, maar op die van de Raad van State en eventueel de Centrale Raad.

250 CBb 19 maart 2008, Oxxio; een niet-mededingingsrechtelijke zaak.

251 Zaak C-12/03 P, Tetra Laval, ov. 38.

maar in dezelfde uitspraak ook van ‘een beoordelingsvrijheid’.<sup>252</sup> Meer recent wordt opnieuw gesproken van ‘een zekere discretionaire bevoegdheid’,<sup>253</sup> en elders stelt het Gerecht dat ‘de Commissie als communautaire mededingingsautoriteit over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt’, wat echter niet een vertaling is van ‘a certain discretion’ maar van ‘a degree of latitude’.<sup>254</sup>

Indicatie voor de stelling dat het CBb aansluit bij de toetsingswijze van de EG-rechter, is er ook wanneer de elementen van de toetsing worden gezien:

Volgens het CBb omvat de toets (i) een zorgvuldige voorbereiding en deugdelijke motivering; (ii) een juiste interpretatie van wettelijke begrippen en (iii) het aannemelijk maken dat de feiten en omstandigheden aan wettelijke vereisten voldoen (feiten en kwalificatie). De beoordelingsruimte is te vinden in het derde onderdeel. Volgens het Hof van Justitie omvat de rechterlijke toets (i) procedurele voorschriften en motiveringsplicht; (ii) of de feiten kloppen; (iii) of er sprake is van een ‘manifest error’ in de kwalificatie; en of (iv) sprake is van misbruik van bevoegdheid. Alleen het derde onderdeel wordt onder omstandigheden niet vol getoetst.<sup>255</sup>

Ook de toetsing van het bewijs – de feitenvaststelling – is vergelijkbaar:

Volgens het Hof dient de rechter te toetsen of (i) het bewijs feitelijk correct, betrouwbaar en consistent is; (ii) of het bewijs alle relevante informatie omvat; en (iii) of het bewijs de conclusies kan dragen.<sup>256</sup> Volgens het CBb omvat de toetsing van het bewijs (en de kwalificatie daarvan) controle van: (i) de materiële juistheid van de bewijselementen; (ii) de betrouwbaarheid en samenhang; (iii) of die elementen het relevante feitenkader vormen; en (iv) of het bewijs de daaruit getrokken conclusies kan schragen.<sup>257</sup>

Het blijft echter onduidelijk of nu sprake is van ‘toevallige’ convergentie en of het CBb zich hier, net als bij bewijsaspecten, met een zelfstandige houding ten opzichte van de toetsingswijze door de EG-rechter heeft willen opstellen. Duidelijk is dat er sprake is van convergentie in de toetsing en dat deze het gevolg is van de wettelijke materiële convergentie, maar of deze indirect is omdat het CBb de ‘gewone’ nationale toetsingswijze toepast op de materieel geconvergeerde bepaling, of direct is omdat het CBb zich rechtstreeks baseert op jurisprudentie van het Hof en daardoor tot een vergelijkbare toetsingswijze komt, blijft in het midden. De uitkomst is vooralsnog hetzelfde, maar de route kan bepalend zijn voor de wijze van toetsing van onderdelen van concentratiebesluiten, zoals de toetsing van complexe economische analyses.

– *Complexe economische analyses en de verbinding tussen toetsingsintensiteit en bewijsmaatstaf*

In hoofdstuk 4 is uiteengezet dat toetsing van complexe economische analyses in het Europese recht een wat afwijkende plaats inneemt ten opzichte van het over het

---

252 Zaak T-210/01, General Electric, ov. 60 en 62.

253 De ‘a certain discretion’-noemer komt terug in vele uitspraken in het concentratietoezicht; vgl. Nicholson e.a. 2005, p. 131.

254 Zaak T-212/03, MyTravel, ov. 83; zaak T-351/03, Schneider Electric, ov. 132.

255 Bijv. zaak T-87/05, EDP; zaak T-177/04, Easyjet, ov. 44.

256 Zaak C-12/03 P, Tetra Laval, ov. 39; vgl. Reeves & Dadoo 2005-2006, p. 1052-1053.

257 CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

algemeen in het nationale recht gevolgd schema van toetsing. De hiervoor genoemde ‘beoordelingsmarge’ die in EG-jurisprudentie wordt gebruikt, wordt geassocieerd met de toetsing van deze complexe economische analyses. Het algemene nationale idee van toetsing houdt in dat de feiten vol worden getoetst en de kwalificatie daarvan eventueel minder vol. Dat wordt door het CBb in de bovenbesproken toetsingswijze niet veranderd. Het onderscheid tussen het vaststellen van feiten en de kwalificatie daarvan is bij complexe economische analyses, zoals in het concentratietoezicht, echter vaak niet duidelijk te maken. Dat is ook te zien in de beoordeling door de rechter van economische rapportages, die zowel feiten als kwalificaties bevatten. De door het CBb in Nuon Reliant opgestelde algemene beoordelingscriteria geven, zoals hiervoor aangegeven, wel houvast voor de rechter ter beoordeling van de keuze van de NMa, maar de vraag of de rechter de onderliggende feitelijke bewijsvragen vol toetst en of dat wel kan, blijft in het midden.<sup>258</sup> Hoewel deze keuze de kern lijkt van de beslissruimte van de toezichthouder, is dat in het nationale recht vooralsnog niet expliciet bevestigd. Dat is anders in het EG-recht.

Zo stelt het Gerecht dat de Commissie ‘ook een zekere vrijheid [geniet] bij de keuze van de haar ter beschikking staande econometrische middelen en van de bij de bestudering van een bepaald fenomeen te volgen benadering (...), zolang deze keuzen maar niet kennelijk in strijd zijn met de in de economische wetenschap erkende beginselen en op consequente wijze worden toegepast’.<sup>259</sup>

De *complexiteit* van de economische beoordelingen waren bij de rechtbank in Wegener, daarbij aansluitend bij de Europese jurisprudentie, reden voor een terughoudender toets.<sup>260</sup> Bij het CBb lijkt dat niet te worden gevolgd.<sup>261</sup>

‘aan het rechterlijk toezicht (...) kan niet afdoen, dat volgens de rechtbank uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg zou kunnen worden afgeleid dat de mate van terughoudendheid van de rechterlijke toetsing groter zou zijn naarmate de complexiteit van de economische beoordeling toeneemt’.<sup>262</sup>

Bij het CBb is er derhalve geen sprake van convergentie als het gaat om toetsing van complexe analyses. De reden dat complexiteit leidt tot een afstandelijker toets, wordt wel gevonden in een gebrek aan expertise bij de rechter of het erkennen van expertise bij de toezichthouder (zie hoofdstuk 4, par. 3.4.2). Uit het niet anders willen toetsen van complexe analyses dan ‘gewone’ analyses zou derhalve ten aanzien van het CBb ook kunnen worden afgeleid dat het CBb meent over voldoende expertise te beschikken. Dat kan zo ver gaan dat beoordelingsvrijheid wordt genegeerd

---

258 CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

259 Zaak T-212/03, My Travel, ov. 83; zie over de toetsing van de keuze voor een model ook Botteman 2006.

260 Zie over de afstandelijker toets bij complexiteit in het concentratietoezicht Bailey 2003, p. 846; die er ook op wijst dat complexiteit samen met de korte termijnen kunnen leiden tot een minder intensieve toets.

261 Maar zie over de verschillende interpretaties van deze overweging van het CBb hiervoor.

262 CBb 27 september 2002, Essent.

wanneer de eigen expertise van de rechter zich meet met die van het specialistische bestuursorgaan, maar zo ver lijkt het CBb niet te gaan.<sup>263</sup>

Net als in de communautaire jurisprudentie is de plaats van toetsing van *prospectieve analyses* lastig. Het prospectieve karakter brengt per definitie een zekere onzekerheid met zich mee, een ‘andere zekerheid’.<sup>264</sup> Net als de EG-rechter stelt ook de nationale rechter bij prospectieve analyses hoge eisen aan het bewijs. De vraag is of daardoor sprake is van een hogere bewijsmaatstaf of van eenzelfde maatstaf, maar dat deze moeilijker is te bereiken en daarom met hogere eisen omkleed wordt (zie par. 4.1 en hoofdstuk 4, par. 2.2). Als een hoge bewijsmaatstaf is verbonden met een intensieve toetsing, zoals wel wordt verondersteld, dan is hier een tegenstrijdigheid te zien, in ieder geval wanneer, net als in EG-jurisprudentie, juist bij prospectieve analyses sprake is van beoordelingsvrijheid waarbinnen de rechter terugtreedt, in de zin dat als de beschikking ‘is based on fact-finding that is supported by cogent evidence, in the absence of manifest error’ de economische analyse wordt geaccepteerd.<sup>265</sup> Dit duidt er op dat de verbinding tussen bewijsmaatstaf en toetsingsintensiteit niet zo direct is als wel gesteld. Een hoge bewijsmaatstaf leidt bij beslissruimte voor het bestuursorgaan *niet* per definitie tot een intensieve toets; ook bij een hoge bewijsmaatstaf kan er sprake zijn van beslissruimte.<sup>266</sup> Dat sluit aan bij de nuance dat de beslissruimte bij de beoordeling van de mededingingsbelemmering (naar aanleiding van een concentratie) groter is dan bij de beoordeling van de machtspositie (die door de concentratie ontstaat/wordt versterkt).<sup>267</sup> De schijnbare tegenstelling – hoge eisen aan bewijs, terugtrekking in de toetsing – kan worden opgelost door bij economische onzekerheid de toetsing aan de motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel te intensiveren. Dit is wat naar voren komt in de toetsing van complexe economische analyses door de EG-rechter, die dit punt ook benadrukt bij de toetsing van prospectieve analyses (zie hoofdstuk 4, par. 3.4.3). Een *meer* intensieve toets aan dergelijke beginselen is vooralsnog echter vreemd aan het nationale recht.

#### – Toetsing aan zorgvuldigheid en motivering

Een terughoudender materiële toetsingswijze neemt niet weg dat steeds wordt getoetst aan de voorschriften van de Awb; zelfs een marginale toets omvat een toets aan algemene voorschriften. De toetsing aan het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel is in het nationale bestuursrecht *steeds* vol (zie hoofdstuk 4, par. 3.4.3); dat geldt ook in het concentratietoezicht.<sup>268</sup> In het Europese mededingingsrecht is echter, zoals gezegd, sprake van communicerende vaten: bij een terugtrekkende materiële toets wordt de toets aan motivering en zorgvuldigheid belangrijker, zoals bij prospectieve economische analyses. Hoewel er steeds hoge eisen aan de

---

263 Vgl. Boogers 2001 b. De al dan niet eigen deskundigheid komt in de uitspraken niet expliciet aan bod als reden voor een volle toets. De uitzondering daarop is de voorlopige voorziening in Nuon Reliant van de voorzieningenrechter van het CBb, maar in een voorlopige voorziening wordt de ingewikkeldheid van de materie vaker genoemd in het kader van de beperkte tijd die de rechter heeft om een nog nuttige voorziening te treffen.

264 CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

265 Vgl. Botteman 2006, p. 82.

266 Zie ook Ottow 2006, p. 245; Meij 2009.

267 Vgl. Vesterdorf 2003, p. 138-139; Reeves & Dodoo 2005-2006, p. 1064-1065.

268 Zie rechtbank 21 juni 2001, Essent; Mahler 2001, p. 162; De Mynck 2002.

bewijsvoering worden gesteld, wint in dat geval de zorgvuldigheid van het onderzoek aan belang.<sup>269</sup> Dit belangrijker worden van de *toets* aan eisen van zorgvuldigheid en motivering komt niet terug op nationaal niveau. Dat was ook al niet het geval bij de toets van kartelbesluiten, waar op EG-niveau dezelfde techniek van de communicerende vaten wordt gevolgd (vergelijk hoofdstuk 6, par. 5.2.2).

Duidelijk is dat *steeds* aan de voorschriften van de Awb word getoetst, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de benadering van de rechtbank in KBB-Vendex,<sup>270</sup> in Wegener,<sup>271</sup> en in CZ.<sup>272</sup> Ook het CBb legt in Wegener een gemixte toets (van de procedure en van materieel recht) aan: het CBb beoordeelt door de gehele uitspraak heen of de NMa ‘inzichtelijk heeft beredeneerd’ dat het besluit getuigt van ‘een zorgvuldige voorbereiding’, maar het CBb bekijkt ook of de marktafbakening ‘juist’ is, en conclusies omtrent concurrentie ‘gerechtvaardigd’. Datzelfde is te zien in de uitspraak van de rechtbank in Essent, hoewel de materiële beoordeling daar wel zeer summier is.<sup>273</sup> Alleen in de Nuon Reliant-uitspraken van de rechtbank en het CBb staat de toetsing van de zorgvuldigheid van het onderzoek van de NMa voorop; daar is ook zeker sprake van een complexe beoordeling, maar dat de toetsing van zorgvuldigheid aan belang *wint*, blijkt niet.<sup>274</sup>

Het ontbreken van de communicerendevatentechniek is niet zo vreemd, omdat de nationale toetsing *al vol is*. Hoewel zij soms – zeker als onder de toetsing van zorgvuldigheid ook de bescherming van rechten van verweer wordt begrepen – een wat ondergeschoven element vormt, is een toetsing die voller is dan een volle toets niet denkbaar (behoudens een volledige heroverweging, vergelijk hoofdstuk 4, par. 3.3.1). In die zin zijn stemmen die in nationale literatuur opgaan voor een dergelijke vollere toets aan motivering en zorgvuldigheid, in navolging van de Europese wijze van toetsing,<sup>275</sup> minder voor de hand liggend. Toch kan de communicerendevatentechniek ook worden gezien als een via een procedurele toets intreden in de materiële kant van een beoordeling (vergelijk hoofdstuk 4, par. 3.4.3);<sup>276</sup> het ontbreken van die techniek in de nationale toetsing zou dan ook kunnen betekenen dat in de praktijk uiteindelijk meer beslisruimte aan de NMa wordt gelaten.

#### – *Toetsing op papier en daadwerkelijke toetsing*

Hoewel de toetsing op papier helder lijkt en grotendeels overeenkomt met de Europese toetsing, is het de vraag hoe de toetsingsintensiteit *in de praktijk* is te kwalificeren. Op EG-niveau is de toetsing in theorie – wat de rechter zegt te gaan doen – terughoudender dan in de praktijk – wat er daadwerkelijk gebeurt. Een reden daarvoor wordt wel gezocht in het gespecialiseerde karakter van met name het Gerecht.<sup>277</sup> Dat is anders bij de nationale mededingingsbestuursrechter, wiens toetsing op papier ongeveer gelijk is aan de Europese (behalve dat het CBb mis-

---

269 Zaak C-12/03 P, Tetra Laval, ov. 39.

270 Zie Leeftang, opgenomen in Gerbrandy & Pietermaat 2005, p. 165-167.

271 Rechtbank 20 september 2000, Wegener.

272 Rechtbank, 7 december 2005, CZ.

273 Rechtbank 21 juni 2001, Essent.

274 Rechtbank 1 juni 2005; CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

275 Zie Leeftang 2002, p. 175.

276 Zie Widdershoven & Schimmel 2009.

277 Vgl. Bornkamm 2003, p. 369; het is de vraag of deze stelling over de hele linie van het mededingingsrecht geldt; vgl. Harding & Gibbs 2005 over beroep in artikel 81 EG-zaken.



schien niet terughoudender wenst te toetsen bij toename van complexiteit), maar in de praktijk over het algemeen juist minder vérgaand is. Daarbij dient wel te worden opgemerkt dat er nog maar weinig uitspraken zijn; vooral in hoger beroep is het aantal beperkt.

In *Wegener* werd een vrij groot verschil tussen de rechtbank en het CBb geconstateerd, en hoewel de NMa een expliciete grief had gericht tegen de wijze waarop de rechtbank het bestreden besluit had getoetst (te indringend), gaat het CBb hier niet op in. Het CBb toetst minder vérgaand dan de rechtbank, zo is wel gesteld.<sup>278</sup> Dat neemt niet weg dat de toetsing van bijvoorbeeld de vraag of er zich ‘disciplinerende factoren’ voordoen, zodat er geen mededingingsbezwaren zijn op de lezersmarkt, een half A-viertje omvat. Het CBb besteedt aan het geheel van machtspositie, tegenargumenten, mededingingsrechtelijke problemen en tegenargumenten daarentegen ongeveer net zoveel woorden als aan de toetsing van een van de voorschriften aan artikel 7 van de Grondwet – en het is niet dat dit laatste die woorden niet verdient, maar juist dat het eerste wel erg kort is, gezien de naar voren gebrachte economische argumenten. De toetsing is echter ook bij het CBb niet expliciet marginaal.<sup>279</sup>

In *Essent* toetst de rechtbank juist niet indringend, maar dat hangt samen met de (onjuiste) opvatting dat het voldoende is aannemelijk te maken dat er een economische machtspositie zal ontstaan, zonder ook in te gaan op de vraag of die leidt tot een significante mededingingsbelemmering.<sup>280</sup> Er wordt wel aandacht gegeven aan de ‘bijzondere structuur van de markt’, maar dat is beperkt, terwijl deze bijzondere marktstructuur van cruciaal belang is. In deze uitspraak omvat de materiële toets minder dan een pagina.<sup>281</sup> Essent had aangevoerd dat de weinig uitgebreide toetsing door de rechtbank – vergelijk dat met Wegeners stelling dat de rechtbank juist te indringend toetste – in strijd was met artikel 6 EVRM. Daarop wordt door het CBb slechts in algemene zin gereageerd. Het CBb geeft wel het hiervoor gegeven toetsingskader aan, maar ‘laat (...) na om het besluit van de d-g NMa (en in het verlengde de uitspraak van de rechtbank Rotterdam) op belangrijke onderdelen “grondig” te toetsen’.<sup>282</sup>

In *Nuon Reliant*, de uitspraak die op Essent volgt, is de rechtbank opnieuw kort, maar in samenhang met de weergave van de standpunten en een overzicht van het onderzoek door de NMa is er geen sprake van een marginale toetsing.<sup>283</sup> De zorgvuldigheid van het onderzoek staat hier centraal, niet de materiële beoordeling van de concentratie. In hoger beroep herhaalt en verfijnt het CBb het theoretische toetsingskader, en bekijkt het onderzoek van de NMa vervolgens vrij uitvoerig.<sup>284</sup>

De toetsing door het CBb en de rechtbank lijkt in de praktijk minder intensief dan die van het Gerecht.<sup>285</sup> Hoewel het CBb zegt dat complexiteit voor een minder intensieve toets geen reden is, kan de complexiteit dat in de praktijk derhalve wel

---

278 Vgl. Van Ginneken 2001, p. 37.

279 Anders: Leeftang & Mortelmans 2002, p. 142.

280 Zie ook De Muynck 2001.

281 Rechtbank 21 juni 2001, Essent.

282 Leeftang 2002, p. 174 over CBb 27 september 2002, Essent.

283 Rechtbank 1 juni 2005, Nuon Reliant. Kalbfleisch 2005, leverde echter op deze uitspraak de kritiek dat de toetsing te intensief zou zijn.

284 CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.

285 Vgl. Lavrijssen 2006, p. 286.

zijn.<sup>286</sup> Het is daarbij opvallend dat de lengte van de materiële beoordeling in de uitspraken van de nationale rechters zeer beperkt is, vergeleken met die van de Europese rechters. Zelfs een relatief lange uitspraak van de rechtbank, zoals in Wegener, is korter dan een gemiddelde Europese concentratie-uitspraak van het Gerecht. Nu is kortheid niet een synoniem voor een beperkte(re) toets, zoals lengte dat niet is voor indringendheid, maar het lijkt daarvoor wel een indicatie, zeker over de hele linie bekeken.<sup>287</sup>

#### 5.3.4 Nieuwe materiële beoordelingsnorm

De vraag kan worden gesteld of de nieuwe materiële beoordelingsnorm voor concentraties leidt tot een andere toetsingsintensiteit, omdat zij meer economisch is geworden.<sup>288</sup> Deze vraag kan aan de hand van nationale uitspraken niet beantwoord worden, omdat uitspraken over de nieuwe beoordelingsnorm er bij de afronding van dit onderzoek nog niet zijn. De nieuwe toetsingsintensiteit lijkt echter vooral af te hangen van de houding van het CBb ten opzichte van de complexiteit van analyses. Als het CBb in complexiteit (en prospectiviteit) geen reden ziet voor een terughoudender toets, dan verandert de toets niet. Andersom, als daarin wel een reden ligt om een verschil in intensiteit aan te nemen voor toetsing van het oordeel over machtspositie en toetsing van de mededingingsrechtelijke gevolgen van de concentratie, dan kan er, doordat de nieuwe beoordelingsnorm de nadruk legt op die gevolgen, sprake zijn van meer beslissruimte voor de NMa dan onder de huidige toets. Derhalve is de vraag of het CBb nu wel of niet aansluit bij de EG-rechtelijke toetsing, ook hier van belang.

### 5.4 Toetsing van remedies

De toetsing van concentratiebesluiten in de tweede fase betreft vooralsnog steeds toetsing van een vergunning onder voorwaarden. Ook bij een verleende vergunning kan er voor partijen aanleiding zijn om in beroep te gaan, omdat ze het met de remedies niet eens zijn. Partieel beroep tegen de voorschriften is mogelijk, zo heeft de rechtbank bevestigd.<sup>289</sup>

In Wegener werd het argument van de NMa afgewezen dat daardoor het beroep strekt tot bescherming van een positie die als ‘the best of two worlds’ zou moeten worden gekenschetst: ‘een aldus vormgegeven beroep [kan] er niet aan in de weg staan dat de rechtbank indien zij – na te hebben vastgesteld dat verweerder op goede gronden heeft geoordeeld dat uitvoering van de concentratie in ongewijzigde vorm zal leiden tot mededingingsrechtelijke problemen – tot het oordeel komt dat een of meer voorschriften of beperkingen niet aan de vergunning hadden mogen worden verbonden, desgeraden overgaat tot vernietiging van het gehele besluit’.<sup>290</sup>

---

286 Zie Ottervanger & Veldhuis 2005, p. 156.

287 Vgl. Legal 2005, p. 113.

288 Wright 2007, p. 416-417.

289 Zie rechtbank 20 september 2000, Wegener; rechtbank 21 juni 2001, Essent.

290 Rechtbank 20 september 2000, Wegener.

Dat betekent dat bij gegronde grieven tegen de remedies de vergunningverlening ter discussie kan komen te staan. Dat stemt overeen met de wijze waarop onder het EG-recht een dergelijk partieel beroep wordt gezien: dat is mogelijk, maar dan moeten de *commitments* wel los kunnen worden gezien van de rest van de beschikking.<sup>291</sup> Ook op EG-niveau geldt dat dit in de praktijk lastig zal zijn, omdat remedies een integraal deel vormen van de beschikking tot het toestaan van een concentratie.<sup>292</sup> De rechtbank gaat voor het toestaan van een partieel beroep niet te rade bij EG-rechtelijke voorbeelden. Nu partieel beroep mogelijk is op basis van het algemene bestuursrecht, zijn de overeenkomsten tussen beide systemen niet een gevolg van de materiële convergentie, hoewel in dit geval het mogelijk maken van partieel beroep wel nauw is verbonden met het materiële mededingingsrecht.

Overigens is sprake van divergentie in de bevoegdheden van de rechter nadat uit de toetsing is gebleken dat het desbetreffende voorschrift niet aan de vergunning had mogen worden verbonden. De bevoegdheden van de nationale rechter gaan verder dan die van het Gerecht, nu de nationale rechter ook zelf kan voorzien in nieuwe voorschriften.<sup>293</sup> Het zelf voorzien stuit echter op de door de nationale rechter aan de NMa toegekende beslisruimte bij het vormgeven van remedies (zie hierna).

Toch vernietigt het CBb in Wegener een voorschrift en formuleert zelf een nieuw. Maar het CBb vernietigt het voorschrift niet omdat het niet aan de mededingingsrechtelijke bezwaren tegemoet kan komen, maar omdat het gedragsvoorschrift in strijd komt met de door de Grondwet gegarandeerde persvrijheid. Wellicht is daarin een reden gelegen dat het CBb meende wel zelf te kunnen voorzien.<sup>294</sup>

De vraag is welke toetsingsmaatstaf wordt aangelegd bij toetsing van remedies. In het EG-recht wordt gesproken over een 'ruime beoordelingsbevoegdheid' van de Commissie, zodat moet worden getoetst of er 'geen kennelijke beoordelingsfout is gemaakt'.<sup>295</sup> Dat geldt zowel in de eerste fase als in de tweede fase, waarvan ook wel wordt gesteld dat de Commissie een 'ruime beoordelingsvrijheid' heeft vanwege de 'ingewikkelde economische beoordelingen' bij het opleggen van remedies.<sup>296</sup> De ruimte die de Commissie krijgt, is derhalve vrij groot; getoetst wordt of de verbintenissen evenredig zijn.<sup>297</sup>

Zo is een kennelijke beoordelingsfout niet gelegen in het feit 'dat de door verzoekster voorgestelde verbintenissen niet zijn opgelegd', noch 'kan het feit dat ook andere verbintenissen hadden kunnen worden aanvaard, of dat deze voor de mededinging zelfs gunstiger zouden zijn geweest, niet tot nietigverklaring van de beschikking leiden indien de

---

291 Zie gev. zaken C-68/94 en C-30/95, Kali & Salz.

292 Zie Ersboll 2001, p. 364.

293 Zie zaak T-290/94, Kaysersberg SA, ov. 191. Vgl. Van Ginneken 2001, p. 35.

294 CBb 5 december 2001, Wegener.

295 Zaak T-177/04, Easyjet ov. 128; zie voor de rechterlijke bevestiging van de afwijkende toetsing van toezeggingen bij artikel 81/82 EG, namelijk indringender, zaak T-170/06, Alrosa; en daarover ook Van de Hel 2008, p. 247.

296 Zaak T-251/00, Lagardère.

297 Vgl. zaak C-202/06, P, Cementbouw, ov. 54.

Commissie redelijkerwijze heeft kunnen oordelen dat de in de beschikking opgenomen verbintenissen de ernstige twijfel konden wegnemen'.<sup>298</sup>

Bij toetsing van voorschriften verbonden aan een vergunning wordt door het CBb een onderscheid gemaakt tussen toetsing van de materiële beoordelingsnorm en toetsing van de voorschriften. Remedies worden door het CBb, anders dan dat de rechtbank deed, *marginiaal* getoetst.

De rechtbank stelde in Wegener dat van 'voorschriften en beperkingen dient te worden bezien of zij noodzakelijk, adequaat en proportioneel zijn, en of zij overigens rechtmatig zijn' en toetst niet op een marginale wijze.<sup>299</sup> Het CBb overweegt echter: 'dat in het bijzonder nagegaan moet worden of de d-g NMa zich *in redelijkheid* op het standpunt heeft kunnen stellen dat het naleven [van de voorschriften] noodzakelijk is om de concentratie vergunningwaardig te doen zijn'. De taak van de rechter is 'in het bijzonder na te gaan of de voorschriften *niet onevenredig* zijn in verhouding met het ermee nagestreefde doel'.<sup>300</sup> De evenredigheid wordt mede afgeleid uit het feit dat de voorschriften door de partijen zijn voorgesteld. Of zij ook adequaat en noodzakelijk zijn, is in Wegener in hoger beroep niet meer expliciet aan de orde.

Analytisch gezien zou men twee beslissingen kunnen onderscheiden: de vraag *of* remedies worden opgelegd, waarbij beleidsvrijheid aan de orde zou kunnen zijn, en de vraag of de remedies, *als* zij zijn verbonden aan de vergunning, toelaatbaar (vooral: niet onevenredig) zijn, waarbij sprake kan zijn van beoordelingsvrijheid. Het CBb onderscheidt dit niet, de marginale toets kan op beide elementen slaan. De gegunde beslisruimte is gezien het karakter van remedies voor de hand liggend: samen met de partijen dient de NMa ruimte te krijgen om naar een oplossing van de gesignaleerde problemen te zoeken. Die kunnen verschillende vormen aannemen, en het is primair aan de NMa om daaruit een keuze te maken. De ruimte is (natuurlijk) niet onbeperkt: 'meer eisen dan nodig is om de marktstructuur te herstellen is niet geoorloofd, maar minder ook niet'.<sup>301</sup> In die zin is hier, bij het CBb althans, opnieuw sprake van *impliciete* convergentie – het EG-recht komt niet ter sprake – die weliswaar het gevolg is van de materiële wettelijke convergentie, maar niet rechtstreeks is gebaseerd op de EG-rechtelijke toetsing van de beslisruimte van de Commissie.

## 5.5 Slotopmerking

Over convergentie in de toetsing kan samenvattend worden opgemerkt dat de *rechtbank* voor de toetsingsintensiteit aansluiting zoekt bij EG-jurisprudentie, maar het *CBb* de eigen wijze voortzet, zoals ook bij bewijsrechtelijke aspecten. Voor de toetsing van tweedefasebesluiten, waarbij een vergunning (gedeeltelijk) wordt geweigerd, levert dat op dat – net als de toetsing van de beslisruimte van de Commissie door het Hof niet precies past in de algemene nationale doctrine – de 'zekere beoordelingsvrijheid' van het CBb, zonder dat deze beperkt blijft tot een marginale toets, ook niet past. Het wordt echter niet geheel duidelijk of het CBb nu wel of niet

---

298 Zaak T-177/04, Easyjet ov. 128.

299 Vgl. Van Ginneken 2001, p. 37.

300 CBb 5 december 2001, Wegener.

301 De Muynck 2002, p. 34.

bij het EG-rechtelijke kader voor toetsing van concentratiebesluiten wenst aan te sluiten. Dat geldt ook voor de toetsing van complexe economische analyses. Waar bij de rechtbank complexiteit, net als in het EG-recht, aanleiding is voor een afstandelijker toets, lijkt het CBb dit af te wijzen. Verschillende auteurs hebben opgemerkt dat de aansluiting bij het EG-recht ook niet nodig is.<sup>302</sup> Inderdaad geldt er geen verplichting om voor de toetsingswijze aansluiting te zoeken bij het EG-recht (zie par. 2). Net als voor bewijsrechtelijke aspecten is in het EG-recht echter in die zin inspiratie te vinden, dat nuances in toetsingswijze aan de orde zijn gekomen bij het Hof en een samenhangende toetsing vanuit de materiële wettelijke convergentie, niet onlogisch is. Op de vraag of die aansluiting wenselijk is,<sup>303</sup> en voor wie (vergelijk hoofdstuk 3, par. 5.3) wordt in hoofdstuk 9, aan de hand van de eisen van effectieve rechtsbescherming, nader ingegaan.

De toetsing door rechtbank en CBb verschilt in essentie niet van elkaar; er is minder een verschil in nadruk dan tussen Gerecht en Hof, waarbij de functie van het Hof verdragsrechtelijk is beperkt tot rechtsvragen. Het CBb is daadwerkelijk een tweede feitenrechter en minder een cassatierechter. Met andere woorden, zowel de rechtbank – wiens functie het ook niet primair zou hoeven zijn – als het CBb, waarover van mening kan worden verschild of dit zijn functie zou moeten zijn – geven over het algemeen blijk van minimalistisch rechtspreken.<sup>304</sup> Het CBb geeft wel algemene aanwijzingen over de wijze van toetsing van tweedefasebesluiten (de Essent-uitspraak is in dat opzicht een voorbeeld van een uitspraak die ‘wide’ kan worden genoemd), maar doet dit minder bij toetsing van de materiële vraagstukken.

## 6 CONCLUSIE OVER CONVERGENTIE IN HET CONCENTRATIETOEZICHT

De algemene conclusie van dit hoofdstuk is dat de wettelijke materiële convergentie door de rechter expliciet wordt gevolgd. Dat neemt niet weg dat voor sommige materiële aspecten van het concentratietoezicht, bijvoorbeeld remedies, het EG-recht niet wordt genoemd, terwijl de wettelijke bevoegdheden voor de NMa en de Commissie gelijk zijn en de NMa in zijn beleidsregels expliciet aanhaakt bij Commissiebeleid. Voor de procedures is sprake van een gedeeltelijke rechterlijke aansluiting. Wettelijke convergentie is hier ook minder aanwezig. De convergentie voor bewijsrechtelijke aspecten en voor toetsing blijkt voor de rechtbank en het CBb verschillend te zijn: waar de rechtbank aansluiting zoekt bij verschillende typen EG-rechtelijke precedënten, vaart het CBb een zelfstandige koers. Die koers wijkt inhoudelijk niet noodzakelijkerwijs af van de koers die door het Hof wordt gevaren, maar is daar niet expliciet op gebaseerd. De convergentie is impliciet en indirect: het gevolg van de tweevoudige invloed van enerzijds de ‘gewone’ nationale regels voor bewijs en toetsing en anderzijds de geconvergeerde wettelijke bepaling.

---

302 Zie bijv. Leeflang & Mortelmans 2002; Van Ginneken 2001.

303 Vgl. Ottervanger en Veldhuis 2005, p. 156, die een variant van het rechtszekerheidsargument naar voren brengen die ook door De Muynck 2001 wordt genoemd. Vanuit EG-perspectief vergelijkbaar: Bay & Ruiz Calzado 2005, p. 442-443.

304 Zie Sunstein 2008; en hoofdstuk 4, par. 4.

– *Rechterlijke convergentie*

De *materiële convergentie* heeft in het concentratietoezicht vooral vorm gekregen door middel van transplantaties (zie hoofdstuk 3, par. 3); zowel begrippen als materiële norm zijn overgenomen uit de concentratieverordening (par. 2.3). De aansluiting bij het EG-recht komt bij de nationale mededingingsbestuursrechter naar voren bij de invulling van begripsbepalingen (par. 3.2), en ook, zij het minder sterk, bij de toepassing van de materiële beoordelingsnorm (par. 3.3). Deze algemene houding ten aanzien van materiële convergentie, die een direct gevolg is van de wettelijke convergentietechniek, neemt niet weg dat als de concentratieverordening of het communautaire beleid wijzigt, deze wijziging op nationaal niveau niet kan worden gevolgd zonder daaraan voorafgaande wetwijziging (par. 3.3.1).

Het onderzoekspunt van dit proefschrift, de veronderstelling dat materiële convergentie ook convergentie voor de daarmee samenhangende *bewijsregels* meebrengt (zie hoofdstuk 1, par. 3), wordt maar gedeeltelijk bewaarheid. In ieder geval het CBb laat zich voor bewijsrechtelijke aspecten niet expliciet leiden door communautaire bewijsregels in het concentratietoezicht. Zelfs bewijsregels die dicht bij de materiële bepaling liggen, zoals sommige bewijsvermoedens, gelden niet noodzakelijkerwijs ook in de nationale context (zie par. 4.2.3). Voor het overige sluit de rechtbank soms voor bewijsrechtelijke aspecten aan bij het EG-recht, maar vaker, en bij het CBb eigenlijk steeds, worden de nationale regels van bewijsrecht ten aanzien van de bewijsmaatstaf, de bewijslastverdeling en bewijsmiddelen toegepast (par. 4.1; 4.2; 4.3 en 4.4). De bewijsmaatstaf lijkt daarbij af te wijken van de EG-maatstaf voor verbodsbeschikkingen, maar voor het overige lijken de algemene bewijsregels grotendeels gelijk. De convergentie is impliciet, zodat moet worden bezien of zij verklaard kan worden door andere oorzaken dan de wettelijke materiële convergentie (vergelijk hoofdstuk 3, par. 4.4). Bewijs en wettelijke bepaling kunnen echter niet los van elkaar worden gezien. Zodoende geldt een indirecte beïnvloeding via twee sporen: het ene spoor loopt via de ‘gewone’ algemene nationale regels van bewijs en het andere via de geconvergeerde wettelijke bepaling. Wel brengt de materiële wettelijke convergentie mee dat de op de NMa rustende *onderzoeksplicht* overeenstemt met de op de Commissie rustende onderzoeksplicht; bij de rechtbank is sprake van expliciete convergentie, bij het CBb wederom echter niet.

– *Remedies*

De wettelijke regeling van remedies is met de 2007-wetwijziging voor de bevoegdheden van de toezichthouder gelijkgetrokken aan de EG-regeling (zie par. 2.4). Dat betekent nog niet dat ook de inhoudelijke beoordeling is geconvergeerd. De Mededingingswet bepaalt slechts summier de inhoud van remedies en regelt de procedure rond het aanbieden daarvan niet. De NMa heeft deze ruimte gevuld door beleidsregels, waarbij expliciet wordt aangesloten bij de beleidsregels van de Commissie. Opvallend is dat in de uitspraken, waarvan sommige overigens dateren van voor de beleidsregels van de NMa, het EG-recht in het geheel niet wordt genoemd (par. 3.3.3). Dat geldt ook voor bewijsrechtelijke aspecten en toetsingsaspecten: de ruime beslisruimte die de NMa wordt gegund, stemt wel overeen met de beslisruimte van de Commissie, maar verwezen naar die beslisruimte wordt er niet (par. 4.2.5 en par. 5.4).

– *Economie en toetsing in het concentratietoezicht*

In de toepassing van de materiële beoordelingsnorm spelen *economische concepten* en economische theorieën een grote rol (zie ook hoofdstuk 4, par. 2.5). Toch blijkt dat de conflictgevoeligheid van economie in het concentratietoezicht bij de rechter een veel minder grote rol speelt dan zou kunnen worden verwacht op grond van keuzemogelijkheden en de discussie daarvan in literatuur. Ook bij economische toetsing blijft het EG-recht grotendeels buiten beschouwing, hoewel soms economische vraagstukken worden opgelost door het juridisch aansluiten bij EG-jurisprudentie (zie par. 4.3). Het CBb geeft voor economische rapportages een beoordelings-schema, waardoor de bewijswaarde kan worden beoordeeld. Daarvoor sluit het CBb niet aan bij het EG-recht, maar de toetsing van economische rapporten wordt daarvoor geconcretiseerd (par. 5.3.3).

De NMa beschikt bij de economische beoordeling van de gevolgen van een concentratie over *beslisruimte*, zowel in de eerste als in de tweede fase. Hoe deze beslisruimte moet worden gekwalificeerd en de daarmee samenhangende vraag naar de toetsingsintensiteit, is weliswaar verhelderd ten opzichte van de eerste concentratieuitspraken, maar er blijven enkele onduidelijkheden bestaan. De door het CBb gebruikte terminologie van ‘een zekere beoordelingsvrijheid’ past niet precies in het dichotome beeld dat over het algemeen van toetsingsmodaliteiten in de nationale doctrine wordt gepresenteerd: beoordelingsvrijheid zou leiden tot afstandelijke toets, beoordelingsruimte tot een volle toets (hoofdstuk 4, par. 3.3). Het CBb toetst niet marginaal, maar gebruikt niet de terminologie van niet-marginaal te toetsen beslisruimte. Waar de rechtbank voor toetsing van de materiële beoordeling aansluit bij het EG-recht, doet het CBb dat niet; althans niet expliciet. Juist omdat de toets niet in het nationale doctrinaire schema past, zou men daaruit kunnen afleiden dat het CBb zich heeft laten leiden door de EG-rechtelijke toets, die immers evenmin in het nationale plaatje past (par. 5.3.3). De beslisruimte kan zich dan niet alleen beperken tot de *kwalificatie* van de feiten, maar ook, bijvoorbeeld in de economische dataverzameling, in het *vaststellen* van de feiten (vergelijk hoofdstuk 4, par. 2.4). Het CBb maakt dat echter niet expliciet. Toch kan het van belang zijn om te weten of het CBb de EG-rechtelijke toetsingsmodaliteit volgt (voorzover deze helemaal duidelijk is), omdat daarmee ook de toetsing van andere onderdelen van concentratiebesluiten zou kunnen worden bepaald.

– *Procedures*

De *procedures* van het concentratietoezicht zijn slechts gedeeltelijk overgenomen uit het communautaire concentratietoezicht. Veel procedurele voorschriften die gelden voor de Commissie, zijn voor de NMa niet apart geregeld: de algemene regels van de Awb gelden, eventueel aangevuld met specifieke bepalingen van de Mededingingswet (par. 2.2). Waar procedurele voorschriften afwijken van de EG-regels, past de nationale rechter de nationale regels toe (par. 3.1). Maar als de Mededingingswet zwijgt, dan kan een door de NMa overgenomen Commissiepraktijk stilzwijgend worden goedgekeurd (zoals bij het verbinden van remedies aan een eerstefasebesluit). In de Awb en de Mededingingswet ontbreken over het algemeen specifieke bepalingen voor de bescherming van rechten van verweer in concentratieprocedures, zoals zij wel zijn vormgegeven op communautair niveau. De rechter vult deze ruimte vooralsnog niet in. In het EG-recht is het wel het Hof dat aan rechten van

verdediging invulling heeft gegeven (ondertussen ook neergelegd in communautaire regelingen), en eenzelfde beschermingsniveau van rechten van verweer als bij het kartelverbod heeft opgedragen. Hoewel enkele aspecten van verdedigingsrechten bij de rechter wel aan de orde zijn gekomen, nemen zij vooralsnog een ondergeschikte plaats in (par. 5.1).

– *Onduidelijkheden in materiële beoordeling, bewijs en toetsing*

Een groot aantal aspecten van het materiële concentratietoezicht, zoals efficiënties en andere verweren, het bewijsrecht, zoals bewijsmaatstaf of bewijslastverdeling bij verweren, en de toetsing, bijvoorbeeld de plaats van complexe economische analyses, is nog onduidelijk; althans, daarover heeft de nationale rechter zich niet gebogen of helder uitgesproken. De reden daarvoor kan zijn dat in het concentratietoezicht minder snel wordt geprocedeerd dan bijvoorbeeld bij de handhaving van het kartelverbod (zie par. 2.1); de rechter heeft minder gelegenheid tot opheldering en er zijn relatief weinig concentratie-uitspraken. Maar de reden dat sommige elementen niet duidelijk zijn, kan ook zijn gelegen in de tendens tot het doen van minimalistische uitspraken. Zoals gezegd valt het ook op dat de toetsing van het CBb niet wezenlijk anders is dan die van de rechtbank: een verschil in rol, zoals tussen Gerecht en Hof verdragsrechtelijk is genormeerd, is op nationaal niveau (logischerwijs) niet te zien. Ook in het EG-recht is het concentratietoezicht nog in ontwikkeling, de plaats en de inhoudelijke beoordeling van vooral efficiënties is bijvoorbeeld vrijwel onontgonnen gebied, maar toch zijn in jurisprudentie van het Hof algemene lijnen te vinden en bovendien nuances te zien die in het nationale recht vooralsnog niet aan de orde zijn geweest. Zo is wat de materiële beoordelingsnorm betreft bijvoorbeeld niet expliciet ter sprake gekomen of de *doelstelling* van nationaal concentratietoezicht hetzelfde is als de doelstelling van Europees concentratietoezicht (al is in Wegener wel een remedie verbonden aan de vergunning, die vooral gericht is op het instandhouden van pluriforme media). De doelstelling is van belang voor de beoordeling van de gevolgen van de concentratie, de inhoudelijke betekenis van efficiënties en de inhoud van remedies en hoeft niet noodzakelijkerwijs steeds precies dezelfde inhoud te hebben of tot dezelfde weging van deelbelangen te komen als in het communautaire concentratietoezicht.

– *Gebruik van Commissie-instrumenten door de nationale rechter*

Als het EG-recht ter sprake komt, wordt, net als bij de inhoudelijke beoordeling van begrippen, verwezen naar verschillende typen EG-instrumenten; dit kan jurisprudentie van het Hof betreffen, maar ook beleidsdocumenten en beschikkingen van de Commissie. In hoofdstuk 6 (par. 6) ben ik reeds op de problematische kanten van de verschillende typen verwijzingen ingegaan. De daar geformuleerde algemene bezwaren – de complexe hiërarchische verhouding, de vraag of Commissiebeleid wel transplantabel is, het bewaken van de eigen rechterlijke ruimte die de wetgever heeft opengelaten – gelden ook hier. Daar zij naar verwezen, met dien verstande dat moet worden toegevoegd dat de Masterfoods-problematiek vanwege het principe van de one-stop-shop in het concentratietoezicht niet speelt. Daarnaast geldt dat uit het geheel van concentratie-uitspraken van de nationale mededingingsbestuursrechter, in vergelijking met het geheel van karteluitspraken, de innige verbinding met het EG-recht minder aanwezig lijkt. Minder dan bij uitspraken over artikel 6 Mw worden EG-instrumenten, waaronder Commissiebeschikkingen, als juridisch precedent



gebruikt waar de wettelijke techniek een dergelijk gebruik niet direct meebrengt. Vaker lijken Commissiebeschikkingen als bewijsmiddel te worden ingezet, als deel van het geheel aan bewijsmiddelen. Een ander punt van aandacht ten aanzien van Commissiebeleid, is dat de NMa in de eigen beleidsregels over remedies aangeeft dat haar beleid aansluit bij Commissiebeleid. Dit beleid van de NMa en het ‘eigen’ gemaakte beleid van de Commissie is in uitspraken echter niet aan de orde gekomen. Deze wijze van verheldering van de status van Commissiebeleid op nationaal niveau sluit echter aan bij de opmerkingen die ik maakte in hoofdstuk 6, par. 6 over de onduidelijkheid hieromtrent. In hoofdstuk 9 kom ik op dit punt terug.

– *Slotopmerking*

Een aspect dat ten slotte nog aandacht verdient, is de veronderstelde samenhang tussen bewijsmaatstaf en toetsingsintensiteit. De stelling dat een hoge bewijsmaatstaf samengaat met een intensieve toets (en andersom), lijkt voor het nationale concentratietoezicht niet op te gaan. Maar ook voor het communautaire concentratietoezicht klopt deze veronderstelling niet, althans niet in de automatische zin zoals zij naar voren wordt gebracht. Ontegenzeggelijk is tussen toetsing en bewijs een verband, maar twee zijden van een medaille zijn ze niet precies: hoge eisen aan het bewijs kunnen samengaan met een niet-volle toets, vanwege de beoordelingsmarge die aan de Commissie wordt gegund (zie par. 5.3.3). Een punt van toetsing dat in het EG-recht aandacht krijgt en die de samenhang wel benadrukt, is dat bij complexe analyses de toetsing terugtrekt, – hier bevindt zich beslisruimte – maar dat de toets aan procedurele voorschriften van zorgvuldigheid en motivering aan belang wint. Deze vorm van toetsing komt niet terug in de nationale wijze van toetsen; de rechtbank lijkt daarbij wel aan te willen sluiten, maar het CBb laat dit in het midden. Dat is niet verwonderlijk als ervan uit wordt gegaan dat de toets aan procedurele voorschriften in het nationale systeem van toetsing altijd – ook bij een marginale toets – al vol is (par. 5.3.3). Daarbij kan toetsing aan deze beginselen echter wel twee kanten op gaan: ten eerste als ‘excuus’ voor een niet-inhoudelijke toets vanwege het respecteren van de beslisruimte van de NMa bij economische beoordelingen, waarbij de toets aan motivering en zorgvuldigheid een puur formele invulling krijgt. Het resultaat is dan een niet-inhoudelijke toets. Toetsing aan deze beginselen kan echter ook een sluiproute vormen om ondanks het respecteren van beslisruimte dicht bij een volledig materiële beoordeling van het concentratiebesluit te kunnen komen. Dat laatste lijkt de richting van de EG-toets te zijn (zie hoofdstuk 4, par. 3.4.3).



## 8 De afwijzing van klachten en prioritering

### 1 INLEIDING

De taak van de NMa is het handhaven van de Mededingingswet. Dat doet zij mede op basis van bij haar ingediende klachten over vermeende inbreuken. Klachten kunnen afkomstig zijn van concurrenten, van klanten of van bezorgde burgers. Dat is ook zo in het EG-mededingingsrecht. De klacht, zo is bepaald in uitspraken van de nationale mededingingsbestuursrechter waarbij de klacht als aanvraag werd aangemerkt om haar in te passen in het Awb-systeem (zie hoofdstuk 5), wordt in de nationale context geacht te zijn gericht op handhaving. In het mededingingsrecht is echter geaccepteerd dat niet op elke klacht een inhoudelijke behandeling van de handavingsaanvraag hoeft te volgen. De toezichthouder kan het belang van de klacht afwegen tegen andere belangen, en bezien of hij deze klacht daadwerkelijk zal onderzoeken. De NMa voert daartoe, net als de Commissie, een prioriteringsbeleid.<sup>1</sup> Ook nadat een klacht de weging van prioritering is gepasseerd, kan deze na onderzoek worden afgewezen; zelfs is het mogelijk dat een klacht leidt tot een rapport, maar toch wordt afgewezen, omdat alsnog wordt besloten de beklagde onderneming geen sanctie op te leggen. Het is ook mogelijk dat de NMa naar aanleiding van een klacht komt tot een vorm van alternatieve afdoening. Sinds de 2007-wijziging van de Mededingingswet kan een klacht bovendien worden afgewezen doordat een toezeggingsbesluit wordt genomen of door een bindende aanwijzing. De meeste klachten leiden uiteindelijk *niet* tot handhaving in de zin van het opleggen van een sanctie.

De afwijzing van de klacht staat in dit hoofdstuk centraal. Daarbij maak ik onderscheid tussen afwijzing op grond van prioritering en afwijzing na onderzoek naar de gegrondheid van de klacht (inhoudelijke afwijzing). Informele afdoeningen vallen grotendeels buiten dit hoofdstuk, omdat niet steeds sprake zal zijn van een besluit. De centrale vraag is of bij de mededingingsbestuursrechter bij de beoordeling van afwijzingsbesluiten sprake is van convergentie met EG-rechtelijke normering van afdoening van klachten. Daartoe volgt hierna eerst het wettelijk kader (par. 2); vervolgens een analyse van convergentie bij de rechter (par. 3); bewijsrechtelijke aspecten (par. 4); toetsing van afwijzingsbesluiten (par. 5); en een slotparagraaf (par. 6).

Dit hoofdstuk is het laatste hoofdstuk waarin rechtspraak van de Nederlandse mededingingsbestuursrechter wordt onderzocht. Het hoofdstuk hangt nauw samen

---

<sup>1</sup> Het prioriteringsbeleid omvat zowel het stellen van prioriteiten door de toezichthouder bij diens ambtshalve optreden, als de mogelijkheid een optreden op aanvraag (een klacht) af te wijzen zonder daartoe inhoudelijk onderzoek te doen; vgl. Ottow 2006, p. 293. Het laatste is in dit hoofdstuk aan de orde.

met hoofdstuk 5, waarin de toegangsvraag werd geanalyseerd, omdat alleen als een klacht als aanvraag wordt gezien, de afwijzing van een klacht een besluit oplevert. Het hoofdstuk hangt ook nauw samen met de analyse van uitspraken over het kartelverbod van hoofdstuk 6, omdat klachten inhoudelijk vaak gericht zijn op overtreding van dit verbod (of het verbod op het maken van misbruik van machtspositie). Samen met deze hoofdstukken, en hoofdstuk 7 waarin het concentratietoezicht aan de orde kwam, vormt dit hoofdstuk over klachten het geheel van de analyse van nationale mededingingsrechtelijke uitspraken in dit proefschrift. Het onderwerp ‘afwijzing van klachten’ is minder materieelrechtelijk van aard dan toepassing van het kartelverbod of het concentratietoezicht; het bevindt zich op de grens van procedureel recht en materieel recht en raakt beide. Net als de overige analytische hoofdstukken bouwt de navolgende analyse voort op de algemeen uiteengezette theorie ten aanzien van convergentievormen (hoofdstuk 3) en algemene leerstukken omtrent bewijs en toetsing (hoofdstuk 4). In het laatste hoofdstuk van dit proefschrift zullen de gezamenlijke uitkomsten van het convergentieonderzoek worden gezien in het licht van de in hoofdstuk 2 uiteengezette eisen van effectieve rechtsbescherming.

## 2 WETTELIJK KADER

Er is vrijwel geen sprake van wettelijke convergentie. De Mededingingswet bevat geen bepalingen als het gaat om de bevoegdheid tot het behandelen van klachten, de wijze van afhandeling, het afwijzen van klachten en het voeren van een prioriteringsbeleid. Juist omdat wettelijke convergentie ontbreekt, dient langer te worden stilgestaan bij de basis waarop de bevoegdheden en de inhoudelijke normering van afwijzingen in het nationale recht gestoeld zouden kunnen zijn. Daarnaast ga ik in op de bevoegdheid en normering van de uitoefening daarvan van de Commissie, omdat deze als maatstaf kan worden gezien van wat het Hof, waarschijnlijk, zal toestaan als zijnde een voldoende niveau van handhaving van aan het EG-recht ontleende rechten op nationaal niveau. Hierna ga ik in op de bevoegdheden van de NMa, waarbij ik ook stil sta bij de in het omgevingsrecht bekende beginselplicht tot handhaving en normering door het EG-vereiste van effectieve handhaving (par. 2.1). Vervolgens komen aan de orde: de afbakening tussen prioritering en inhoudelijke afwijzingen (par. 2.2.); belangenafweging (par. 2.3); en wettelijke onderzoeksplicht (par. 2.4). Ik sluit deze paragraaf af met een slotopmerking (par. 2.5).

### 2.1 Bevoegdheid van de NMa

Dat de NMa de bevoegdheid heeft om op klachten te reageren door middel van een afwijzingsbeschikking en dat zij bevoegd is tot het stellen van prioriteiten, lijkt wellicht evident. Nu een expliciete bevoegdheidstoekenning in de Mededingingswet ontbreekt, is dat echter niet helemaal vanzelfsprekend.

#### – *Kwalificatie van klacht als aanvraag*

In Verordening 1/2003 is bepaald: ‘wanneer de Commissie, *naar aanleiding van een klacht* of ambtshalve, een inbreuk op artikel 81 of 82 van het Verdrag vaststelt, kan zij bij beschikking de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen

gelasten een einde aan de vastgestelde inbreuk te maken'.<sup>2</sup> Op grond van deze bevoegdheid – en haar voorloper in Verordening 17 – behandelt de Commissie klachten over mededingingsrechtelijke inbreuken. Een dergelijke bepaling ontbreekt in de Mededingingswet. De bepaling op grond waarvan de NMa inbreukbeschikkingen neemt, is artikel 56 Mw; weliswaar is het arsenaal van de NMa met de 2007-wetswijziging uitgebreid tot het opleggen van een bindende aanwijzing,<sup>3</sup> maar de klager wordt nog steeds niet genoemd. In de Mededingingswet ontbreekt de verbinding tussen de bevoegdheid tot het nemen van inbreukbeëindigende beschikkingen of het opleggen van sancties en de klacht. Derhalve diende een creatieve invulling te worden gevonden om op een klacht, net als in het EG-systeem, een besluit te kunnen laten volgen; de klacht werd al snel (ook) door de nationale rechter gekwalificeerd als *aanvraag* in de zin van de Awb. Dit heeft als gevolg dat alleen belanghebbenden een klacht-aanvraag kunnen indienen (zie hoofdstuk 5, par. 5.1). Ook is het gevolg dat op iedere aanvraag een besluit moet volgen, waardoor de behoefte aan een prioriteringsbeleid kan ontstaan. Volgens een vaste lijn in uitspraken van de mededingingsrechter was de klacht-aanvraag gericht op het opleggen van een boete of een last onder dwangsom (zie hoofdstuk 5, par. 5.1). Dit is in zekere mate een fictie (ook na de 2007-wetswijziging waardoor ten aanzien van de bevoegdheden van de NMa sprake is van wettelijke convergentie met de bevoegdheden van de Commissie),<sup>4</sup> maar wel een fictie waardoor de verbinding tussen klacht en bevoegdheid tot het nemen van een beschikking door de NMa tot stand komt. Ook is met deze fictie sprake van convergentie met het EG-systeem.

#### – *Prioriteringsbevoegdheid*

De Mededingingswet bevat geen bepaling waarin is neergelegd dat de NMa een prioriteringsbeleid kan voeren. Ook in de wetsgeschiedenis bij de Mededingingswet wordt aan prioritering weinig aandacht geschonken. Wel wordt daarin genoemd: 'de dienst heeft bij de beslissing of hij een klacht in behandeling neemt en welke *prioriteiten* zij daarbij stelt, de nodige discretionaire ruimte'.<sup>5</sup> De bevoegdheid tot het

---

2 Artikel 7, lid 1 van Verordening 1/2003 (cursief AG); zie ook zaak 210/81, Demo Studio Schmidt, ov. 15.

3 Artikel 56, lid 1 Mw luidt nu: 'ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of van artikel 24, eerste lid, kan de raad (...): a. een boete opleggen; b. een last onder dwangsom opleggen; c. een bindende aanwijzing tot naleving van deze wet opleggen'.

4 Uit de wetsgeschiedenis van de bindende aanwijzing blijkt overigens niet dat convergentie in bevoegdheden tussen NMa en Commissie het primaire doel was; de bron is een amendement met kennelijk als primair doel de bescherming van consumentenbelangen, zie TK 2005-2006, 30 071, nr. 26.

5 MvT, p. 47 (cursief AG). In literatuur wordt ook wel de volgende passage uit de MvT genoemd ter ondersteuning van de prioriteringsbevoegdheid: 'als uit het ingestelde onderzoek blijkt dat er inderdaad een redelijk vermoeden bestaat dat een overtreding is begaan, dan zal besloten moeten worden of er aanleiding is het opleggen van een boete of een last te overwegen. Is de overtreding daarvoor bijvoorbeeld niet ernstig genoeg, dan kan van het opmaken van een rapport worden afgezien. Het gaat hier in wezen om de toepassing van het *opportunitiebeginsel* door de Dienst voor de mededinging. De dienst zal hiervoor geleidelijk een *beleid* dienen te ontwikkelen. Is er sprake van een aanvraag van een derde belanghebbende om bij voorbeeld een last op te leggen, dan zal een beschikking moeten worden gegeven waarin de aanvraag om een van de hiervoor genoemde redenen wordt afgewezen' (MvT, p. 90, cursief AG). Deze passage lijkt bij nadere beschouwing echter niet van toepassing op het prioriteringsbeleid, omdat van een overtreding wordt uitgegaan,

stellen van prioriteiten wordt vooral afgeleid uit artikel 56 Mw, op basis waarvan de NMa een boete en/of last onder dwangsom en/of bindende aanwijzing *kan* opleggen indien een overtreding van de Mededingingswet is vastgesteld. Dit betekent dat de NMa ook kan afzien van handhaving, in ieder geval na vaststelling van een overtreding. Hieruit wordt afgeleid dat de NMa, alvorens tot handhaving over te gaan, de betrokken belangen dient af te wegen en (dus) een prioriteringsbeleid kan voeren,<sup>6</sup> maar evident is dat op grond van de tekst van artikel 56 Mw niet. Het prioriteringsbeleid houdt daarbij in dat een klacht kan worden afgewezen zonder dat naar de gegrondheid daarvan onderzoek wordt verricht; het heeft nadrukkelijk niet alleen betrekking op het vaststellen van een tijdsvolgorde in de behandeling van klachten.

Hoewel ook de Commissie klachten op grond van prioriteiten mag afwijzen, zoals door het Hof is bevestigd (het betreft een bevoegdheid die ‘inherent is aan de uitoefening van het bestuur’)<sup>7</sup> wordt in de wetsgeschiedenis bij de Mededingingswet niet aan deze Commissiebevoegdheid gerefereerd. Er is zelfs geen sprake van een ‘inspiratieverwijzing’ (vergelijk hoofdstuk 3, par. 3). Derhalve is er geen sprake van *wettelijke* convergentie voor de bevoegdheid tot het voeren van een prioriteringsbeleid. De afwezigheid van een verwijzing naar de bevoegdheid van de Commissie of EG-jurisprudentie hieromtrent is opvallend, omdat het voeren van een prioriteringsbeleid op het eerste gezicht op gespannen voet staat met de nationale jurisprudentie over de beginselplicht tot handhaving.

#### – *Prioriteringsbeleid en beginselplicht tot handhaven*

Een prioriteringsbeleid zou op gespannen voet kunnen staan met de vooral door de Afdeling ontwikkelde beginselplicht tot handhaven in, kort gezegd, het omgevingsrecht.<sup>8</sup> De beginselplicht houdt in dat bij een (vastgestelde) overtreding ook daadwerkelijk handhavend dient te worden opgetreden, tenzij er goede redenen zijn om daarvan af te zien.

De standaardoverweging luidt als volgt: ‘gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag het bestuursorgaan weigeren dit te doen. Een bijzondere omstandigheid kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien’.<sup>9</sup>

---

terwijl een prioriteringsbesluit daaraan voorafgaat; veeleer is hier sprake van het afzien van handhaving (vgl. par. 2.2).

6 Vgl. Dekker 2002 b, p. 318; Jurgens 2000; Verhey & Verheij 2005, p. 286-87; Lavrijssen 2006, p. 225.

7 Zaak T-24/90, *Automec II*, ov. 77.

8 Ook in het Europese milieurecht geldt een vergaande verplichting tot handhaving, zie Van de Gronden 1998, p. 322-324.

9 ABRvS 30 juni 2004, JB 2004/293 m.nt. CLFGHA; zie ook Van Buuren e.a. 2005, p. 87; Michiels 2004 b.

De vraag is of deze beginselplicht ook in het economische bestuursrecht moet gelden. Een vergelijking tussen prioriteringsbeleid en beginselplicht is derhalve nuttig.<sup>10</sup> Als immers inderdaad van het algemene bestuursrechtelijke (althans, omgevingsrechtelijke) uitgangspunt wordt afgeweken, – er zou dan sprake zijn van interne divergentie – zou het voor de hand liggen dat deze het gevolg is van convergentie met het EG-mededingingsrecht.

In dit verband is het allereerst van belang op te merken dat de beginselplicht tot handhaven ‘in feite niet meer is dan dat bij de door artikel 3:4 Awb, tweede lid, voorgeschreven belangenafweging de door handhaving gediende belangen zwaar moeten wegen’.<sup>11</sup> Er is niet zozeer een *plicht* tot handhaving als wel een bevoegdheid, zij het met ‘beperkte beleidsvrijheid’.<sup>12</sup> In die zin lijkt deze jurisprudentie niet in de weg te staan aan een prioriteringsbeleid, zoals gevoerd door de NMa, dat eveneens is gebaseerd op de discretionaire bevoegdheid tot handhaven.<sup>13</sup> Ook in het omgevingsrecht wordt de beleidsvrijheid door belangenafweging ingekaderd.<sup>14</sup> Hoewel de belangenafweging op hoofdlijnen overeenkomsten vertoont met de belangenafweging die aan een prioriteringsbesluit ten grondslag ligt, lijkt de ruimte om niet op te treden in het omgevingsrecht echter (veel) meer begrensd.

Er zijn duidelijke verschillen tussen prioritering in het mededingingsrecht en het afzien van handhaving in beginselplichtsituaties. Zo is het moment waarop de beginselplichtjurisprudentie en prioriteringsafwijzingen slaan verschillend: het afzien van handhaving is in het omgevingsrecht primair gericht op het niet gebruiken van bestuursdwang nadat uit onderzoek naar aanleiding van een klacht is vastgesteld dat er een inbreuk is op de regels. Dat is anders in het mededingingsrecht, waar de prioriteringsbeslissing wordt genomen voorafgaand aan een dergelijk onderzoek. Hoewel wel sprake kan zijn van een ‘doorkijkje’ naar de mededingingsrechtelijke situatie, is het niet duidelijk of sprake is van een overtreding.<sup>15</sup> Ook gedogen, waarop de beginselplichtjurisprudentie als reactie kan worden gezien, gaat, anders dan prioritering, uit van een al vastgestelde overtreding.<sup>16</sup> Een tweede verschil is dat, hoewel het begrip ‘prioritering’ ook wordt gebruikt bij het afdoen van klachten in het omgevingsrecht, de betekenis daar beperkt is tot het vaststellen van een tijdsvolgorde

---

10 Een vergelijking met het opportuniteitsbeginsel in het strafrecht zou ook nuttig kunnen zijn, maar ligt vanwege het bestuursrechtelijke karakter van het mededingingsrechtelijke prioriteringsbeleid minder voor de hand.

11 Verhey & Verheij 2005, p. 288.

12 Van Buuren e.a. 2005, p. 87.

13 In literatuur (zie o.a. de vorige voetnoten; Ottow 2006, p. 290-293) wordt hier ook op gewezen. Zie ook de overdenking van Michiels 2004 b, dat de standaardoverweging betrekking heeft op de situatie waarin het bestuursorgaan wel wil optreden, maar dat, vanwege de aan de orde zijnde belangenafweging, *gevergd* wordt dit niet te doen. Derhalve heeft dit niet betrekking op de situatie – zoals meestal in het mededingingsrecht – dat het bestuursorgaan *niet* wil optreden, terwijl een derde dat van hem verlangt. Hoe in zo'n geval de zinsnede ‘in de regel’ moet worden uitgelegd, is ‘niet concludent’.

14 Zie bijv. Van Buuren e.a. 2005, p. 94.

15 Zie ook Dekker 2002 b, p. 317; Verhey & Verheij 2005, p. 288.

16 Anders: Jurgens 2000.

van behandeling. In beginsel worden alle klachten echter onderzocht.<sup>17</sup> Dit is duidelijk anders in het mededingingsrecht, waar prioritering wordt gebruikt om te beslissen welke klachten *niet* worden onderzocht. Dat betekent dat in het algemeen de onderzoeksplicht die op het bestuursorgaan rust, in het omgevingsrecht zwaarder is; een prioriteringsbeslissing in het mededingingsrecht betekent juist afzien van onderzoek naar de gegrondheid van de klacht. Ten derde komt het gebrek aan onderzoekscapaciteit, dat de grondslag lijkt te zijn van het mededingingsrechtelijke prioriteringsbeleid, in de belangenafweging in het omgevingsrecht weliswaar wel terug (in de ‘praktische en financiële bezwaren’ aan de kant van het bestuursorgaan), maar is dit argument in het omgevingsrecht niet de primaire reden om af te zien van handhaving.<sup>18</sup> Dat kan te maken hebben met de situatie dat handhaving van het omgevingsrecht in handen is van (vele) gemeenten en provincies, terwijl er maar één mededingingsautoriteit is. Daarnaast geldt dat legalisering van illegale situaties in het omgevingsrecht de belangrijkste reden is om af te zien van handhaving. Legalisering in de zin dat de gedraging voortduurt, maar geen sprake meer is van een inbreuk, is in het mededingingsrecht echter lastig voorstelbaar.<sup>19</sup> Ten slotte kan worden opgemerkt dat de beginselplichtjurisprudentie dichter ligt bij de situatie waarin de NMa, nadat onderzoek uitwijst dat sprake lijkt te zijn van een inbreuk, toch afziet van het opleggen van een sanctie – hetgeen in de praktijk ook wel voorkomt – dan bij mededingingsrechtelijke prioritering.

Kortom, de beginselplichtjurisprudentie staat aan een prioriteringsbeleid zoals dat in het mededingingsrecht wordt gevoerd niet in de weg. De belangenafweging vertoont overeenkomsten en ook binnen de beginselplicht is sprake van beleidsruimte. Men zou kunnen zeggen dat het enige verschil is dat de ruimte om niet op te treden in het mededingingsrecht een stuk groter is. Dit als een gradueel verschil aanmerken, lijkt echter te kort te doen aan de principiële verschillen tussen de wijze van bevoegdheidsinvulling. Niet alleen is het duidelijkste verschil dat in het omgevingsrecht geldt ‘handhaven is het uitgangspunt’,<sup>20</sup> terwijl dat nu juist niet het geval is in het mededingingsrecht, ook de fase waarin de bevoegdheid tot het niet handhaven naar voren komt, – na de vaststelling van een overtreding of al daarvoor – verschilt. De bevoegdheid van de NMa om geen onderzoek te doen, wijkt derhalve wel degelijk af van de zeer beperkte bevoegdheid in het omgevingsrecht om niet op te treden.

– *EG-rechtelijke eisen aan effectieve handhaving*

Het EG-recht heeft niet alleen invloed via wettelijke convergentie (die ontbreekt) en spontane rechterlijke convergentie (die hierna aan de orde komt). Ook wordt handhaving van het mededingingsrecht beïnvloed via het EG-beginsel van effectiviteit. Dit beginsel vereist dat de autoriteiten van de lidstaten het nodige doen om rechten

---

17 Zie bijv. de volgende overweging uit het handhavingsprogramma van de gemeente Middelharnis: ‘voor alle duidelijkheid, de *prioriteitenstelling* is niet bedoeld om te bepalen welke zaken wel en welke zaken niet worden aangepakt, maar om een *tijdsvolgorde* in de aanpak van de overtredingen aan te brengen’ (cursief AG).

18 Vgl. Jurgens 2000, p. 85.

19 Behalve onder artikel 25 Mw; vgl. Dekker 2002 b, p. 319.

20 Van Buuren e.a. 2005, p. 89.



van burgers (ontleend aan het EG-recht) te handhaven, en omvat verplichtingen die niet alleen de rechter betreffen (zie hoofdstuk 2), maar ook handhavingsverplichtingen voor de toezichthouder. Het Hof heeft in dit kader een ‘doelgebonden handhavingsplicht’ ontwikkeld.<sup>21</sup> De handhaving dient gelijkwaardig, doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend te zijn. Voor decentrale handhaving van delen van het Europese recht, zoals het EG-milieurecht, wordt hieruit een vrij algemene handhavingsverplichting afgeleid,<sup>22</sup> maar in literatuur wordt deze jurisprudentie in relatie tot het economische bestuursrecht ook wel gerelativeerd: ‘ook het gemeenschapsrecht [eist] niet meer dan een redelijk niveau van handhaving’.<sup>23</sup> Tegelijkertijd wordt voor de telecommtoezichthouder, waar weliswaar de verbinding tussen nationaal en Europees materieel recht nog inniger is dan in het mededingingsrecht, gesteld dat ‘de ruimte (...) om niet tot handhaving over te gaan kleiner is dan in een zuiver nationale (interne) situatie’.<sup>24</sup> Dat laatste zou ook kunnen gelden voor de NMa, die immers artikel 81 en 82 EG dient toe te passen. Dit levert in de praktijk de situatie op dat het EG-rechtelijke kader de bevoegdheid tot niet-handhaving reguleert als daardoor verdergaande eisen worden gesteld dan op grond van het nationale recht. De procedurele autonomie wordt hier ingeperkt (vergelijk hoofdstuk 2, par. 2.2). Wat het EG-rechtelijke kader echter in de praktijk precies inhoudt, is niet helemaal duidelijk. Het is bijvoorbeeld onduidelijk of het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming ook kan worden ingezet in de ‘regulatory verhouding’ tussen de klager en de NMa en zo zou kunnen worden gebruikt als zwaard tot het aanzetten van de NMa tot het doen van een inhoudelijk onderzoek naar de gegrondheid van een klacht die betrekking heeft op artikel 81 of 82 EG (zie hoofdstuk 2, par. 2.4). Wel lijkt het logisch te veronderstellen dat van de NMa niet meer wordt verlangd dan dat het Hof zelf van de Commissie eist. Tegelijkertijd is dit niet zeker: het meten met twee maten is het Hof niet vreemd, gezien de verdergaande eisen die soms aan toegang tot de nationale rechter worden gesteld dan worden toegepast bij toegang tot het Gerecht en Hof (vergelijk hoofdstuk 5). Niettemin lijkt het onwaarschijnlijk dat een nationaal prioriteringsbeleid dat aan dat van de Commissie gelijkwaardig is, en dat aan het vereiste van non-discriminatie voldoet, – wat in algemene zin waarschijnlijk lijkt – in het kader van de eisen van effectieve handhaving als té restrictief zou worden aangemerkt. Het gaat echter om het gehele plaatje: niet alleen de uitvoering bij de NMa, maar ook de controle op die uitvoering door de rechter mag het voor een rechtzoekende niet onmogelijk maken om zijn aan het EG-recht ontleende subjectieve rechten te kunnen invoeren. Daarom wordt hierna, ook waar wettelijke en expliciete rechterlijke convergentie ontbreekt, steeds stilgestaan bij de EG-rechtelijke normering van optreden van de Commissie.

## 2.2 Afbakening

De grens tussen de afwijzing van een klacht op grond van prioritering en een inhoudelijke afwijzing kan lastig zijn vast te stellen, met name wanneer de inhoudelijke

---

21 Jans e.a. 2002, p. 266; Verhey & Verheij 2005, p. 288; voor het telecommunicatierecht Ottow 2006, p. 294.

22 Bijv. Van de Gronden 1998, p. 322-324.

23 Verhey & Verheij 2005, p. 289.

24 Ottow 2006, p. 296.

afwijzing is gebaseerd op summier onderzoek waarbij slechts wordt vastgesteld dat er geen aanwijzingen zijn voor een inbreuk, of de prioriteringsbeslissing is gebaseerd op de verwachting dat er geen inbreuk zal worden vastgesteld. Het onderscheid blijkt echter van belang voor de op de NMa rustende onderzoeksplicht en de toetsing door de rechter.

– *Definitie*

De NMa geeft soms uiting aan het prioriteringsbeleid zonder dat expliciet in het besluit te noemen;<sup>25</sup> alleen al om die reden dient een criterium dat aansluit bij het opschrift van een besluit, te worden afgewezen. Een *inhoudelijk* criterium lijkt te kunnen worden gevonden in de beslissing om al dan niet nader onderzoek in te stellen naar de gegrondheid van de klacht. Een prioriteringsbesluit betreft (in zekere zin) het eerste moment van beoordeling en houdt in dat geen nader onderzoek zal worden ingesteld, omdat een weging van de betrokken belangen daartoe niet noopt. Over de materiële gedraging wordt geen definitief standpunt ingenomen. Daarentegen bevat een inhoudelijke afwijzing een oordeel over de gegrondheid van de klacht. Ook EG-rechtelijke jurisprudentie maakt een onderscheid tussen het besluit een klacht af te wijzen op grond van een gebrek aan prioriteit en een inhoudelijke afwijzing. Een prioriteringsafwijzing is gebaseerd op een gebrek aan communautair belang. De kern van een inhoudelijke afwijzing is daarentegen dat er op basis van een onderzoek naar de feiten wordt vastgesteld dat geen sprake is van een inbreuk.

– *Afbakeningsproblemen*

Er zijn afbakeningsproblemen. Ten eerste zal hierna blijken dat voor de belangenafweging die ten grondslag ligt aan prioritering, enig inhoudelijk onderzoek noodzakelijk kan zijn. Daarbij is de term ‘onderzoek’ niet direct duidelijk. Over het algemeen wordt niet de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden (neergelegd in de Awb en de Mw) bedoeld, maar ook de zorgvuldige voorbereiding van een besluit (artikel 3:2 Awb). Dat kan inhouden dat achter het bureau, en slechts op basis van de gegevens van de klager, wordt beargumenteerd waarom tot afwijzing wordt overgegaan. Het onderzoek kan derhalve geheel vallen in de fase voorafgaand aan het instellen van een onderzoek in de zin van de Mededingingswet.<sup>26</sup> Ten tweede hoeft ook een inhoudelijke afwijzing van een klacht geen definitief standpunt over de betrokken gedraging in te houden: een gebrek aan bewijs kan eveneens ten grondslag liggen aan een inhoudelijke afwijzing en staat een volgende klacht over dezelfde gedraging niet in de weg. Daarnaast (ten derde) blijkt het feit dat er geen aanwijzing is voor een inbreuk, aanleiding te zijn de klacht inhoudelijk af te wijzen, maar kan dit ook een reden zijn voor afwijzing wegens gebrek aan prioriteit. De grens wordt bovendien vervaagd doordat de nationale rechter stelt dat ook na een inhoudelijk (tekortschietend) onderzoek de klacht nog op grond van prioriteringsbeleid kan worden afgewezen, zoals hierna blijkt. Ook kan de NMa, wanneer het onderzoek het stadium bereikt van het uitbrengen van een rapport en de beklagde

---

25 Bijv. in het besluit dat ten grondslag ligt aan de CNV-uitspraak: besluit van 24 oktober 2006, zaak 5170-37.

26 In het Engels lijkt de terminologie minder een probleem: de Commissie beschikt over ‘investigative powers’, die zij in het kader van haar ‘examination’ van een klacht kan inzetten.

onderneming in de procedure is betrokken, toch afzien van het opleggen van een sanctie of bindende aanwijzing,<sup>27</sup> bijvoorbeeld bij een gedragwijziging van de beschuldigde onderneming.<sup>28</sup> De klacht wordt dan alsnog afgewezen.

Sinds de 2007-wetswijziging is het voor de NMa mogelijk om een toezeggingsbesluit te nemen.<sup>29</sup> Daarmee is de bevoegdheid van de NMa wettelijk gelijk geworden aan de bevoegdheid van de Commissie; anders dan bij de mogelijkheid tot het geven van een bindende aanwijzing ligt deze wens tot convergentie ook expliciet ten grondslag aan de bevoegdheidstoekenning.<sup>30</sup> Vanuit de fictie dat een klacht een aanvraag is, gericht op handhaving in de zin van artikel 56 Mw, betekent dit dat met een toezeggingsbesluit de klacht wordt afgewezen, ook al kan de klager materieel gelijk hebben gekregen. Het toezeggingsbesluit vertroebelt de afbakening tussen prioritering en inhoudelijke afwijzing ook omdat een toezeggingsbesluit in elk stadium van onderzoek kan worden genomen.<sup>31</sup> Een toezegging lijkt derhalve als grondslag voor een prioriteringsbeslissing te kunnen dienen, maar een prioriteringsbeslissing kan ook genomen worden na onderzoek naar de gegrondheid van de klacht, en zelfs pas na het opstellen van een rapport. Het toezeggingsbesluit bevat echter, net als een prioriteringsbesluit en anders dan een inhoudelijke afwijzing, geen ‘oordeel over de verenigbaarheid van de gedraging’ met de Mededingingswet.<sup>32</sup> Welke stand het onderzoek ook heeft, de beklagde onderneming is steeds noodzakelijkerwijs betrokken, terwijl dat niet nodig is bij een ‘gewoon’ prioriteringsbesluit of inhoudelijke afwijzing voordat een rapport wordt uitgebracht. De vraag is derhalve hoe de verhouding tussen toezegging en afwijzing van een klacht vorm krijgt; de toezegging is in ieder geval, anders dan informele afdoeningen waarvoor zij in de plaats kan komen, een voor beroep vatbaar besluit.<sup>33</sup>

### 2.3 Normering voor belangenafweging

Nu de Mededingingswet geen regels bevat over prioritering, en dergelijke beslissingen besluiten zijn, – zij volgen op de aanvraag van een belanghebbende om handhaving – wordt het algemene kader gegeven door de Awb. Voor het prioriteringsbeleid is met name artikel 3:4 Awb van belang: het bestuursorgaan dient bij de voorbereiding van een besluit alle betrokken belangen tegen elkaar af te wegen. De vraag is welke belangen dat zijn. In literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen de belangen van de klager, van de beklagde onderneming en het algemeen belang van de NMa.<sup>34</sup>

---

27 Zie bijv. CBB 17 november 2004, Carglass; en ook besluiten van de NMa in bijv. zaak Taxi Centrale Rotterdam, 23 mei 2001, zaak 2228; Entrade-Gasunie, 29 maart 2002, zaken 1119, 1719 en 2487; en Bovag NCBRM, 19 oktober 2006, zaak 2973/365.

28 Vgl. Wesseling e.a. 2007, p. 202.

29 Zie artikel 49a, lid 1 Mw.

30 Zie TK 2005-2006, 30 071, nr. 19.

31 Zie artikel 49a, lid 3 Mw.

32 Artikel 49a, lid 3 Mw.

33 De vraag of het toezeggingsbesluit van de Commissie ook een appellabele beschikking is, en voor wie, wordt *niet* eenduidig beantwoord: vgl. Cook 2006 met Sousa Ferro 2005 (en zie over deze Commissiebevoegdheid ook Temple Lang 2003 c; Furse 2004; Schweitzer 2008).

34 Dekker 2002 b, p. 318-320; Jurgens 2000; Van der Woude 1998.

– *Betrokken belangen*

De NMa treedt niet op in het individuele belang van de *klager*.<sup>35</sup> Diens belangen kunnen wellicht ook beschermd worden door een civiele actie, hoewel het de vraag is of die mogelijkheid voldoende is (of zou mogen zijn) voor een afwijzing op grond van prioritering.<sup>36</sup> Verder wordt wel naar voren gebracht dat voortdurende schade voor de klager van belang kan zijn bij de prioriteringsafweging.<sup>37</sup> Wat anderzijds de belangen van de *beklaagde onderneming* betreft, is het ‘moeilijk (...) in te zien welk belang van de onderneming zwaarder zou wegen dan handhaving’.<sup>38</sup> Gedacht zou echter kunnen worden aan het in het omgevingsrecht zwaarwegende belang van legalisering, maar legalisering is niet goed voorstelbaar, tenzij artikel 25 Mw van toepassing is op een misbruikelijke gedraging. Wel een voorstelbaar en zwaarwegend belang van de beklaagde onderneming – dat in het verlengde ligt van legalisering – is dat het gewraakte gedrag is gewijzigd of beëindigd; bijvoorbeeld vastgelegd in een toezeggingsbesluit. Een ander mogelijk belang van de beklaagde onderneming kan liggen in het zonder belemmering kunnen meedoen aan het economische verkeer. Slechts in uitzonderlijke gevallen zou dit kunnen opwegen tegen de belangen van de klager en de NMa, zo wordt wel gesteld,<sup>39</sup> maar men kan zich voorstellen dat het belang om bij onvoldoende verdenking niet in een procedure te worden betrokken, aan de orde kan zijn.<sup>40</sup> De belangen van *de NMa*, ten slotte, omvatten enerzijds het algemeen economisch belang van een werkzame mededinging,<sup>41</sup> maar ook het belang van het ‘adequaat en efficiënt inzetten van middelen’.<sup>42</sup> De vraag is hoe de rechter met deze verschillende belangen en hun onderlinge verhouding omgaat; dat wordt hierna onderzocht. In die verhouding tussen rechter en bestuur is van belang dat de NMa, in navolging van de Commissie, beleid heeft geformuleerd ten aanzien van haar prioriteringsbevoegdheid.

– *Beleid van NMa en Commissie*

De NMa geeft uiting aan het prioriteringsbeleid via haar jaarverslagen en agenda’s.<sup>43</sup> Bovendien is het algemene kader voor prioritering neergelegd in de brochure ‘klachten, tips, signalen en besluitaanvragen’. De brochure bevat beleidsmatige beleidsregels,<sup>44</sup> nu daarin wordt uitgelegd op welke wijze de NMa van een discretionaire bevoegdheid gebruik zal maken, maar is alleen gepubliceerd op de website van de

---

35 Vgl. Dekker 2002 b, p. 318.

36 Zie Ottow 1999. Hierin kan verandering komen als de private handhaving van het mededingingsrecht meer handen en voeten krijgt door Europees beleid terzake.

37 Dekker 2002 b, p. 318.

38 Dekker 2002 b, p. 319.

39 Bijv. in een geval waarbij in een langdurig conflict de beklaagde op hoge kosten wordt gejaagd door steeds dezelfde klager: dit zou bij een zoveelste klacht mee kunnen wegen in de afwijzing. Dekker 2002, p. 319 stelt dat het ‘onnodig geconfronteerd’ worden met een onderzoek een mogelijk belang is van de beklaagde onderneming.

40 In dit verband is van belang dat de rechtbank heeft bepaald dat de NMa de proportionaliteit van onderzoek in acht moet nemen, rechtbank 22 februari 2006, K.I. stations.

41 Vgl. Ottow 1999, p. 7.

42 Dekker 2002 b, p. 319.

43 Zie hierover o.a. Lavrijssen 2006, p. 226.

44 Vgl. Bröring 1998, p. 27; hoofdstuk 4, par. 3.2.

NMa (zie ook par. 4.1). De NMa verwijst in de brochure niet naar EG-beleidsregels.<sup>45</sup>

In de brochure stelt de NMa: 'zelfs als het belang van de Nederlandse economie is gediend met een NMa-onderzoek, wil dat niet zeggen dat de NMa een onderzoek start. De reden daarvoor is dat de NMa over een beperkt aantal medewerkers en middelen beschikt, en het aantal klachten en meldingen vele malen groter is dan de NMa kan onderzoeken. Daarom moet de NMa keuzes maken en voert zij een beleid van prioritering van onderzoeken. Hierbij weegt de NMa een aantal criteria bij de beslissing om een onderzoek te starten. Deze criteria zijn: 1. Wat is het economische belang? 2. Wat is het consumentenbelang? 3. Wat is de ernst van de overtreding? 4. Is optreden van de NMa doelmatig en doeltreffend?'<sup>46</sup>

Hoewel in de wetgevingsgeschiedenis en de brochure van de NMa niet naar het EG-rechtelijke beleid wordt verwezen, is het vanwege de EG-eisen van effectieve handhaving (zie par. 2.1) en voor eventueel rechterlijk parallelisme (vergelijk hoofdstuk 3, par. 4.3) interessant te bezien hoe de Commissie haar prioriteringsbeleid invult. Het Commissiebeleid is vooral neergelegd in de Mededeling klachten, die met name een weergave bevat van jurisprudentiële regels. Het beleid wordt ingevuld aan de hand van het begrip 'communautair belang'.<sup>47</sup> De criteria om vast te stellen of sprake is van een voldoende communautair belang om een klacht in behandeling te nemen, zijn volgens de Mededeling: de klacht kan niet bij een nationale rechter worden behandeld; de ernst en het voortduren van de inbreuk; de afweging tussen de waarschijnlijkheid van het aantonen van de gestelde inbreuk en de omvang van de onderzoeksmiddelen die daarvoor nodig zijn; de stand van het onderzoek in een zaak; de vraag of de inbreuk is beëindigd; en instemming van de betrokken onderneming met wijziging van gedrag.<sup>48</sup>

Vergelijking van de brochure van de NMa met de mededeling van de Commissie leidt tot de conclusie dat het nationale kader nogal summier is en de NMa-criteria algemener van aard zijn. Verder ontbreekt in de Commissiecriteria een verwijzing naar het consumentenbelang, maar de bescherming van consumentenwelvaart ligt in algemene zin ten grondslag aan het mededingingsrecht (vergelijk hoofdstuk 6, par. 2.1.2). Een expliciete verwijzing naar wijziging van gedrag is in de opsomming van de NMa niet terug te vinden, maar is in de praktijk wel aan de orde. In principe is er echter geen divergentie tussen beide niveaus. Er is sprake van beleidsmatige convergentie.

---

45 Bijv. bij de beleidsregels over remedies bij concentraties, doet de NMa dit wel.

46 Brochure 'klachten, tips, signalen en besluitaanvragen', [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl). De brochure is van maart 2007 (laatste maal website bezocht op 10 mei 2009).

47 Vgl. zaak T-24/90, *Automec II*, ov. 85; zaak C-119/97 P, *UFEX*, ov. 88-89; C-449/98 P, *IECC*, ov. 3; zaak T-37/92, *BEUC*, ov. 47; recent zaak C-241/07 P, *AEPI*, ov. 54, over het verschil tussen het concept van een merkbare beïnvloeding van de intracommunautaire handel en het begrip 'aanzienlijke verstoringen van de gemeenschappelijke markt', dat dient als onderdeel van de invulling van het begrip 'voldoende communautair belang'; zie ook Mededeling klachten, punt. 41.

48 Mededeling klachten, punt 44. Zie ook Kerse & Khan 2005, p. 93-97.

## 2.4 Wettelijke onderzoeksplicht en hoorrechten van de klager

De klager heeft recht op een besluit nu in de nationale jurisprudentie de klacht als aanvraag is gekwalificeerd. Op de voorbereiding van het besluit tot afwijzing van de klacht zijn de bepalingen van de Awb van toepassing, tenzij de Mededingingswet specifieke regels bevat.

### – *Onderzoeksplicht*

Het besluit dient te voldoen aan de eisen van zorgvuldige voorbereiding (artikel 3:2 Awb), motivering (artikel 7:12 Awb) en, zoals hiervoor genoemd, belangenafweging (artikel 3:4 Awb). Op de NMa rust steeds een zekere onderzoeksplicht, zowel bij prioriteringsbeslissingen als bij inhoudelijke afwijzingen. Het is logisch te veronderstellen dat die onderzoeksplicht in het kader van het prioriteringsbeleid niet betekent dat de gegrondheid van de klacht dient te worden onderzocht, maar uit de wetsgeschiedenis bij de Mededingingswet of uit de algemene eisen van de Awb kan dit niet rechtstreeks worden afgeleid.

De onderzoeksplicht voor de Commissie bij afwijzing van een klacht is grotendeels ontwikkeld in jurisprudentie van het Hof en ondertussen ook neergelegd in regelgeving en beleid.<sup>49</sup> In algemene zin kent de procedure voor *zowel* een prioriteringsafwijzing als een inhoudelijke afwijzing dezelfde drie onderzoeksfases.<sup>50</sup> De eerste fase is die na de ontvangst van de klacht, waarbij de Commissie informatie verzamelt om te beslissen welke verdere actie zij zal ondernemen.<sup>51</sup> In deze fase kunnen onderzoeksbevoegdheden worden ingezet, maar noodzakelijk is dat niet. De tweede fase houdt in dat als de Commissie van zins is de klacht af te wijzen, zij de klager daarvan op de hoogte dient te stellen en de klager daarover moet horen.<sup>52</sup> Tijdens de derde fase neemt de Commissie de opmerkingen van de klager mee.<sup>53</sup> Zij wijst de klacht vervolgens definitief af of zij leidt een procedure in tegen de beklagde onderneming.<sup>54</sup> Zowel bij de prioriteringsafwijzing als bij de inhoudelijke afwijzing dienen deze fases te worden doorlopen; desalniettemin is er wel een verschil.<sup>55</sup> De onderzoeksplicht voor de Commissie in het kader van *prioritering* houdt weliswaar in dat de Commissie ‘gehouden is alle feitelijke en juridische elementen waarvan klagers haar op de hoogte hebben gesteld aandachtig te onderzoeken’,<sup>56</sup> maar deze verplichting is lichter dan bij een inhoudelijke afwijzing. Als de klacht niet op grond van een gebrek aan communautair belang wordt afgewezen, dient de Commissie deze serieus

---

49 Met name in Verordening 1/2003, Verordening 773/2004, en de Mededeling klachten.

50 Zaak T-64/89, Automec I, ov. 45; en hierover: Kerse 1997, p. 225-226; Vesterdorf 1994, p. 96-98; Kerse & Khan 2005, 85-98; en de Mededeling klachten, punten 54-57.

51 Zaak T-64/89, Automec I, ov. 45.

52 Zaak T-64/89, Automec I, ov. 46. Het horen geschiedt via de artikel 7-brief van Verordening 773/2004, waarin de Commissie volgens vaste jurisprudentie de redenen uiteenzet voor afwijzing van de klacht, zie ook Kerse & Khan 2005, p. 89-91.

53 Zaak T-64/89, Automec I, ov. 47.

54 Zaak C-282/95 P, Guérin ov. 36; Mededeling klachten punt 57.

55 Vgl. Kerse 1997, p. 226; Kerse & Khan 2005, p. 87.

56 Zaak C-119/97 P, UFEX, ov. 86; eerder zaak 210/81, Demo Studio Schmidt.

te bezien: steeds dienen de feitelijke en juridische omstandigheden van de klacht zorgvuldig aan een onderzoek te worden onderworpen.<sup>57</sup>

– *Hoorrechten*

Rechten van verdediging hebben niet alleen betrekking op de rechten van een beschuldigde onderneming ten opzichte van de toezichthouder, maar ook op de relatie tussen de klager en de toezichthouder. Omdat de klager echter niet in de positie van een beschuldigde verkeert, is het hier wellicht beter te spreken van het recht om gehoord te worden of van een recht van verweer tegen de voorgenomen afwijzing van de klacht. Het recht om gehoord te worden, kan worden onderscheiden in verschillende deelrechten, waarvan het recht om een visie uiteen te zetten, al dan niet mondeling en in aanwezigheid van de andere betrokkenen, en het recht op toegang tot het dossier in ieder geval deel (kunnen) uitmaken. Zoals genoemd, kan de ratio voor het recht om te worden gehoord verschillen: verdedigingsrecht of zorgvuldigheidsplicht. Zij liggen weliswaar in elkaars verlengde, maar hebben een andere focus (zie hoofdstuk 4, par. 3.2). De Mededingingswet bevat, behalve bij het uitbrengen van een rapport,<sup>58</sup> geen regeling voor het horen van een klager, zodat bij de Awb moet worden aangesloten.<sup>59</sup>

Hoewel niet primair gericht op bescherming van het verdedigingsrecht van de gehoorde, maakt de Awb wel een onderscheid tussen het horen van een aanvrager voor een afwijzende beschikking (artikel 4:7 Awb) en het horen van de geadresseerde (die geen aanvrager was) die een belastende beschikking ontvangt, en andere belanghebbenden (artikel 4:8). Voor de *klager* betekent dit dat hij (tenzij er sprake is van een rapport) overeenkomstig artikel 4:7 Awb moet worden gehoord; dit geldt zowel bij een prioriteringsafwijzing als bij een inhoudelijke afwijzing. Maar de beperkingen en uitzonderingen op deze hoorplicht zijn belangrijk: zo hoeft de klager alleen te worden gehoord wanneer ‘de afwijzing zou steunen op gegevens over feiten en belangen die de aanvrager betreffen, en die gegevens afwijken van gegevens die de aanvrager ter zake zelf heeft verstrekt’.<sup>60</sup> Het horen hoeft niet als ‘sprake is van een afwijking van de aanvraag die slechts van geringe betekenis voor de aanvrager kan zijn’.<sup>61</sup> Bij een prioriteringsbesluit is er, anders dan bij een inhoudelijke afwijzing, wellicht ook aanleiding een minder verstrekkend hoorrecht aan te nemen, omdat de ratio van een prioriteringsbeslissing nu juist is gelegen in het weinig tijd besteden aan de desbetreffende klacht; bovendien is steeds bezwaar mogelijk. De Awb bepaalt verder dat als er wordt gehoord, dit zowel mondeling als schriftelijk kan,<sup>62</sup> maar er is voor de klager geen *recht* op een mondeling horen. Naast de situatie van een rapport, waarvoor de Mededingingswet een afwijkende regeling kent,<sup>63</sup> geldt

57 Zie zaak T-7/92, *Asia Motor France*, ov. 36; zaak T-112/99, *Métropole M6*, ov. 59.

58 Artikel 60 Mw (zie over deze afwijking ook hoofdstuk 4, par. 3.2). In verreweg de meeste klachtafwijzingsprocedures komt het niet tot een rapport.

59 Artikel 4:7 Awb betreft het horen van een *aanvrager*; artikel 4:8 Awb het horen van een *geadresseerde* die een ongunstige beschikking ontvangt en het horen van *derdebelanghebbenden*.

60 Artikel 4:7, lid 1 Awb.

61 Artikel 4:7, lid 2 Awb.

62 Artikel 4:9, Awb.

63 Artikel 60 Mw bevat een afwijkende regeling voor het horen na het rapport met een keuze voor ‘belanghebbenden’, waaronder de klager.

dat dit ook anders is bij een toezeggingsbesluit waarop de openbare voorbereidingsprocedure van toepassing is verklaard, zodat de klager de keuze heeft zijn zienswijze mondeling of schriftelijk te geven.<sup>64</sup>

Het recht voor de klager om te worden gehoord over de afwijzing van zijn klacht lijkt in de nationale wettelijke regeling minder gewaarborgd dan in de EG-regelingen.<sup>65</sup> De Commissie kan een klacht niet afwijzen zonder dat de klager daarover is gehoord; er zijn geen categorische uitzonderingen. Het horen neemt een voorgeschreven vorm aan: de artikel 7-brief bevat het voornemen en de redenen om de klacht af te wijzen. Deze verplichting heeft als doel 'de rechten van de klager te waarborgen, opdat deze niet met een afwijzende beschikking wordt geconfronteerd zonder de mogelijkheid te hebben gehad om zijn opmerkingen te maken over de gronden die de Commissie denkt aan te voeren'.<sup>66</sup> De klager wordt wel steeds schriftelijk gehoord.<sup>67</sup> Een verschil met het nationale hoorrecht – ten nadele van de communautaire klager – is dat wanneer de klager op Europees niveau niet binnen de gestelde termijn reageert op de brief, er sprake is van de intrekking van de klacht; de Commissie hoeft haar dan niet meer formeel af te wijzen.<sup>68</sup> Dat is op nationaal niveau niet mogelijk: bij niet reageren dient een aanvraag toch te worden gevolgd door een besluit, ook al komt het in de praktijk voor dat de NMa de klager uitnodigt de klacht in te trekken (zie ook hoofdstuk 5, par. 5.1). Bij het uitbrengen van punten van bezwaar is het hoorrecht ook op Europees niveau verder beschermd: de klager ontvangt daarvan een niet-vertrouwelijke versie en hij wordt in ieder geval schriftelijk gehoord,<sup>69</sup> maar kan ook worden uitgenodigd om deel te nemen aan een mondelinge hoorzitting.<sup>70</sup>

#### – Toegang tot het dossier

Een recht op toegang tot het dossier voor de klager, als onderdeel van het recht om te worden gehoord, is in de Mededingingswet niet neergelegd. Een uitzondering is de regeling inzake de terinzagelegging van het rapport en de daarop betrekking hebbende stukken voor belanghebbenden.<sup>71</sup> Ook de Awb bevat geen algemene regeling voor de toegang tot documenten, hoewel voor het toezeggingsbesluit door de algemene voorbereidingsprocedure een uitzondering geldt. Dit is anders op EG-niveau: de klager heeft, voordat zijn klacht wordt afgewezen, *recht* op toegang tot de informatie waarop de Commissie haar mening baseert.<sup>72</sup> Het recht op toegang tot documenten wordt gezien als onderdeel van het recht te worden gehoord,<sup>73</sup> zij het dat

---

64 Artikel 3:15 Awb.

65 Zie ook Dekker 2002 b, p. 315.

66 Zaak C-282/95 P Guérin, ov. 35.

67 Artikel 7, lid 1 Verordening 773/2004.

68 Dat was op grond van eerdere jurisprudentie niet zo: zie zaak T-77/94, Vereniging Groothandelaren Bloemkwekerijen, ov. 76; zie nu artikel 7, lid 3 Verordening 773/2004, en over deze verandering o.a. Kerse & Khan 2005, p. 91-92.

69 Artikel 6, lid 1 Verordening 773/2004; Mededeling klachten, punten 64-67.

70 Artikel 6, lid 2 Verordening 773/2004.

71 Zie artikel 60, lid 2 Mw.

72 Zie artikel 8 Verordening 773/1004. De Commissie voegt een kopie van de relevante documentatie bij, zie punt 69 van de Mededeling klachten en Kerse & Khan 2005, p. 91. Bij punten van bezwaar geldt voor de klager niet een aparte regeling voor toegang tot documenten.

73 Zie het subtiele onderscheid tussen 'toegang tot het dossier' van een beklagde onderneming, en 'toegang tot documenten' van de klager in artikel 8, respectievelijk artikel 15 Verordening 773/2004.



het minder ver strekt dan het recht van een beklagde onderneming. Dit onderdeel van het recht te worden gehoord is in de nationale regelgeving derhalve minder beschermd dan op EG-niveau. Net als bij het recht te worden gehoord is er geen sprake van wettelijke convergentie. Daarbij kan de vraag worden opgeworpen of bij de wél in de Mededingingswet of Awb geregelde toegangssituaties (bij een rapport en bij een toezeggingsbesluit) in dezelfde mate toegang wordt verleend als in de EG-rechtelijke situaties: wordt onder ‘documenten’ hetzelfde verstaan als onder de ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’? In ieder geval kan op grond van de nationale wettelijke regeling niet worden gesproken van een algemeen *recht* op toegang tot stukken, en hoewel toegang via de Wob soelaas zou kunnen bieden, is de ratio van die regeling een andere dan de bescherming van de hoorrechten van de klager.

## 2.5 Slotopmerking

Uit het voorgaande blijkt dat er geen sprake is van wettelijke convergentie wat de bevoegdheden van de NMa betreft. Het aanmerken als aanvraag van de klacht in de nationale mededingingsrechtelijke uitspraken zorgt voor een verbinding tussen klacht en bevoegdheid tot handhaving van de NMa; de prioriteringsbevoegdheid wordt afgeleid uit artikel 56 Mw. Er is evenmin sprake van wettelijke convergentie ten aanzien van de wijze van afwijzing van klachten, inhoudelijk, dan wel op grond van prioritering. Wel is er bij de NMa sprake van beleidsmatige convergentie ten aanzien van de prioriteringscriteria, maar de NMa sluit niet expliciet aan bij Commissiebeleidsregels. De afwijzingsprocedure, bij prioritering en inhoudelijke afwijzingen, wordt vooral gereguleerd door de algemene regels voor besluitvorming van de Awb, hoewel voor specifieke situaties – toezeggingsbesluiten en afwijzing na rapport – in de Mededingingswet enkele aanvullende bepalingen zijn opgenomen. Dit geldt zowel de onderzoeksverplichting als de hoorrechten voor de klager. Daarbij lijkt de algemene wettelijke onderzoeksverplichting niet principieel af te wijken van de onderzoeksverplichting voor de Commissie; de Awb-onderzoeksverplichting is echter algemener geformuleerd dan de jurisprudentieel genormeerde onderzoeksverplichting van de Commissie. Ten aanzien van de rechten van verweer voor de klager, het recht om gehoord te worden en het recht op toegang tot het dossier is sprake van een zekere divergentie. Weliswaar bevat de Awb bepalingen voor het horen, maar deze zijn zowel in omvang als in ratio afwijkend van de equivalente hoorrechten voor de klager in het EG-recht. Een algemeen recht op toegang tot het dossier ontbreekt.

### 3 AFWIJZING VAN KLACHTEN IN UITSPRAKEN

Er zijn een tiental uitspraken van de rechtbank en het CBb die betrekking hebben op prioriteringsbesluiten.<sup>74</sup> Meer uitspraken zijn er over inhoudelijke afwijzingen. Ook

---

74 Uitspraken over prioritering zijn in ieder geval: CBb 17 november 2004, Carglass; CBb 11 november 2005, VVR; rechtbank 3 december 2004, CZ; en van de rechtbank: 13 december 2004, VVR; 2 september 2005, VVV II; 19 december 2005, Boontje (gemeente Castricum); 22 december 2005, Gidi; 28 augustus 2006, X-SDHS; 17 oktober 2007, CNV. In CBb 24 maart 2009, X-NOVA komt het CBb (helaas) niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van het prioriteringsbeleid omdat de zaak vanwege het ontbreken van procesbelang wordt afgedaan.

is er een enkele uitspraak waarin de afwijzing van een klacht aan de orde is nadat het onderzoek heeft geresulteerd in een rapport.<sup>75,76</sup>

### 3.1 Bevoegdheid tot prioritering

Dat de NMa een prioriteringsbeleid mag voeren, is door de rechter bevestigd. Zo overweegt het CBb ‘dat van de d-g NMa niet kan worden geveerd dat hij naar aanleiding van iedere klacht steeds onderzoek naar alle relevante omstandigheden verricht. De d-g NMa heeft immers beleidsruimte en mag in beginsel zelf bepalen welke onderzoeken het meest opportuun zijn’.<sup>77</sup> Daarbij blijft de basis voor het prioriteringsbeleid (nog) in het midden. Dat is anders in de daaropvolgende uitspraken van de rechtbank.

In CZ overweegt de rechtbank: ‘uit (het stelsel van) de Mw, waarin enerzijds geen onderzoeksplicht (...) is opgenomen en waarin anderzijds verweerder een aantal discretionaire bevoegdheden toegewezen heeft gekregen, volgt dat verweerder een grote vrijheid heeft om te bepalen welke klachten hij wel of niet in (nader) onderzoek neemt. Deze vrijheid wordt begrensd door de opdracht die de wetgever aan verweerder als toezichthouder – in welke hoedanigheid van verweerder een actieve houding verlangd mag worden – heeft gegeven en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur’.<sup>78</sup>

De rechtbank verwijst voor de basis van de prioriteringsbevoegdheid naar artikel 56 Mw en de wetsgeschiedenis.<sup>79</sup> In latere uitspraken stelt de rechtbank dat ‘het vaste jurisprudentie [is] dat verweerder beleidsruimte heeft en in beginsel zelf mag bepalen welke onderzoeken het meest opportuun zijn’.<sup>80</sup> Het is opvallend dat de prioriteringsbevoegdheid mede wordt afgeleid uit de *afwezigheid* van een *onderzoeksplicht*. Ook in het omgevingsrecht, waar in sterke mate wordt gehecht aan handhaving, is geen sprake van een in de wet neergelegde onderzoeksplicht.<sup>81</sup> De beginselplichtjurisprudentie heeft echter betrekking op de situatie nadat overtreding is vastgesteld (zie

---

75 De uitspraken betreffen in ieder geval: van de rechtbank 8 juni 2004, Basismedia; 22 december 2004, VBB (SIMN II); 10 januari 2005, Sena; 3 februari 2005, Leesportefeuille; 16 augustus 2005, Alarmcentrale (SIMN III); 2 september 2005, VVV II; 19 december 2005, Boontje (gemeente Castricum); 22 februari 2006, K.I. stations; 22 februari 2006, FHRS; 14 november 2006, VBB (SIMN IV); 21 augustus 2007, X-Agis; 21 augustus 2007, Mondhygiënisten; 21 augustus 2007, Fysiotherapeuten. Uitspraken van het CBb zijn: 17 november 2004, Carglass; 4 april 2006, Leesportefeuille; en 22 maart 2007, VVV II; 15 januari 2008, Boontje (gemeente Castricum); 19 februari 2008, FHRS; 5 juni 2008, VBB (SIMN IV).

76 CBb 17 november 2004, Carglass.

77 CBb 17 november 2004, Carglass.

78 Rechtbank 3 december 2004, CZ. Dezelfde overweging komt terug in rechtbank 13 december 2004 VVR; rechtbank 22 december 2005, Gidi; rechtbank 2 september 2005, VVV II; en rechtbank 19 december 2005, Boontje (gemeente Castricum). Het CBb heeft zich hier verder niet over uitgesproken.

79 De rechtbank verwijst naar MvT p. 47. In rechtbank 13 december 2004, VVR wijst de rechtbank ook nog op p. 90 van de MvT; zoals hiervoor aangegeven, betreft die passage minder duidelijk het prioriteringsbeleid (zie par. 2.1).

80 Rechtbank 17 oktober 2007, CNV. In rechtbank 22 december 2005, Gidi werd de algemene overweging ook genoemd, met verwijzing naar uitspraken in CZ en VVR (rechtbank 3 december 2004, resp. 13 december 2004), maar zonder opnieuw te verwijzen naar de wetsgeschiedenis of artikel 56 Mw. Naar de overwegingen van het CBb in Carglass wordt pas in CNV verwezen.

81 Vgl. Van Buuren e.a. 2005, p. 87.

par. 2.1). De vraag is derhalve of het door de rechtbank geaccepteerde verschil in uitgangspunt tussen prioriteringsbeleid (handhaving niet noodzakelijk) en beginselplicht (handhaving is het uitgangspunt) verklaard kan worden uit dit verschil in focus op de situatie na- of voordat overtreding met waarschijnlijkheid is vastgesteld. De rechtbank noemt de beginselplichtjurisprudentie echter niet. De overweging van de rechtbank is echter ook wat verwonderlijk in het licht van de communautaire prioriteringsbevoegdheid: in het EG-recht wordt *wel* uitgegaan van een (zekere mate van) onderzoeksplicht, maar prioritering is mogelijk. Met het ontbreken van een onderzoeksplicht is derhalve kennelijk bedoeld dat de NMa niet verplicht is onderzoeksbevoegdheden in te zetten, of dat er geen recht is op een inhoudelijke behandeling van een klacht; de onderzoeksplicht (de ‘kan-bepaling’ van artikel 56 Mw) lijkt daarvoor niet doorslaggevend te kunnen zijn. Als grondslag voor het aannemen van een prioriteringsbevoegdheid blijft dan de *wetsgeschiedenis* over, maar die is vrij summier (zie par. 2.1). Het is dan ook opvallend dat, net als de wetgever, de rechter niet refereert aan de equivalente bevoegdheid van de Commissie, tenzij onder het ‘stelsel van de Mw’ deze verwijzing moet worden begrepen.<sup>82</sup> Er is derhalve sprake van impliciete rechterlijke convergentie. Deze lijkt echter, omdat het stelsel van de Mededingingswet is gebaseerd op de Europese mededingingsrechtelijke bepalingen, niet anders te kunnen worden verklaard dan door de wettelijke materiële convergentie ten aanzien van de verboden waarop een klacht ziet. Een alternatieve verklaring voor prioritering ligt niet voor de hand, nu deze bevoegdheid in het nationale bestuursrecht niet in algemene zin wordt erkend. Geëxpliciteerd wordt dit echter niet.

### 3.2 Beoordeling van prioriteringsbeleid en belangenafweging

In de uitspraken van de rechtbank (het CBb heeft zich over het prioriteringsbeleid inhoudelijk nog niet echt uitgesproken vanwege een gebrek aan zaken in hoger beroep),<sup>83</sup> wordt ingegaan op het prioriteringsbeleid dat de NMa ‘ter invulling van zijn bevoegdheden heeft vastgesteld’. Dat beleid vindt de rechtbank in de ‘achtereenvolgende jaarverslagen’ van de NMa, en berust op ‘de kans dat verweerder een overtreding zal aantreffen, de mogelijke ernst van die overtreding, het belang van de zaak voor de consument en de economie, en de doelmatigheid van een eventueel optreden van verweerder.’ Deze criteria worden volgens de rechtbank ‘in elke individuele zaak (...) toegepast’ en bezien ‘in hun onderling verband en tegen de achtergrond van het grote aantal andere klachten en zaken’.<sup>84</sup> Het aldus weergegeven *beleid* wordt door de rechtbank niet in strijd geacht met de wet of algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>85</sup> De rechtbank merkt weliswaar op dat de prioriterings-

---

82 Voorzover de rechter een aanleiding nodig zou hebben voor een dergelijke verwijzing, was deze in ieder geval in een van de zaken voorhanden: de *NMa* verwijst uitdrukkelijk wel naar de bevoegdheid van de Commissie in het Kingma-besluit, dat ten grondslag ligt aan rechtbank 3 december 2004, CZ; zie besluit van 19 juni 2003, zaak 3119-24.

83 CBb 24 maart 2009, X-NOVA zou een kans hebben kunnen zijn, ware het niet dat de zaak vanwege het ontbreken van procesbelang wordt afgedaan.

84 Rechtbank 3 december 2004, CZ.

85 Rechtbank 3 december 2004, CZ.

criteria ‘vrij algemeen van aard zijn’, maar ‘dit neemt niet weg dat zij een zodanig handvat bieden dat verweerder aan de hand daarvan een selectie (...) kan maken’.<sup>86</sup>

In VVR zijn de criteria die de rechtbank opsomt: ‘economische importantie, het belang van de consumenten, de ernst van de vermoedelijke overtreding en de doeltreffendheid en doelmatigheid van het optreden van de NMa’.<sup>87</sup> In Gidi wordt zonder benoeming van de betrokken belangen direct geconcludeerd dat het beleid door de beugel kan,<sup>88</sup> en de toetsing van het algemene beleid blijft in CNV, een uitspraak uit 2007, voor het eerst achterwege.<sup>89</sup>

Ook de belangenafweging *in concreto*, als bedoeld in artikel 3:4 Awb, komt aan de orde. Dat het gedrag waarover wordt geklaagd hoogstwaarschijnlijk niet tot een inbreuk zal leiden, is een belangrijke reden om af te zien van nader onderzoek. In een dergelijk geval weegt het doen van onderzoek niet op tegen de daarmee gemoeide onderzoekscapaciteit en middelen. Andere belangen lijken subsidiair aan dit criterium. Wat door de klager naar voren wordt gebracht, lijkt daarbij van groot belang: als de klager zijn klacht niet met voldoende middelen onderbouwt, is dat eerder aanleiding van onderzoek af te zien (zie ook par. 3.4).

Zie bijvoorbeeld de volgende belangen: ‘de minder ernstige mate van strijd’ met de Mededingingwet dan in eerste instantie gedacht, maar ook dat de beklagde onderneming ‘tot niet onbelangrijke aanpassing bereid was’;<sup>90</sup> concrete afspraken over het gewraakte tekort aan capaciteit op de vliegroute Nederland-Suriname en de ‘tijd die naar verwachting gemoeid is met een onderzoek’.<sup>91</sup> Enerzijds ‘inhoudelijke overwegingen die ertoe leiden dat er waarschijnlijk geen strijd is met artikel 6 Mw’ en anderzijds ‘geen feiten en omstandigheden’ waaruit die strijd ‘wel zou blijken’, gekoppeld aan opties voor gedrag waarbij de klager niet afhankelijk is van de instelling waarover geklaagd werd.<sup>92</sup> Enerzijds ‘geen aanwijzingen’ voor een inbreuk met daartegenover slechts ‘een enkele stelling’ van het tegendeel, gekoppeld aan een ‘beperkt economisch belang’;<sup>93</sup> enerzijds de ‘onwaarschijnlijkheid’ van een inbreuk op artikel 6 Mw, een ‘te indirect, te onzeker en te beperkt’ consumentenbelang om een nader onderzoek in te stellen, samen met de geringe ‘economische importantie van de desbetreffende sector’, met daarbij dat ‘eiser zijn stelling dat de door verweerder genoemde factoren niet ter zake doen niet (voldoende) heeft onderbouwd’.<sup>94</sup>

Noch bij de toetsing van het algemene beleid van de NMa, noch bij de belangenafweging *in concreto* wordt verwezen naar EG-rechtelijke prioritering, maar dat betekent niet dat nationale uitspraken afwijken van de lijnen in het EG-recht. Nu er sprake is van convergentie op het niveau van het uitgangspunt dat de klacht dient te leiden tot een besluit (waarbij niet ieder besluit een inhoudelijk besluit hoeft te zijn)

---

86 Overigens is de 2007-brochure ‘klachten, tips, signalen en besluitaanvragen’ (nog) niet beoordeeld.

87 Rechtbank 13 december 2004, VVR.

88 Rechtbank 22 december 2005, Gidi.

89 Rechtbank 17 oktober 2007, CNV.

90 Rechtbank 11 maart 2003, Carglass.

91 Rechtbank 13 december 2004, VVR.

92 Rechtbank 22 december 2005, Gidi.

93 Rechtbank 22 december 2005, Gidi.

94 Rechtbank 17 oktober 2007, CNV.

en van beleidsmatige convergentie, althans op grote lijnen, is dat ook niet verwonderlijk. Tegelijkertijd geldt dat het EG-rechtelijke prioriteringsbeleid verder is uitgekristalliseerd; zo zijn er in de Europeesrechtelijke jurisprudentie nuances te vinden, bijvoorbeeld in de belangenafweging, die in nationale uitspraken (nog) niet aan de orde zijn gekomen.<sup>95</sup>

### 3.3 Rechten van klager bij prioritering

In VVV II wordt, hoewel dat ook al kan worden afgeleid uit het kwalificeren van de klacht als aanvraag, nog eens expliciet duidelijk gemaakt dat een afwijzing van een klacht moet worden neergelegd in een *besluit*, zodat daartegen rechtsbescherming kan worden gezocht.<sup>96</sup> Dat besluit moet voldoen aan voorschriften van de Awb, zoals het motiveringsbeginsel.<sup>97</sup> Op EG-niveau heeft het recht op een besluit een langere geschiedenis, maar is nu geaccepteerd dat een klager inderdaad recht heeft op een appellabel afwijzingsbesluit.<sup>98</sup> Dat besluit dient voldoende gemotiveerd te zijn, overeenkomstig het algemene beginsel van artikel 253 EG. Het voorschrift dat een klacht moet worden afgewezen door middel van een gemotiveerd besluit, is derhalve op EG-niveau en nationaal niveau gelijk.

Tijdens het onderzoek – in het kader van een zorgvuldige voorbereiding – geldt dat een klager in beginsel moet worden *gehoord* overeenkomstig de bepalingen van de Awb c.q. Mw (zie par. 2.4). Dit algemene recht om te worden gehoord, noch de uitzonderingen daarop, is in de uitspraken aan de orde.

Wel is in VVR de specifieke situatie aan de orde dat de NMa zijn besluit mede heeft gebaseerd op informatie die na de hoorzitting is ontvangen, 'terwijl eiseressen daarover niet zijn ingelicht en niet in de gelegenheid zijn gesteld daarover te worden gehoord.' Hoewel dat in strijd is met artikel 7:9 Awb, laat de rechtbank de rechtsgevolgen van het besluit in stand. Dat is volgens het CBb echter niet juist, omdat het niet horen over de nieuwe informatie haaks staat op het belang dat de wetgever heeft toegekend aan het horen van belanghebbenden. De rechtbank had de rechtsgevolgen slechts in stand kunnen laten als zij alsnog de VVR in de gelegenheid had gesteld haar zienswijze in te dienen, en er dan 'rechtens geen andere mogelijkheid was geweest dan geen onderzoek in te stellen'.<sup>99</sup> Dat is niet het geval, nu het rechtens ook mogelijk is dat na het horen wel was besloten een onderzoek naar het vermeende misbruik in te stellen.

---

95 Zie voor nuances over de afweging van belangen bijv: zaak C-119/97 P, UFEX, ov. 79 en 95; zaak C-449/98 P, IECC, ov. 47-49; zaak T-112/99, Métropole M6, ov. 64-65; zaak T-62/99, Sodima, ov. 54.

96 Rechtbank 2 september 2005, VVV II; zie ook hoofdstuk 5, par. 5.1.

97 Zie CBb 17 november 2004, Carglass.

98 Van zaak 26/76, Metro I, ov. 13, waarin het belang van 'een beroepsmogelijkheid' wordt erkend, via zaak 210/81, Demo Studio Schmidt, ov. 14, naar zaak T-24/90, Automec II, ov. 47: 'de Commissie kan een eindbeschikking nemen', en zaak C-282/95 P, Guérin, ov. 36: 'de Commissie is immers *gehouden* om (...) hetzij een procedure in te leiden (...), hetzij een definitieve beslissing tot afwijzing van de klacht te nemen, waartegen beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld bij de gemeenschapsrechter'. Zie ook Kerse 1997, p. 228-231.

99 CBb 11 november 2005, VVR; en hierover kort Defares e.a. 2006, p. 82.

In het EG-recht wordt de klager steeds gehoord: zij kan haar zienswijze kenbaar maken ten aanzien van de artikel 7-brief die de Commissie verplicht is te sturen bij het voornemen de klacht af te wijzen. Hoewel de *praktijk* bij de Commissie en de NMa gelijk lijkt te zijn en de klager ook bij de NMa steeds een zienswijze lijkt te kunnen uitbrengen, verschilt de juridische situatie. Hoe dit verschil door de rechter uiteindelijk zal worden beoordeeld, is niet duidelijk, nu de hoorplicht, en daarmee ook de wijze van horen buiten de hiervoor genoemde situatie, niet aan de orde is gekomen. Daarbij is wel van belang op te merken dat het CBb benadrukt dat de wetgever aan het horen van belanghebbenden belang toekent, en dat daarvan niet zomaar mag worden afgezien. Dat geeft wel een aanwijzing over de richting die het CBb hierbij ook in toekomstige uitspraken zou kunnen gaan. Maar het *recht op toegang* tot de documenten die aan de afwijzing van een klacht ten grondslag liggen is in het nationale recht bij prioriteringsbesluiten in beginsel niet beschermd (zie par. 2.4). Uitspraken van de nationale rechter over dit recht ontbreken, zodat het onduidelijk is of hier sprake zou kunnen zijn van convergentie met EG-rechtelijke toegang tot documenten voor de klager.

### 3.4 Onderzoek bij prioritering

In uitspraken over prioriteringsafwijzingen wordt niet in algemene bewoordingen aangegeven welk onderzoek moet worden verricht voordat een klacht mag worden afgewezen. Ook wordt dat uit de toepasselijke wettelijke bepalingen niet duidelijk (zie par. 2.4). Zoals eerder aangehaald, stelt de rechter in algemene zin dat op de NMa *geen* onderzoeksplicht rust. Tegelijkertijd geldt – hoewel daar in de prioriteringsuitspraken niet naar wordt verwezen – de algemene plicht een besluit zorgvuldig voor te bereiden. In die zin kan van het ontbreken van een zekere onderzoeksplicht dus niet worden gesproken: altijd geldt dat een besluit zorgvuldig moet worden voorbereid, wat een onderzoek van feiten en omstandigheden kan betekenen. Er kan echter geen plicht worden aangenomen voor de NMa om de gegrondheid van iedere klacht te onderzoeken, evenmin als een plicht om toezichts- en onderzoeksbevoegdheden in te zetten (zie voor een nuance par. 4.3). Uitspraken van de rechter wijzen wel degelijk in de richting van *een zekere mate* van onderzoek.

Zo stelt het CBb in Carglass dat ‘de NMa (...) de voorgehouden feiten naar behoren heeft onderzocht’.<sup>100</sup> In CZ blijkt uit de uitspraak van de rechtbank eveneens dat sprake is geweest van ‘enig (voor)onderzoek’ naar de contractvoorwaarden waarover werd geklaagd.<sup>101</sup>

In uitspraken van het Hof wordt de op de Commissie rustende onderzoeksplicht duidelijker. De jurisprudentie over drie fasen van onderzoek heeft tot gevolg dat de Commissie iedere klacht zorgvuldig dient te onderzoeken (zie par. 2.4). De ‘duty of care and diligence’<sup>102</sup> geldt ook voor een prioriteringsafwijzing; er is geen kortere

---

100 CBb 17 november 2004, Carglass.

101 Rechtbank 17 oktober 2007, CZ.

102 Kerse 1997, p. 234. Zie ook Kerse & Khan 2005, p. 86; en zaak 210/81, DemoStudio Schmidt, ov. 19, waarin het Hof overweegt dat ‘de Commissie naar aanleiding van verzoekers klacht de door deze aangevoerde feiten moest onderzoeken’ – in het Engels is de verplichting duidelijker: ‘the Commis-

route.<sup>103</sup> Daarbij kan de Commissie niet slechts volstaan met een ‘abstracte verwijzing naar het communautair belang’.<sup>104</sup> Integendeel, de Commissie dient ‘de door de klager ter kennis gebrachte feitelijke en juridische elementen nauwgezet te onderzoeken’.<sup>105</sup> Dit betekent dat bij een prioriteringsafwijzing de Commissie in ieder geval aandacht moet besteden aan de feiten en omstandigheden zoals door de klager gesteld en dat het onderzoek moet leiden tot voldoende gronden om de klacht af te wijzen op grond van een gebrek aan communautair belang. Soms dient de Commissie verder te kijken dan de door de klager gestelde feiten,<sup>106</sup> maar in het algemeen geldt dat de Commissie de klacht als uitgangspunt mag nemen en niet in de schoenen van de klager hoeft te gaan staan. Uit jurisprudentie blijkt verder dat de Commissie weliswaar ook voorafgaand aan het nemen van een prioriteringsbesluit bevoegd is tot het uitoefenen van onderzoeksbevoegdheden, maar daartoe niet verplicht is. Dat alles betekent dat als de klager onvoldoende feiten of omstandigheden aandraagt voor het aannemen van een inbreuk, de Commissie de klacht niet verder hoeft te onderzoeken.<sup>107</sup>

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de reikwijdte van de onderzoeksplicht voor de NMa, in vergelijking met de onderzoeksplicht voor de Commissie, in de nationale jurisprudentie minder is afgebakend. De in uitspraken ingenomen stelling dat er op grond van de Mededingingswet geen onderzoeksplicht op de NMa rust, betekent niet dat de NMa de klacht zomaar terzijde mag schuiven; uit nationale uitspraken lijkt echter ook te kunnen worden afgeleid dat die onderzoeksplicht voor de NMa lichter is dan voor de Commissie, zij is in ieder geval minder duidelijk omschreven en de NMa hoeft slechts inzichtelijk te maken dat aan de prioriteringscriteria is voldaan.<sup>108</sup>

### 3.5 Rechten van de klager bij inhoudelijke afwijzing

Uit uitspraken betreffende de inhoudelijke afwijzing van een klacht (zie par. 2.2) kan ten aanzien van de rechten van de klager (naast het al genoemde recht op een besluit) worden afgeleid dat de klager niet aan de juridische grondslag van de klacht hoeft vast te houden.

Het CBb stelt: ‘dat de klager in zijn klacht (...) een bepaalde juridische ingang gekozen heeft, sluit niet uit dat de klager in bezwaar en vervolgens in beroep aan de orde kan stellen dat de d-g NMa aan andere relevante regelgeving had behoren te toetsen’.<sup>109</sup>

---

sion was *under a duty* to examine the facts put forward by the applicant’; en ov. 22, waar het Hof spreekt van een ‘*duty of vigilance*’ (een ‘toezichhoudende taak’ in de Nederlandse vertaling).

103 Zie Kerse 1997, p. 233.

104 Zaak T-24/90, Automec II, ov. 85.

105 Zaak T-112/99, Métropole M6, ov. 58; eerder ook zaak T-7/92, Asia Motor France e.a., ov. 35; zaak T-24/90, Automec II, ov. 79.

106 Vgl. zaak C-367/95 P, Sytraval, ov. 60-62.

107 Wat wel gemotiveerd moet worden, vgl. zaak T-102/92, VIHO, ov. 71.

108 Het inzichtelijk maken geldt ook voor de afwijzing van een tweede klacht over hetzelfde onderwerp als de eerste al is afgewezen op grond van het prioriteringsbeleid. In dat geval is de onderzoeksplicht nog lichter: op grond van artikel 4:6 Awb kan een tweede klacht worden afgewezen onder verwijzing naar de eerste afwijzing als er geen nieuwe feiten en omstandigheden zijn; zie rechtbank 28 augustus 2006, X-SDHS, en hierover ook: Defares e.a. 2007, p. 152.

109 CBb 17 november 2004, Carglass.

Niet expliciet is in de nationale uitspraken de vraag aan de orde op welk inhoudelijk besluit de klager vervolgens recht heeft. Het Hof heeft over deze vraag wel geoordeeld en stelt dat de klager geen recht heeft op een definitieve standpuntbepaling over de gegrondheid van de klacht, ook niet wanneer de klacht inhoudelijk wordt onderzocht.<sup>110</sup> Dat betekent dat bij door de klager onvoldoende geadstrueerde feiten en omstandigheden een klacht mag worden afgewezen vanwege een gebrek aan bewijs. Datzelfde lijkt uit de uitspraken van de Nederlandse mededingingsrechters te kunnen worden afgeleid (zie par. 4.2).

De rechten van de klager worden naast het recht op een gemotiveerd afwijzingsbesluit beschermd door diens recht om *gehoord* te worden. Net als bij prioritering geldt dat er over het algemene hoorrecht geen nationale uitspraken zijn.<sup>111</sup> Evenmin is het recht op *toegang* tot de documenten van de NMa aan de orde. De mogelijke verschillen tussen bescherming op Europees niveau en nationaal niveau blijven bij de rechter zodoende vooralsnog onbesproken. Wel is het horen na uitbrengen van een *rapport* aan de orde geweest. Hiervoor kent de Mededingingswet een eigen regeling, die verder gaat dan de Awb-regeling (zie par. 2.4).

Het CBb stelt in Carglass dat de klager ‘strekking en inhoud van een (...) rapport in een bezwaar- of beroepsprocedure ten volle aan de orde moet kunnen stellen, hetgeen – binnen de grenzen gesteld door bij sanctiebeslissingen in acht te nemen beginselen, waarbij voor een boete met name gedacht moet worden aan het ne bis in idem-beginsel – uiteindelijk ook tot wijziging of aanpassing van het aangevochten besluit ten nadele van de beklagde moet kunnen leiden’. Daarbij merkt het CBb op dat het recht van de klager niet zo ver gaat dat, wanneer na het uitbrengen van een rapport de beklagde onderneming zijn gedrag wijzigt, hij opnieuw gehoord zou moeten worden. Het niet horen levert in ieder geval geen vernietigingsgrond op wanneer ‘de d-g NMa inmiddels geheel bekend [is] geraakt met de opvattingen van Glasgarage [de klager] ter zake’.<sup>112</sup>

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat het CBb het recht om te worden gehoord, zelfs bij het voorgeschreven recht om te worden gehoord na uitbrengen van een rapport, niet, althans niet primair, zoekt in de bescherming van de rechten van verweer van de klager, maar in de informatievergaringsverplichting voor de NMa; het niet horen is een relatieve inbreuk als daardoor toch geen nieuwe informatie naar voren was gekomen.<sup>113</sup> Over het algemeen geldt dat de rechten van de klager niet zo ver gaan dat daardoor inbreuk kan worden gemaakt op de *rechten van de beklagde onderneming*, zo stelt het CBb. Het CBb sluit voor deze overweging wél expliciet aan bij het EG-recht, waar dit uitgangspunt eveneens wordt gehanteerd; dit is het

---

110 Vgl. zaak C-449/98 P, IECC, ov. 36-37.

111 In rechtbank 22 februari 2006, K.I. Stations, wordt geconcludeerd dat de NMa zorgvuldig onderzoek heeft verricht, nadat de rechtbank heeft weergegeven op welke wijze de NMa – inderdaad zeer uitgebreid – aan het hoorrecht van (o.a.) de klager heeft vormgegeven; toch is het *recht* om gehoord te worden niet aan de orde.

112 CBb 17 november 2004, Carglass.

113 Vgl. ook het terechtwijzen van de rechtbank in VVR door het CBb, waar door het nieuwe horen wel nieuwe informatie naar voren zou kunnen zijn gebracht en de rechtbank daaraan dus niet voorbij mocht gaan, hiervoor in par. 3.3; CBb 11 november 2005, VVR.



enige voorbeeld in uitspraken over de behandeling van klachten waarbij expliciet aansluiting wordt gezocht bij het EG-recht.

Het CBb overweegt: ‘ook in het Europese recht wordt overigens het beginsel gehanteerd dat de rechten van de klager niet zo ver kunnen gaan dat inbreuk gemaakt wordt op de rechten van de beklagde partij (...).<sup>114</sup> In overeenstemming daarmee overweegt het College dat het bezwaar of beroep van een klager er niet toe kan leiden, dat bijvoorbeeld een boete zou worden opgelegd op basis van feiten, omstandigheden of kwalificaties die niet eerst in een rapport als bedoeld in artikel 59 Mw zijn neergelegd’. Indien nodig dient het rapport te worden aangevuld en de partijen opnieuw te worden gehoord.<sup>115</sup>

Ten aanzien van de rechten van de klager bij inhoudelijke afwijzing is derhalve enerzijds sprake van convergentie, in de zin van de gelijkheid van de algemene voorschriften van een recht op een gemotiveerd afwijzingsbesluit. Deze convergentie is niet een gevolg van de wettelijke materiële convergentie, maar het aanmerken van de klacht als aanvraag, waardoor via de algemene regels van de Awb de klager recht heeft op een gemotiveerd besluit en de zorgvuldigheidsplichten van de Awb gelden op de voorbereiding van de afwijzing, lijkt dat wel (zie hoofdstuk 5, par. 2.1). Er blijft sprake van enige divergentie ten aanzien van de hoorrechten van de klager; het CBb sluit weliswaar aan bij jurisprudentie van het Hof en spreekt zich daarmee ‘in overeenstemming’ uit, maar dit betreft een *inperking* van het hoorrecht van de klager, niet de erkenning van dat recht op basis van het algemene beginsel, in het EG-recht daaraan ten grondslag liggend, van de rechten van verweer van de klager. Daarbij lijkt het CBb primair, en overeenkomstig de gedachte van de Awb, uit te gaan van het horen van de klager dat in algemene zin niet is gebaseerd op een hoorrecht, maar op een zorgvuldigheidsplicht van de NMa, zelfs in een situatie (namelijk die waarin een rapport is uitgebracht) dat de Mededingingswet de hoorrechten van de belanghebbende wel centraal stelt. Met andere woorden, de wettelijke divergentie wordt door het CBb, ondanks de verwijzing naar EG-jurisprudentie, niet opgeheven.

### 3.6 Onderzoek bij inhoudelijke afwijzing

Als een klacht niet op grond van prioritering is afgewezen, wordt de onderzoeksplicht zwaarder. Daarbij verwijst de rechtbank, anders dan bij prioriteringsuitspraken het geval is, wel naar artikel 3:2 Awb (zorgvuldige voorbereiding), al dan niet tezamen met artikel 7:12 Awb (motiveringsplicht). In uitspraken wordt via het motiveringsbeginsel ook een gebrekkig onderzoek wel aan de orde gesteld. De NMa is in verschillende uitspraken op haar vingers getikt vanwege onvoldoende onderzoek naar de door de klager aangevoerde feiten.

Zo wordt de NMa in de uitspraken in de *bergingssaga* door de rechtbank opgedragen opnieuw onderzoek te verrichten vanwege strijd met artikel 3:2 Awb. In de uitspraak over de klacht van een groep Bergers tegen de SIMN, die betrekking heeft op de tweede berging (voor de eerste berging was een ontheffing verleend), had de NMa de klacht

---

114 Het CBb verwijst naar gev. zaken 142 & 156/84, British American Tobacco Company.

115 CBb 17 november 2004, Carglass.

afgewezen door te stellen dat er tussen de eerste en de tweede berging geen relatie bestaat. De rechtbank overweegt dat daarvan geen sprake is 'gezien het feit dat de twee markten direct in elkaars verlengde liggen, zodat een schending van de Mw op het gebied van de tweede berging haar rechtstreekse oorzaak kan vinden in gedragingen op het gebied van de eerste berging.' Het is vervolgens de plicht van de NMa om dit punt nader te onderzoeken.<sup>116</sup> Datzelfde geldt voor het onderzoek naar aanleiding van de klacht van ACN tegen SIMN, dat eveneens als 'niet zorgvuldig' wordt aangemerkt.<sup>117</sup> Uit het wél verrichte onderzoek – het bellen met personen en bedrijven die de klacht zouden kunnen ondersteunen – blijkt dat uit in ieder geval één gesprek 'concrete aanwijzingen naar voren komen dat er van de zijde van de SIMN sprake was van het onder druk zetten om niet voor eiseres te werken'. Derhalve had nader onderzoek moeten verricht.<sup>118</sup> De rechtbank geeft ook aan waaruit dit onderzoek had moeten bestaan.

In *Sena*, waarin een klacht over de tarieven die de Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten in rekening brengt aan horecaondernemingen aan de orde is, stelt de rechtbank dat de NMa weliswaar een vergelijking heeft gemaakt tussen de tarieven van Sena en die van vergelijkbare organisaties in andere landen, maar 'slechts summier heeft aangegeven hoe de vergelijking met andere landen uitvalt, zonder verwijzing naar cijfers of bronnen', waardoor 'niet is vast te stellen op welke wijze (...) is vergeleken'.<sup>119</sup> Het is ook niet duidelijk geworden 'waarom geen kostenonderzoek heeft plaatsgevonden'. Derhalve is het besluit onvoldoende gemotiveerd, in strijd met artikel 7:12 Awb.<sup>120</sup>

Ook in *VVV II* wordt het beroep gegrond verklaard, omdat de NMa onvoldoende heeft gemotiveerd waarom is nagelaten te onderzoeken of sprake is van onredelijke voorwaarden (nadat in *VVV I* al een beslissing op bezwaar werd vernietigd vanwege onvoldoende onderzoek). De NMa stelt dat daarvan geen sprake kan zijn als de tarieven niet excessief hoog zijn. Onder verwijzing naar Europeesrechtelijke voorbeelden van misbruik stelt de rechtbank dat deze motivering onvoldoende is: een dergelijk misbruik kan zich (in theorie) wel voordoen.<sup>121</sup>

---

116 Rechtbank 22 december 2004, VBB (SIMN II). Het verhaal van de afspraken over berging van gestrande voertuigen is ingewikkeld, en ook in deze uitspraak zijn een aantal procedurele punten aan de orde: een deel van het beroepschrift wordt aangemerkt als nieuw verzoek aan de NMa tot intrekking van de ontheffing vanwege nieuwe omstandigheden; andere beroepsgronden zijn om andere redenen niet inhoudelijk aan de orde. Uiteindelijk blijft één beroepsgrond over, maar die treft ook doel. Door de grote hoeveelheid zaken, inclusief hogerberoepsuitspraken bij het CBb, is voor buitenstaanders vrij onduidelijk geworden wat nu uiteindelijk is overgebleven van de oorspronkelijke klachten van de bergers (VBB-uitspraken) en de concurrerende alarmcentrale (ACN); de onderliggende ontheffing voor SIMN is ondertussen geëindigd.

117 Rechtbank 16 augustus 2005, ACN (SIMN III).

118 In het daaropvolgende nieuwe besluit op bezwaar wordt de klacht opnieuw afgewezen, maar daartoe wordt wel eerst nader onderzoek uitgevoerd volgens de opdracht van de rechtbank: zie besluit van de NMa van 4 augustus 2006, zaaknummer 3084-163, en hierover ook Wesseling e.a. 2007, p. 203.

119 Rechtbank 10 januari 2005, Sena.

120 In het daaropvolgende besluit is wel de onderbouwing van de vergelijking terug te vinden, maar ontbreekt nog steeds een onderzoek naar de kostenstructuur, nu volgens de NMa de tariefvergelijking voldoende is (de motivering is wél aangepast). Overigens verwijst de NMa in dit tweede besluit ook naar haar bevoegdheid tot het stellen van prioriteiten, maar lijkt zij het besluit daarop niet primair te baseren (besluit van 22 juli 2005, nummer 2319).

121 Rechtbank 2 september 2005, *VVV II*; in hoger beroep is het CBb echter van oordeel, in een uitspraak waarin zowel wordt ingegaan op verschillende soorten misbruik in theorie als op de concrete overwegingen van de NMa, dat de NMa het besluit 'hoewel summier', deugdelijk heeft gemotiveerd; CBb 22 maart 2007, *VVV II*.

Daarnaast wordt in *Boontje* (gemeente Castricum) het besluit door de rechtbank in strijd geacht met artikel 3:2 en 7:12 Awb. Onvoldoende blijkt waarom er sprake zou zijn van een overheidsprerogatief en de NMa heeft onvoldoende onderzoek verricht naar de feitelijke omstandigheden om te kunnen vaststellen dat geen sprake is van handelen als onderneming door de gemeente Castricum.<sup>122</sup> Hoewel het CbB het hoger beroep gegrond acht, is het CbB het met de rechtbank eens dat het onderzoek tekortschoot, nu de NMa heeft nagelaten vast te stellen dat sprake is van ondernemingsactiviteit.<sup>123</sup>

Ten slotte is de uitspraak betreffende de klacht van *mondhygiënisten* tegen Menzis (onder andere met betrekking tot de standaardcontracten van Menzis) illustratief: de rechtbank stelt dat niet voldoende 'gedegen' onderzoek is verricht, in strijd met artikel 3:2 Awb. De NMa had een 'korte scan' laten uitvoeren van de markt die 'slechts algemene informatie over de markt en de ontwikkeling van de markt bevat'. Vanwege de marktkenmerken, kan echter 'in ieder geval niet op voorhand worden gesteld dat niet voldaan wordt aan het element misbruik'. Derhalve had de NMa nader onderzoek moeten (laten) doen.<sup>124</sup>

Hoe het wel moet, kan worden afgeleid uit K.I. Stations, waarin zowel de opbouw van het juridisch betoog, als de door de NMa genomen onderzoeksstappen worden beoordeeld. De rechtbank concludeert dat de NMa terecht geen inbreuk heeft aangenomen<sup>125</sup> en dat het onderzoek naar aanleiding van de klacht voldoet aan de eisen van artikel 3:2 Awb.<sup>126</sup>

De rechtbank geeft in de uitspraak weer hoe het onderzoek heeft plaatsgevonden: na ontvangst van de klacht overleg met de beklagde onderneming; daarvan een schriftelijke reactie; vragen gesteld aan de beklagde onderneming en aan derden; een voorlopige zienswijze opgesteld; reacties van de klager en de beklagde ontvangen; de klager steeds in de gelegenheid gesteld nieuwe documenten in te sturen; in bezwaar een hoorzitting georganiseerd; nieuwe bewijsstukken van klager en daarover de visie van de beklagde ontvangen; nieuwe stukken van de beklagde ontvangen en daarover weer een hoorzitting georganiseerd. Dit onderzoek is voldoende, nu de NMa de klacht 'nauwgezet [heeft] onderzocht en daarbij de betrokken partijen voldoende gelegenheid heeft gegeven om hun standpunten naar voren te brengen en te onderbouwen'.<sup>127</sup>

Uit deze uitspraken kan ten aanzien van de onderzoeksplicht die op de NMa rust, worden afgeleid dat deze een formele kant en een materiële kant omvat. De formele *procedurele* kant van het onderzoek betreft met name het voldoende horen van de klager en de beklagde (ook buiten de procedure waarin een rapport is uitgebracht); uit de uitspraken wordt weliswaar duidelijk wat in ieder geval voldoende is, en soms ook wat onvoldoende is, maar wordt geen stelling ingenomen over de grondslag van

---

122 Rechtbank 19 december 2005, Boontje (gemeente Castricum).

123 CbB 15 januari 2008, Boontje (gemeente Castricum); enigszins verwonderlijk is dat het CbB zelf voorziet door de achilleshielmethode toe te passen en daarna vast te stellen dat van misbruik geen sprake kan zijn (zie ook par. 5.2).

124 Rechtbank 21 augustus 2007, Mondhygiënisten.

125 De klacht had betrekking op oneigenlijke toegang door CR Delta tot een databank in de rundvleessector; zie hierover kort Defares e.a. 2007, p. 148.

126 Rechtbank 22 februari 2006, K.I. Stations. Ook in rechtbank 8 juni 2004, Basismedia, wordt door de rechtbank gesteld dat de NMa 'met recht, en voldoende onderbouwd' tot haar oordeel is gekomen. Het onderzoek is 'voldoende nauwkeurig geweest, althans eiseres heeft niets aangevoerd dat de rechtbank tot een ander oordeel zou moeten of kunnen brengen'.

127 Rechtbank 22 februari 2006, K.I. Stations.

het horen en de vraag of sprake is van een (overeenkomstig het hoorrecht op EG-niveau) verdergaand recht dan in de Awb wordt aangenomen (zie par. 3.5). Wat het *materiële onderzoek* betreft, ligt het op de weg van de NMa om de aan de klacht ten grondslag liggende feiten te onderzoeken. Dat onderzoek hoeft echter geen uitgebreid marktonderzoek, nader economisch onderzoek of het inzetten van verdergaande onderzoeksbevoegdheden zoals bedrijfsbezoeken te betreffen, maar kan ook een zorgvuldig tegen het licht houden van de gestelde feiten inhouden. Deze onderzoekspllicht is in ieder geval zwaarder dan bij een prioriteringsbesluit, en lijkt ook zwaarder te zijn als de informatie die aan de klacht ten grondslag ligt, daartoe aanleiding geeft: de NMa dient *aannemelijke* feiten ook daadwerkelijk te onderzoeken – en van dat onderzoek in het besluit verslag te doen – alvorens de klacht te kunnen afwijzen.

Zo doet de NMa in FHRS bijvoorbeeld onderzoek naar een vermeende misbruikelijk lage prijsstelling; daaruit blijkt volgens het CBb dat ‘het gerekende bedrag ligt, zowel boven de vaste als de variabele kosten van het product en dat sprake is van een winstmarge’, waardoor van misbruik geen sprake is.<sup>128</sup>

Er zijn nog twee van elkaar losstaande aanwijzingen die de vraag oproepen of de onderzoekspllicht mogelijk zwaarder is dan hiervoor weergegeven. Ten eerste wordt uit Boontje (gemeente Castricum) wel afgeleid dat de onderzoekspllicht zwaarder is. In deze uitspraak stelt de rechtbank dat zelfs als de klager en de beklagde het eens zijn over een feit (in dit geval dat sprake is van bevoordeling door de gemeente Castricum van enkele tennisverenigingen), de NMa dit feit toch dient te onderzoeken.<sup>129</sup> Mijns inziens is de onderzoekspllicht echter niet afwijkend van de algemene lijn: de uitspraak moet worden begrepen in het licht van de omstandigheden van deze zaak, waar de feitelijke en rechtsvraag aan de orde is of de gemeente als onderneming heeft gehandeld of niet, en de rechtsvraag of de mededingings- en staatssteunregels tegelijkertijd van toepassing kunnen zijn. De NMa stelt van niet, maar als in het geheel geen sprake is van steun, dan is die stelling niet gefundeerd op de feiten.<sup>130</sup> Ten tweede kan de vraag worden gesteld of de NMa onder omstandigheden van bewijsnood bij de klager verplicht kan zijn tot het inzetten van toezichts- of onderzoeksbevoegdheden zoals de verificatiebevoegdheid; zie daarover paragraaf 4.3.

#### – *Onderzoekspllicht en convergentie*

De op de NMa rustende onderzoekspllicht is niet principieel afwijkend van de EG-rechtelijke ‘duty of care and vigilance’ die op de Commissie rust: als de Commissie besluit een onderzoek in te stellen naar de gegrondheid van een klacht, dan geldt enerzijds dat niet alle feiten exhaustief hoeven te worden onderzocht en dat de onderzoekspllicht in omvang kan verschillen, afhankelijk van de voorliggende feiten en omstandigheden. Maar anderzijds geldt ook dat de Commissie ‘zodra zij besluit tot een dergelijk onderzoek over te gaan, dat, tenzij naar behoren toegelichte redenen zich daartegen verzetten, met de vereiste zorg, ernst en nauwgezetheid doet, zodat

---

128 CBb 19 februari 2008, FHRS.

129 Geursen 2006, p. 122.

130 Overigens oppert de rechtbank dat van bevoordeling wellicht geen sprake is, maar vernietigt zij de beslissing van de NMa op grond van een motiveringsgebrek betreffende het al dan niet ondernemershandelen van de gemeente; rechtbank 19 december 2005, Boontje (gemeente Castricum).

zij in staat is de door de klagers aangedragen feitelijke en juridische elementen met volledige kennis van zaken te beoordelen'.<sup>131</sup> De onderzoeksverplichting bij een onderzoek naar de gegrondheid van de klacht is voor de NMa op grote lijnen gelijk aan die voor de Commissie, zij het dat de onderzoeksverplichting voor de Commissie door jurisprudentie meer specifiek en meer gedetailleerd is voorgeschreven. Deze convergentie is impliciet: naar de op de Commissie rustende onderzoeksplicht bij inhoudelijke klachtafwijzing wordt niet verwezen. De convergentie lijkt ook eerder een gevolg te zijn van overeenkomende algemene eisen van zorgvuldigheid (en motivering) dan een direct gevolg van materiële wettelijke convergentie.

### 3.7 Terugval naar prioriteringsbevoegdheid

In de uitspraken van de rechtbank in Boontje (gemeente Castricum) en VVV II wordt het beroep tegen de afwijzing van de klacht gegrond verklaard, omdat sprake is van strijd met artikel 3:2 Awb en 7:12 Awb.<sup>132</sup> Beide uitspraken bevatten de volgende overweging over de mogelijkheid om terug te grijpen op de prioriteringsbevoegdheid:

‘Ter voorlichting van eiseres merkt de rechtbank nog op dat het voorgaande niet zonder meer betekent dat verweerder een onderzoek (...) zal dienen te verrichten. Het in deze uitspraak bepaalde laat immers onverlet dat verweerder niet gehouden is iedere klacht in onderzoek te nemen. (...) Ter zitting heeft de gemachtigde van verweerder aangegeven dat de mogelijkheid bestaat dat deze zaak geen prioriteit zal hebben en derhalve niet in behandeling zal worden genomen’.<sup>133</sup>

Dit is enigszins verwarrend. Mag de NMa *in alle gevallen* waarin een besluit wordt vernietigd omdat niet aan de onderzoeksplicht is voldaan, alsnog de klacht afwijzen, maar nu op grond van het prioriteringsbeleid? Of betekent het dat de NMa alleen *in de twee specifieke gevallen* (van de zaken Boontje en VVV II) op de onderzoekstrap een stap terug mag doen? In deze beide uitspraken is vooral een rechtsvraag aan de orde, die van belang is voor de vraag of de klacht überhaupt gegrond kan worden verklaard. Het kan zijn dat in dergelijke gevallen, wanneer de rechtsvraag alsnog anders wordt beantwoord, de NMa nog mag overgaan op een prioriteringsafwijzing, terwijl dat anders zou zijn bij feitelijke vragen.<sup>134</sup> Het is de vraag wat het CBB hier van vindt: in hoger beroep in Boontje (gemeente Castricum) is de prioriteringsbeslissing – de NMa had zich zowel op prioritering als op een inhoudelijke afwijzing gebaseerd – niet meer aan de orde en het CBB lijkt er, door zelf te voorzien ondanks

---

131 Zaak T-7/92, Asia Motor France e.a., ov. 36; zaak T-112/99, Métropole M6, ov. 59.

132 In rechtbank 19 december 2005, Boontje (gemeente Castricum), omdat het besluit in strijd is met artikel 7:12 Awb en artikel 3:2 Awb; in rechtbank 2 september 2005, VVV II, omdat ‘het thans bestreden besluit geen nader onderzoek in te stellen niet kan worden gedragen door de daaraan ten grondslag liggende motivering’.

133 Rechtbank 2 september 2005, VVV II.

134 Een andere reden voor deze terugvalmogelijkheid zou kunnen zijn dat de NMa de klacht *zowel* op grond van het prioriteringsbeleid als op inhoudelijke gronden had afgewezen, zoals in Boontje (gemeente Castricum), maar dat is niet het geval in VVV II.

het feit dat het onderzoek van de NMa (inderdaad) tekortschoot, van uit te gaan dat van beslisruimte voor de NMa in deze zin geen sprake is.<sup>135</sup>

De rechtbank verwijst niet naar Europeesrechtelijke jurisprudentie over de kwestie of de Commissie, na terugfluiten door het Hof vanwege tekortschietend onderzoek, alsnog de klacht mag afwijzen vanwege een gebrek aan communautair belang. Voorzover ik heb kunnen nagaan, is die jurisprudentie ook niet aanwezig. Wel blijkt uit arresten van het Hof dat ‘de al dan niet gevorderde staat van het onderzoek in een zaak’ geen belemmering vormt voor het uitoefenen van de discretionaire bevoegdheid tot het afwijzen van een klacht op grond van het prioriteringsbeleid: de Commissie is ‘niet verplicht de procedure onder alle omstandigheden tot aan een definitieve beschikking voort te zetten’.<sup>136</sup> Dat lijkt aan een dergelijke stap terug derhalve niet in de weg te staan. Toch is er een verschil met de situatie in de uitspraken Boontje en VVV II: weliswaar was in het geciteerde arrest het onderzoek ver gevorderd (de punten van bezwaar waren verzonden) en besloot de Commissie toch tot afwijzing vanwege een gebrek aan communautair belang, maar er was nog geen eindbesluit. In de nationale uitspraken is wel een in een eindbesluit neergelegde inhoudelijke afwijzing aan de orde, die vanwege gebreken door de rechter wordt vernietigd.

Het is derhalve onduidelijk hoe ver de mogelijkheid om terug te vallen op de prioriteringsbevoegdheid reikt. Het lijkt tegenstrijdig: als eerst de belangenafweging zo is uitgevallen dat de klacht dient te worden onderzocht, is het niet in algemene zin logisch dat als het onderzoek door de rechter onvoldoende wordt bevonden, de belangenafweging *opnieuw* wordt uitgevoerd, met een andere uitkomst. Tenzij sprake is van een omvangrijk nieuw onderzoek, waardoor de eerdere belangenafweging niet meer stand kan houden, of een situatie aan de orde is zoals in Boontje en VVV II, waarin door een bepaalde beantwoording van een rechtsvraag de klacht niet gegrond kan zijn (maar dan kan de klacht ook inhoudelijk op deze grond worden afgewezen), lijkt een dergelijke algemene mogelijkheid om terug te vallen op de prioriteringsbevoegdheid de rationaliteit uit die belangenafweging te halen. Bovendien is er vanuit het (rechtsbeschermings)perspectief van de klager in ieder geval iets voor te zeggen die mogelijkheid te beperken.

### 3.8 Slotopmerking over rechterlijke convergentie

Zowel bij de NMa als bij de Commissie wordt een onderscheid gemaakt tussen prioriteringsafwijzing en inhoudelijke afwijzing na onderzoek naar de gegrondheid van een klacht. Het verschil is van belang voor de op de toezichthouder rustende onderzoeksplicht; deze is lichter voor een prioriteringsafwijzing dan voor een inhoudelijke afwijzing, zo blijkt ook uit uitspraken van de Nederlandse mededingingsbestuursrechter. Hierbij is wel sprake van convergentie, maar in algemene zin lijkt de onderzoeksplicht voor de NMa, zeker bij een prioriteringsafwijzing, in vergelijking met die van de Commissie minder zwaar te zijn. De contouren die in de jurisprudentie van het Hof worden aangegeven, zijn preciezer dan op grond van de

---

135 CbB 15 januari 2008, Boontje (gemeente Castricum).

136 Zaak C-449/98 P, IECC, ov. 36-37.

Mededingingswet, Awb en nationale uitspraken kunnen worden vastgesteld. De convergentie ten aanzien van het algemene verschil tussen de onderzoeksverplichting bij prioritering en onderzoekspllicht bij inhoudelijke afwijzing is niet expliciet. Dit lijkt ook niet een direct gevolg van de wettelijke materiële convergentie, maar van het toepassen van de algemene bepalingen van de Awb, in combinatie met het (wel op het EG-recht gebaseerde, zie hoofdstuk 5, par. 5.1) aanmerken van de klacht als aanvraag en de (eveneens kennelijk als gevolg van de wettelijke convergentie aangenomen) prioriteringsbevoegdheid van de NMa. Derhalve is sprake van convergentie als indirect gevolg van wettelijke convergentie, via twee sporen. Het eventuele verschil in daadwerkelijke wettelijke bescherming voor de rechten van de klager (zie par. 2.4) komt in uitspraken niet aan de orde. Het recht om gehoord te worden, is in de nationale uitspraken geen algemeen punt van aandacht, net zo min als het recht op toegang tot de documenten waarop de toezichthouder zijn afwijzing baseert; de wettelijke divergentie – die met name betrekking heeft op een verschil in achtergrond van deze rechten, maar die niet zozeer leidt tot een verschil in praktijk bij de NMa en de Commissie – wordt niet opgeheven door rechterlijke uitspraken. Enerzijds stelt het CBb in een enkele uitspraak het belang van het horen voorop, in een ander geval lijkt zij daarvoor de ratio te zien in de informatievergaring van de NMa.<sup>137</sup>

Derhalve is er sprake van een mix van convergentie en divergentie, en daar waar sprake is van een gelijksoortige onderzoekspllicht, is deze niet een direct gevolg van de wettelijke materiële convergentie van de Mededingingswet. Opvallend is dat rechtbank en CBb voor het aannemen van de bevoegdheden van de NMa, de belangenafweging die ten grondslag ligt aan prioriteringsbesluiten, onderzoekspllicht of hoorrechten, vrijwel geen aansluiting zoeken bij EG-precedenten (de uitzondering van het CBb in Carglass betreft een *beperking* van het hoorrecht van de klager), noch bij jurisprudentie van het Hof, noch bij beleidsdocumenten van de Commissie. Dit is een verschil met de rechterlijke convergentie bij het kartelverbod, in het concentratietoezicht, en met de toegangsvraagstukken die via het besluitbegrip en het belanghebbendebegrip toch eveneens door de nationale wettelijke bepalingen van met name de Awb worden beheerst.

#### 4 BEWIJS

In uitspraken over de behandeling van klachten is de algemene positie terug te zien dat er weinig expliciet over bewijsrechtelijke aspecten wordt uitgesproken (vergelijk hoofdstuk 6, par. 4.3 en hoofdstuk 7, par. 4.5). Toch kan over de bewijspositie van de klager en de NMa bij een prioriteringsbesluit of inhoudelijke afwijzing het volgende uit uitspraken worden afgeleid.

##### 4.1 Bewijspositie bij prioritering

Volgens de algemene regels van bewijsrecht rust de bewijslast bij een besluit op aanvraag in eerste instantie op de aanvrager, zij het dat op het bestuursorgaan steeds

---

137 Vgl. CBb 17 november 2004, Carglass, met CBb 11 november 2005, VVR.

de plicht van zorgvuldige voorbereiding ligt, ook bij een afwijzend besluit (zie hoofdstuk 4, par. 2.5). Voor de bewijslastverdeling betekent dit dat de klager, die hier aanvrager is, een begin van bewijs moet leveren aan de hand waarvan het bestuursorgaan zijn bewijs- en onderzoekspositie kan bepalen. De vraag is echter wat de klager dient te beginnen te bewijzen: de inbreuk, of ook het bewijs dat de klacht op grond van het prioriteringsbeleid niet zou mogen worden afgewezen. De prioriteringscriteria zijn in dat geval in zekere zin negatief gestelde eisen en de klager zou moeten aantonen dat *niet* aan de criteria is voldaan. Dat zou een extra barrière voor de klager betekenen, zeker als hij zou moeten aantonen dat optreden van de NMa doelmatig en doeltreffend is. Het formulier, dat de klager blijkens de brochure ‘Klachten, tips, signalen en besluitaanvragen’ volgens de NMa verplicht is in te vullen, bevat met het oog op de prioriteringscriteria een kopje ‘belang van de vermeende overtreding’, en wijst derhalve in deze richting. Het nationale formulier is, voorzover ik heb kunnen nagaan, in uitspraken nog niet aan de orde geweest.

De brochure ‘Klachten, tips, signalen en besluitaanvragen’ is te vinden op de website van de NMa ([www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl)) en dateert van maart 2007. De status is niet helemaal duidelijk: het betreft kennelijk geen – anders dan op de website – gepubliceerde (beleids)regels. Op de NMa-website wordt de brochure gerangschikt onder ‘brochures’ en niet onder ‘wet- en regelgeving’, waar (andere) beleidsregels zijn te vinden. De status is echter wel van belang, juist omdat de NMa aangeeft dat voor ‘besluitaanvragen’ (waarmee klachten zoals hier bedoeld, worden aangeduid) een *formulier* wordt voorgeschreven, dat als bijlage aan de brochure is gehecht: ‘voor het indienen van een besluitaanvraag is het gebruik van het ‘formulier besluitaanvraag’ verplicht’. De NMa kan hiermee bedoeld hebben een formulier vast te stellen in de zin van artikel 4:4 Awb, zoals zij ook heeft gedaan bij het concentratietoezicht (zie hoofdstuk 7, par. 4.2.2), maar ook daarbij kunnen geen andere gegevens dan bedoeld in artikel 4:2 en 4:3 van de Awb worden verlangd. Ook op EG-niveau is een formulier vastgesteld voor het indienen van klachten; wellicht heeft de NMa daarbij willen aansluiten. Van het EG-formulier is de status echter wel duidelijk: bij Verordening vastgesteld.

Dat de klager zowel voor de inbreuk als voor de prioriteringscriteria (een begin van) bewijs moet aandragen, lijkt voort te vloeien uit enkele uitspraken.

De rechtbank merkt over de bewijspositie van de klager ten aanzien van de prioriteringscriteria op dat zij ‘mede in aanmerking [heeft] genomen dat eiser zijn stelling dat de door verweerder genoemde factoren niet ter zake doen niet (voldoende) heeft onderbouwd’.<sup>138</sup> Ook de uitspraak in X-SDHS, waarin de stelling dat wel degelijk sprake is van een belangrijk consumentenbelang niet als nieuw feit wordt gezien, wijst in deze richting.<sup>139</sup>

Uitspraken gaan vooral in op het criterium van de aantoonbaarheid van de inbreuk en de bewijspositie van de klager terzake. In hoeverre de klager de inbreuk echter al moet bewijzen, – de bewijsmaatstaf die geldt om de prioriteringsbarrière op dit punt te slechten – blijft in het midden.

---

138 Rechtbank 17 oktober 2007, CNV.

139 Rechtbank 28 augustus 2006, X-SDHS.



Wel is duidelijk dat een ‘enkele stelling’ van een inbreuk onvoldoende is om de klacht in behandeling te laten nemen.<sup>140</sup> De klager dient ‘feiten en omstandigheden’ aan te voeren waaruit de inbreuk zou blijken: hij dient daarvoor ‘een (begin van) bewijs’ te leveren.<sup>141</sup>

Hieruit kan worden afgeleid dat overeenkomstig algemene vuistregels de bewijslast *primair* op de klager rust. Het betreft in ieder geval de bewijslast voor een begin van bewijs van de overtreding van de Mededingingswet. Daarvan kunnen, op analytisch niveau althans, de stellingen die overige prioriteringsbelangen betreffen, worden onderscheiden. Het is niet helemaal duidelijk of de klager, zoals de NMa in het formulier bij de Brochure Klachten verlangt, ook moet ingaan op de prioriteringscriteria en moet bewijzen dat aan de afwijzingscriteria niet is voldaan; uit uitspraken zou wel kunnen worden afgeleid dat de klager dient aan te tonen dat het belang van de gestelde inbreuk groot is. Het komt mij echter voor dat deze belangenafweging niet op de klager kan worden afgewenteld. Vooruitlopend op de analyse in hoofdstuk 9, waar de uitkomsten van de convergentieanalyse aan de eisen van effectieve rechtsbescherming zullen worden getoetst, dringt zich hier derhalve reeds de stelling op dat het onredelijk lijkt, te verlangen dat de klager ook aantoonde dat optreden van de NMa doelmatig en doeltreffend is; de klager kan daarin geen inzicht hebben. De bewijspositie voor de klager is in ieder geval vrij zwaar. Zoals hierna zal worden gezien, wordt deze nog bemoeilijkt doordat de NMa beschikt over een ruime beslissruimte en de toets van de rechter marginaal is (zie par. 5.1).

– *Bewijsmaatstaf*

De algemene vuistregels van bewijslastverdeling volgende, rust op de NMa, nadat de klager een begin van bewijs heeft geleverd van de aannemelijkheid van de inbreuk (en voldoende heeft aangevoerd om te tonen dat aan de overige afwijzingscriteria *niet* is voldaan), de last om aan te tonen waarom de gegrondheid van de klacht niet zal worden onderzocht. Uit uitspraken komt naar voren dat aan deze bewijslast gemakkelijk kan worden voldaan. Hoewel niet expliciet op de bewijsmaatstaf wordt ingegaan, komt uit de (enkele) uitspraken naar voren dat de NMa slechts *inzichtelijk heeft te beredeneren* dat aan de criteria van het prioriteringsbeleid is voldaan, waarvan het belangrijkste lijkt dat de klager onvoldoende heeft aangevoerd om aan te tonen dat een inbreuk aannemelijk is. Dit is een lagere bewijsmaatstaf dan de normaal geldende aannemelijkheidsmaatstaf (vergelijk hoofdstuk 4, par. 2.2). De NMa hoeft niet te bewijzen dat zij geen onderzoekscapaciteit vrij kan maken voor dit onderzoek – dit is een feit van algemene bekendheid? – en hoeft de stelling dat geen sprake is van voldoende economisch- of consumentenbelang, niet te onderbouwen met gegevens.

– *Bewijspositie en convergentie*

Ook in het EG-systeem ligt het op de weg van klagers om voldoende onderbouwde bewijs aan te dragen. Voldoet de klager hier niet aan, dan mag de Commissie, op wie weliswaar een zekere onderzoeksplicht ligt (zie par. 2.4), de klacht op grond van het

---

140 Rechtbank 3 december 2004, CZ.

141 Rechtbank 22 december 2005, Gidi.

prioriteringsbeleid afwijzen: de klager moet zijn klacht substantiëren en mag daarbij niet in vaagheden blijven hangen.<sup>142</sup> Vervolgens rust echter op de Commissie de bewijslast om aan te tonen dat aan een of meer van de prioriteringscriteria is voldaan. De Commissie dient feitelijk bewijs te leveren voor haar stellingen om een klacht op grond van prioritering af te wijzen, indien deze zijn gestoeld op feitelijke overwegingen, zoals het al dan niet voortbestaan van een overeenkomst.<sup>143</sup> In samenhang met de in de praktijk vrij strikte toetsing aan het motiveringsbeginsel (zie par. 5.1) kan, hoewel ook in het EG-recht de bewijsmaatstaf niet expliciet aan de orde is, hieruit afgeleid worden dat zij voor de Commissie hoger is dan voor de NMa.<sup>144</sup>

Aan dit EG-rechtelijke kader besteedt de nationale rechter geen aandacht. Daarbij lijkt het dat de bewijslast voor het niet voldoen aan de prioriteringscriteria in het nationale recht meer op de klager rust en minder op de toezichthouder dan in het EG-recht het geval is. Ook de bewijsmaatstaf voor de NMa om een prioriteringsbesluit te nemen, is lager. Deze divergentie ten aanzien van de bewijslastverdeling en bewijsmaatstaf werkt ten nadele van de klager in Nederland. Het is niet per se zo dat meer klachten bij de NMa op prioritering stranden dan bij de Commissie of dat het gemakkelijker zou zijn om aan het vereiste van het communautair belang te voldoen, maar wel dat wat van de Commissie wordt verlangd in bewijsrechtelijke termen, van hoger niveau moet zijn dan wat van de NMa wordt verlangd; het lijkt voor de NMa gemakkelijk(er) een klacht op prioriteringsgronden af te wijzen.

#### 4.2 Bewijspositie bij inhoudelijke afwijzing

Wanneer een klacht niet op grond van het prioriteringsbeleid wordt afgewezen, is de bewijspositie van de klager eenduidiger, omdat de prioriteringscriteria niet meer spelen.<sup>145</sup> Het gaat nu om de inhoud, de gegrondheid, van de klacht en het is primair de klager die aannemelijk dient te maken dat sprake is van een inbreuk op de mededingingsregels.

In *Fysiotherapeuten* stelt de rechtbank bijvoorbeeld dat ‘eisers onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt dat het hanteren van de benchmark heeft geleid tot misbruik’. De klagers dienen ‘concreet te maken’ dat er cumulatieve effecten zouden zijn.<sup>146</sup> Eenzelfde beeld komt naar voren in *FHRS*, waarin de rechtbank stelt dat ‘gesteld noch gebleken is dat het niveau van deze vergoeding zo hoog is dat er sprake is van een excessief tarief en dat daarmee het handelen van CR Delta feitelijk zou zijn gelijk te stellen aan een leveringsweigerings’.<sup>147</sup> Andere uitspraken bevestigen dat de bewijslast primair ligt op de klager, die de inbreuk aannemelijk dient te maken.<sup>148</sup>

---

142 Zie zaak T-575/93, Koelman, ov. 69, met name in het Engels: ‘the only evidence submitted by the applicant is his rather vague argument’, en zie meer recent zaak C-425/07 P, AEPI, ov. 56.

143 Vgl. zaak T-37/92, BEUC.

144 Zie voor een overzicht van jurisprudentie Kerse 1997, p. 244.

145 Dat een klacht wel prioriteit heeft volgens de NMa, maar niet volgens een beklagde onderneming, is in de nationale uitspraken niet aan de orde. Wel in het EG-recht, zie zaak T-77/92, Parker Pen.

146 Rechtbank 21 augustus 2007, *Fysiotherapeuten*.

147 Rechtbank 22 februari 2006, *FHRS*.

148 Zie rechtbank 22 december 2004, *VBB (SIMN II)*; rechtbank 8 juni 2004, *BasisMedia*; rechtbank 21 augustus 2007, *Mondhygiënist*.

Het aannemelijk maken is voor klagers niet gemakkelijk.<sup>149</sup> Dat sentiment wordt gedeeld door de klager in K.I. Stations, die stelt dat van haar ‘niet verlangd kan worden dat zij bewijst dat een overtreding van de Mw heeft plaatsgevonden, maar slechts dat zij aannemelijk maakt dat een dergelijke overtreding zich heeft voorgedaan.’ De rechtbank gaat op deze stelling echter niet expliciet in, nu zij concludeert dat het onderzoek van de NMa niet tekortgeschoten heeft. Daarom kan ‘de grief van eiseres, inhoudende dat op haar een te zware bewijslast is gelegd (...) in het midden gelaten worden’.<sup>150</sup>

In algemene zin rust op de NMa een zekere onderzoeksplicht, zoals hiervoor bleek. Voor de bewijslastverdeling betekent dit dat de bewijslast verschuift als de NMa de klacht wil afwijzen. Het is echter niet helemaal duidelijk *wat* de NMa dient aan te tonen: dat de inbreuk door de klager niet aannemelijk is gemaakt of dat niet aannemelijk is dat sprake is van een inbreuk? Het lijkt voor de hand te liggen dat dit afhankelijk is van wat door de klager is aangevoerd; bij een gesubstantieerd begin van bewijs door de klager zal de NMa moeten aantonen dat de inbreuk niet aannemelijk is, terwijl in een situatie dat de klager weinig bewijs levert, de NMa mag concluderen dat de inbreuk door de klager niet aannemelijk is gemaakt. Een dergelijke bewijslastverdeling zou in overeenstemming zijn met EG-jurisprudentie.<sup>151</sup>

Bij de bewijsomvang die op de NMa rust, hoort in beginsel ook of de klacht wel een gedraging van een onderneming betreft. In algemene zin geldt daarvoor dat de NMa bij het afwijzen van een klacht op deze grond moet aantonen dat geen sprake is van een ondernemingsactiviteit. De rechtbank stelde in Boontje (gemeente Castricum) dat feitelijk diende te worden aangetoond wat bijvoorbeeld de kosten zijn van bepaalde opgelegde verplichtingen, en welk publiek belang is gemoeid met de activiteit, om vast te kunnen stellen of sprake is van ondernemingshandelen.<sup>152</sup> Tegelijkertijd geldt dat als de klacht op andere gronden moet worden afgewezen omdat zij niet gegrond kan zijn, de NMa ten aanzien van de vraag of sprake is van een onderneming, de achilleshielmethode lijkt te mogen toepassen (zie ook hoofdstuk 6, par. 5.1).<sup>153</sup>

– *Bewijsmaatstaf en verschuiving van bewijslast*

De bewijsmaatstaf lijkt de aannemelijkheidsmaatstaf te zijn, de ‘gewone’ bestuursrechtelijke bewijsmaatstaf (zie hoofdstuk 4, par. 2.2). Dit betekent dat de NMa bij het afwijzen van een klacht met het onderzoek (in beginsel, zie hiervoor) aannemelijk dient te maken dat geen sprake is van een inbreuk. In uitspraken, met name over gesteld misbruik van machtspositie, komt naar voren dat de NMa aan deze bewijs-

---

149 Ook kritisch zijn Dekker & Kolthof 2003, p. 103.

150 Rechtbank 22 februari 2006, K.I. Stations.

151 Zie bijv. zaak T-7/92, Asia Motor France e.a., ov. 53.

152 Rechtbank 19 december 2005, Boontje (gemeente Castricum).

153 In hoger beroep stelde het CBb dat het niet uitmaakt of sprake is van een ondernemingsactiviteit, omdat de klacht toch moest worden afgewezen, vanwege gebrek aan bewijs van een inbreuk, maar het CBb was het wel eens met de rechtbank dat de NMa op dit punt niet aan haar onderzoeksverplichting had voldaan, CBb 15 januari 2008, Boontje (gemeente Castricum); zie ook rechtbank 6 februari 2002, Muziekscholen Roosendaal.

maatstaf kan voldoen door een alternatieve verklaring voor het beklagde gedrag naar voren te brengen. De alternatieve verklaring dient ‘alleszins plausibel’ te zijn.<sup>154</sup> De bewijslast rust in dat geval wederom bij de klagers.

In *Leesportefeuille*, bijvoorbeeld, geeft de NMa (samen met de beklagde onderneming) een objectieve rechtvaardiging voor prijsverschillen die volgens de klager misbruik opleveren. De rechtbank overweegt: ‘hetgeen verweerder heeft gesteld (...) komt de rechtbank dan ook niet onjuist voor, te meer nu van de zijde van eiseres *onvoldoende concreet met bewijzen* is aangetoond dat dit anders zou zijn’.<sup>155</sup> Ook in *K.I. Stations* stelt de rechtbank dat voor een ‘foutieve spelling die alleen te verklaren zou zijn doordat CR Delta op oneigenlijke wijze gebruik maakt van gegevens waar zij geen toegang tot behoort te hebben’ door de NMa en de beklagde onderneming ‘als verklaring gegeven dat de adresgegevens in het NIS, op basis waarvan CR Delta zijn MKZ-mailing heeft verzonden, gesynchroniseerd zijn met de adresgegevens in het I&R. De rechtbank acht deze verklaring, nu van het tegendeel niet is gebleken, *plausibel*. Gegeven deze verklaring is er geen aanleiding om op basis hiervan aan te nemen dat CR Delta op ongeoorloofde wijze toegang tot het I&R heeft’.<sup>156</sup>

Ook door het doen van onderzoek waardoor de klacht niet wordt ondersteund, kan de NMa aannemelijk maken dat geen sprake is van een inbreuk; dit blijkt uit bijvoorbeeld *K.I. Stations*. Het onderzoek werd verricht door het stellen van vragen aan de beklagde onderneming door wier antwoorden de klacht niet werd ondersteund (wat overigens niet verrassend is, zodat over de waarde van *deze* verklaring getwist kan worden), en door het stellen van vragen aan derden, die evenmin de klacht ondersteunden.<sup>157</sup> Daarbij kan ook sprake zijn van economisch onderzoek, zoals in *Sena* door het vergelijken van het vermeende misbruikelijke prijsniveau met dat in andere landen.<sup>158</sup> Als echter uit het onderzoek naar voren komt dat de stellingen van de klager door andere marktpartijen wel worden ondersteund, mag de NMa de klacht niet terzijde leggen, zelfs niet als slechts een enkeling de klacht daadwerkelijk beaamt. De NMa dient in dat geval nader onderzoek te verrichten.<sup>159</sup> In feite dient de NMa voor afwijzing van de klacht dan te bewijzen dat deze ondersteuning door derden toch niet kan leiden tot de conclusie dat inbreuk aannemelijk is. Net als in het geval dat de klager zelf met een (gedegen) begin van bewijs komt, wordt de onderzoeksplicht zwaarder.

Hoewel de *beklaagde onderneming* in dit hoofdstuk niet centraal staat, is het duidelijk dat deze een rol kan spelen in de bewijsvoering. De bewijslast voor weerlegging van een klacht ligt echter niet op de beklagde onderneming: zo overweegt de rechtbank dat ‘verweerder terecht heeft gesteld dat de bewijslast in het onderhavige geval niet berust bij de onderneming waartegen de klacht is gericht. Er zijn

---

154 Rechtbank 21 augustus 2007, Fysiotherapeuten.

155 Rechtbank 3 februari 2005, Leesportefeuille (cursief AG); in hoger beroep niet meer aan de orde, CBb 4 april 2006, Leesportefeuille.

156 Rechtbank 22 februari 2006, K.I. Stations (cursief AG).

157 Rechtbank 22 februari 2006, K.I. Stations.

158 Rechtbank 10 januari 2005, Sena.

159 Zie rechtbank 22 december 2004, VBB (SIMN II).

geen omstandigheden in geding waardoor de bewijslast omgekeerd zou moeten worden'.<sup>160</sup>

– *Convergentie*

De bewijsmaatstaf voor het afwijzen van een klacht om inhoudelijke redenen is hoger dan de bewijsmaatstaf bij een prioriteringsafwijzing. De aannemelijkheidsmaatstaf lijkt niet af te wijken van de Europeesrechtelijke bewijsmaatstaf voor de Commissie, die eveneens, afhankelijk van wat door klager wordt aangevoerd, aannemelijk dient te maken dat de klagers geen inbreuk hebben aangetoond, dan wel dat een inbreuk niet aannemelijk is.<sup>161</sup> De specifieke bewijsomvang en eisen die gesteld worden aan het bewijs, zijn echter afhankelijk van het geval, en met name van het bewijs dat door de klager naar voren is gebracht. Op algemene lijnen is derhalve sprake van convergentie met de bewijsrechtelijke aspecten van inhoudelijke afwijzingen door de Commissie, zij het dat de EG-rechtelijke jurisprudentie, zoals vrijwel steeds, uitgebreider en verfijnder is. Naar die EG-jurisprudentie wordt echter niet verwezen. De convergentie lijkt ook hier eerder een gevolg van het toepassen van de algemene bewijsrechtelijke regels op de specifieke mededingingsrechtelijke klachtafwijzing dan rechtstreeks het gevolg van aansluiting bij EG-jurisprudentie inzake bewijs.

#### 4.3 Bewijsnood bij de klager

De klager kan in bewijsnood verkeren. Het kan voor hem bijna onmogelijk zijn het bewijs dat sprake is van een inbreuk op de mededingingsregels, boven water te krijgen. Dat laatste geldt soms ook voor de NMa, maar de NMa beschikt over onderzoeksbevoegdheden, zoals de bevoegdheid bedrijfsbezoeken af te leggen of materiaal op te vragen, die de klager moet ontberen. De vraag is of de NMa in gevallen van bewijsnood bij de klager verplicht is – als de klacht in behandeling wordt genomen of zelfs al daarvoor – dergelijke onderzoeksbevoegdheden in te zetten. Uit algemene bewijsrechtelijke vuistregels blijkt dat wanneer de bewijslast op de aanvrager ligt (zoals in casu), er bij bewijsnood in principe geen reden is om die bewijslast te verlichten of te verschuiven, maar dat er in de omstandigheden van een geval toch soms aanleiding toe kan zijn.<sup>162</sup> Die omstandigheden kunnen onder meer zijn gelegen in 'hoe gemakkelijk het bestuursorgaan het feit kon onderzoeken'.<sup>163</sup> Wanneer van de aanvrager redelijkerwijs niet kan worden verwacht over de feitelijke gegevens te beschikken, en die feiten in het bewijsdomein van het bestuursorgaan liggen, dan ligt het op de weg van het bestuursorgaan bij te dragen aan de bewijsoverlevering. De gevraagde 'actieve participatie' van het bestuursorgaan is echter mede afhankelijk van de vraag hoe gemakkelijk hij wel toegang tot het materiaal heeft en ook van de strekking van de materiële wet.<sup>164</sup>

---

160 Rechtbank 3 februari 2005, Leesportefeuille.

161 Zie bijv. zaak T-575/93, Koelman.

162 Zie Schuurmans 2005, p. 201, met verdere verwijzingen naar jurisprudentie.

163 Schuurmans 2005, p. 203.

164 Zie Schuurmans 2005, p. 215, opnieuw met verwijzing naar jurisprudentie.

Ook van de NMa wordt door de uitspraken van de rechtbank een ‘actieve houding’ bij zijn toezichthoudende taak verwacht.<sup>165</sup> Dit uitgangspunt, gekoppeld aan de hiervoor uit algemene bestuursrechtelijke jurisprudentie af te leiden regels, zou tot de conclusie kunnen leiden dat het inderdaad op de weg van de NMa kan liggen om de klager bij te staan in de bewijslevering, door gebruik te maken van haar onderzoeksbevoegdheden. Deze conclusie dient echter met de nodige voorzichtigheid te worden benaderd. Zo geldt ten eerste dat het in de gevallen waarin de ‘actieve participatie’ ertoe leidde dat het bestuursorgaan bij bewijsnood diende in te springen, niet ging om een aanvraag van een besluit met belastende gevolgen voor een derde. Dat is wel het geval bij een klacht die wordt geacht te zijn gericht op het verkrijgen van een handhavingsbesluit dat tot een ander is gericht. Onder deze omstandigheden lijkt het mij in ieder geval onaanvaardbaar dat bewijsnood van de klager zou leiden tot een verlichting van de bewijslast voor de NMa bij de toewijzing van de klacht: er kan geen lagere bewijsmaatstaf gelden. Daarom kan ook worden betwijfeld of de verschuiving van bewijslast van de klager naar de NMa wel kan worden aanvaard. Daar kan echter tegenover worden gesteld dat bij een ambtshalve onderzoek naar dezelfde gedraging de bewijslast geheel op de NMa rust, zodat een verschuiving bij bewijsnood bij de klager geen principiële verschil uit maakt. Een tweede nuancering van de stelling dat bewijsnood zou kunnen nopen tot het moeten inzetten van onderzoeksbevoegdheden, is gelegen in K.I. Stations. Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de NMa bij zijn onderzoek naar aanleiding van een klacht de *proportionaliteit* van onderzoeksmaatregelen in acht moet nemen. De rechtbank stelt: ‘de ernst van de gestelde gedragingen en de mate van aannemelijkheid van de gestelde gedragingen dient daarbij afgewogen te worden tegen onder meer de gevolgen die een onderzoek heeft voor de onderneming tegen wie de klacht is gericht’.<sup>166</sup> Het belang van de beklagde onderneming, op wie de onderzoeksmaatregelen zullen zijn gericht, speelt derhalve een rol; een helpende hand voor de in bewijsnood verkerende klager stuit in ieder geval op deze proportionaliteitsgrens.

– *Bewijsnood in EG-jurisprudentie*

In EG-jurisprudentie is wellicht ondersteuning te vinden voor het verplicht inzetten van onderzoeksbevoegdheden. Uit het Sytraval-arrest zou kunnen worden afgeleid dat de Commissie onder omstandigheden *verplicht* kan zijn onderzoeksmaatregelen te nemen. In dit arrest stelt het Gerecht vast dat het voor een klager moeilijk kan zijn informatie te vergaren die de inbreuk kan staven, terwijl de Commissie daartoe over onderzoeksmogelijkheden beschikt.<sup>167</sup> De klacht in dit arrest had betrekking op een

---

<sup>165</sup> Rechtbank 13 december 2004, VVR.

<sup>166</sup> Rechtbank 22 februari 2006, K.I. Stations.

<sup>167</sup> Het Gerecht overweegt in zaak T-95/94, Sytraval, ov. 56-59 (cursief AG): ‘het verzamelen van de noodzakelijke inlichtingen en gegevens om de juistheid van een klacht te onderzoeken, waarvan de Commissie (...) zelf heeft toegegeven dat ze geloofwaardig was, *is voor de indieners van een klacht veel moeilijker dan voor de Commissie*. De indieners van een klacht ontmoeten in het algemeen een tegenwerking van de administratie, die inherent is aan dit soort stappen, omdat zij – zonder over enig dwangmiddel te beschikken – een bevestiging van de grieven dienen te verkrijgen, die zij juist opwerpen bij diensten ten aanzien waarvan zij vermoeden dat zij zich schuldig maken aan een schending van de communautaire regeling op het gebied van de staatssteun. Daarentegen beschikt de Commissie over middelen die doeltreffender zijn en beter geschikt zijn om de voor een zorgvuldig en onpartijdig onderzoek van de klacht noodzakelijke inlichtingen in te winnen’.

inbreuk op de staatssteunregels door een overheidsorgaan. Dat is niet helemaal een met het mededingingsrecht vergelijkbare procedure, maar de mededingingsrechtelijke klager bevindt zich in een vergelijkbaar moeilijke bewijspositie.<sup>168</sup> Daarbij moet echter ook worden aangetekend dat de conclusie dat de Commissie in dergelijke gevallen – waarin overigens wel al een begin van bewijs is geleverd door de klager – haar onderzoeksbevoegdheden moet inzetten, door de Europese rechter niet eenduidig is bevestigd. Noch is zij echter expliciet ontkend.<sup>169</sup> Ter nuancering van een mogelijke verplichting voor de Commissie komt daar nog bij dat uit EG-jurisprudentie ook blijkt dat de Commissie, althans bij een prioriteringsbesluit, in de belangenafweging mag betrekken dat voor een specifiek onderzoek verificaties noodzakelijk zijn, waarbij ‘omvangrijke middelen moesten worden aangewend’.<sup>170</sup> Een algemene onderzoeksverplichting bij bewijsnood kan derhalve ook uit EG-jurisprudentie niet met zekerheid worden afgeleid.<sup>171</sup>

#### 4.4 Slotopmerking over bewijsrechtelijke aspecten

De uitspraken van de mededingingsbestuursrechter leiden ten aanzien van de vraag naar convergentie van bewijsrechtelijke aspecten van de afwijzing van klachten tot de conclusie dat van expliciete convergentie geen sprake is. Het bewijsrecht komt al niet steeds expliciet ter sprake en EG-rechtelijke jurisprudentie of andere bronnen worden in het geheel niet genoemd. Dat neemt niet weg dat de algemene lijnen voor bewijslastverdeling en bewijsmaatstaf voor de NMa niet in essentie afwijken van die bij de Commissie, hoewel aan de bewijsmaatstaf door de NMa steeds gemakkelijker lijkt te kunnen worden voldaan dan door de Commissie. Materiële bewijslastverdelingsregels – zoals presumpties die dicht tegen de desbetreffende materiële bepaling aanliggen en die kunnen worden gevonden bij zowel het kartelverbod als bij het concentratietoezicht (zie hoofdstuk 6, par. 4.3 en hoofdstuk 7, par. 4.2.3) – zijn bij afwijzing van klachten in het geheel niet aan de orde, althans niet in de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter. Deze rechter vindt de bewijsregels in de nationale context, ook al is de prioriteringsbevoegdheid gebaseerd op de equivalente EG-bevoegdheid en betreft de klacht gedragingen die door geconvergeerde wettelijke bepalingen wordt genormeerd, en ook al is zij onder invloed van EG-mededingingsrecht door de rechter als aanvraag aangemerkt. De geconstateerde overeenkomsten tussen de bewijslastverdeling, en in mindere mate voor de bewijsmaatstaf, zijn

---

168 Vgl. Kerse 1997, p. 234-235; Kerse & Khan 2005, p. 87.

169 In hoger beroep wordt het Gerecht teruggefloten, maar komt dit specifieke punt niet expliciet aan de orde. Wel zegt het Hof dat de Commissie *niet* verplicht is ambtshalve ‘de grieven te onderzoeken die de klager ongetwijfeld zou hebben opgeworpen, indien hij kennis had kunnen nemen van de elementen die de Commissie in het kader van haar onderzoek heeft verzameld. Dit criterium, dat de Commissie verplicht zich in gedachten van de klager te verplaatsen, is immers ongeschikt ter afbakening van de op de Commissie rustende onderzoeksverplichting’, zaak C-367/95 P, Sytraval, ov. 60-61.

170 Zaak T-62/99, Sodima, ov. 49.

171 Vgl. ook de al wat oudere zaak CICCE, waarin de klager aan de Commissie verzoekt ‘gebruik te maken van haar onderzoeksbevoegdheden’ nadat zij van de Commissie te horen heeft gekregen onvoldoende bewijsmateriaal te hebben geleverd. Het Hof stelt CICCE niet in het gelijk, omdat in de omstandigheden van dit geval de Commissie juist van CICCE kon verlangen ‘dat het gestelde misbruik werd bewezen of althans gestaafd met voorbeelden die betrekking hadden op bepaalde films’, zaak 298/83, CICCE, ov. 25.

derhalve niet alleen impliciet, aan de gelijkheid ligt ook een alternatieve verklaring ten grondslag, dat wil zeggen een verklaring die niet rechtstreeks is gelegen in de wettelijke materiële convergentie.

Bij prioriteringsafwijzingen is sprake van bewijsrechtelijke divergentie. De klager lijkt in het nationale systeem ook in te moeten gaan op de prioriteringscriteria, hoewel het onduidelijk is hoever deze verplichting gaat. Op de NMa rust vervolgens een lichte onderzoeksplicht en een lichte bewijslast; lichter dan wat uit EG-jurisprudentie kan worden afgeleid als rustend op de Commissie. De bewijsmaatstaf is laag, lager dan bij een inhoudelijke afwijzing en lager dan bij een prioriteringsbesluit van de Commissie. Het gaat om inzichtelijk maken, en daarbij hoeft een gebrek aan mankracht om een klacht te onderzoeken kennelijk niet te worden bewezen. Daarmee lijken de barrières van prioritering voor de klager in het nationale recht hoger dan in het EG-recht en kan de vraag worden gesteld of de grenzen van de Europese eisen van effectieve handhaving niet worden benaderd. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.1, lijkt het onwaarschijnlijk dat deze eisen in stelling kunnen worden gebracht als de mededingingsrechtelijke klager in het nationale recht hetzelfde wordt behandeld als bij de Commissie. Dat lijkt juist niet het geval te zijn. In paragraaf 6 kom ik hier op terug.

## 5 TOETSING

De toetsing door de rechter van besluiten waarbij een klacht wordt afgewezen, hangt samen met de vraag of de NMa beslisruimte toekomt. Deze beslisruimte wordt uit de wettelijke bepalingen niet direct duidelijk. De toetsing van besluiten omvat niet alleen de toets van de vraag of aan de voorwaarden voor bevoegdheidsuitoefening is voldaan en welke actie daar op moet volgen, maar ook de totstandkomingsprocedure, waaronder de waarborging van de rechten van verdediging (zie hoofdstuk 4, par. 3.2). Omdat hoorrechten van de klager hiervoor al uitgebreid aan de orde zijn gekomen (par. 2.4, 3.3 en 3.5), beperk ik mij in deze paragraaf te dien aanzien tot een enkele opmerking.

### 5.1 Toetsing van prioriteringsbesluiten

De bevoegdheid tot afwijzing van klachten op grond van prioritering is een discretionaire bevoegdheid, zo blijkt. Er is sprake van een ‘grote vrijheid om te bepalen welke klachten wel of niet in (nader) onderzoek’ worden genomen.<sup>172</sup> Er is sprake van *beleidsvrijheid*. Volgens de rechtbank is dit ‘vaste jurisprudentie’.<sup>173</sup> Het CBb stelt ‘dat er in dit soort zaken (...) geen sprake [is] van gebonden besluitvorming’.<sup>174</sup> De kwalificatie van de bevoegdheid om prioriteringsbesluiten te nemen als een discretionaire bevoegdheid, komt overeen met de EG-jurisprudentie over de bevoegdheid van

---

<sup>172</sup> Rechtbank 13 december 2004, VVR.

<sup>173</sup> Rechtbank 17 oktober 2007, CNV.

<sup>174</sup> CBb 11 november 2005, VVR.



de Commissie,<sup>175</sup> hoewel de Commissie niet over deze discretionaire bevoegdheid beschikt wanneer de klacht betrekking heeft op een bevoegdheid die tot haar exclusieve competentie behoort.<sup>176</sup> Hoewel het toekennen van de prioriteringsbevoegdheid aan de NMa een rechtstreeks gevolg lijkt te zijn van de wettelijke materiële convergentie, of eigenlijk de equivalente bevoegdheid van de Commissie (par. 3.1), verwijst de nationale rechter niet naar deze kwalificatie van de bevoegdheid van de Commissie.

Zowel het prioriteringsbeleid als de toepassing van het beleid in het concrete geval wordt door de rechtbank getoetst. Het beleid werd door de rechtbank in CZ ‘niet in strijd met de wet of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur’ geacht,<sup>177</sup> maar niet in elke uitspraak wordt deze toetsing van het algemene beleid opnieuw herhaald,<sup>178</sup> en de weergave van het beleid in de NMa-brochure Klachten is door de rechter niet getoetst. De toetsing in concreto vindt plaats vanuit het perspectief van de klager wiens klacht is afgewezen; mij zijn geen uitspraken bekend waarin een klacht door de NMa wel wordt onderzocht en de beklagde onderneming stelt dat de klacht op grond van het prioriteringsbeleid had moeten worden afgewezen.<sup>179</sup> De toetsing van de afweging van de belangen is daarbij een redelijkheidstoetsing.

Het CBb stelt dat er ‘geen aanknopingspunten zijn dat de d-g NMa *niet in redelijkheid* heeft kunnen besluiten’ de klacht op grond van het prioriteringsbeleid af te wijzen.<sup>180</sup> De rechtbank gebruikt vergelijkbare bewoordingen.<sup>181</sup>

Uitspraken laten zien dat de toetsing niet alleen op papier een marginale redelijkheidstoetsing is, en daarmee niet indringend, maar dat zij ook daadwerkelijk coulant is. De samenhang met de lichte onderzoeksplicht en de niet al te zware bewijsmaatstaf voor de NMa wordt duidelijk: het is voor de NMa niet moeilijk een klacht op grond van prioritering af te wijzen. Niet doorslaggevend maar wel illustratief is dat in geen van de uitspraken het beroep op grond van een onjuiste afweging van belangen gegrond wordt verklaard.

#### – *Toetsing en convergentie*

De toetsing wijkt op papier niet af van de algemene bestuursrechtelijke toets bij beleidsvrijheid (zie hoofdstuk 4, par. 3.3.4). Zij wijkt ook niet af van de toets van de belangenafweging in bijvoorbeeld het omgevingsrecht, die eveneens een ‘vrije bevoegdheidstoepassing’ betreft.<sup>182</sup> De belangenafweging kent in de praktijk in het omgevingsrecht wel andere accenten en de beleidsruimte om niet te handhaven is beperkter (zie par. 2.1), maar ook hier leidt een beroep bij de rechter zelden tot

---

175 Bijv. in zaak C-119/97 P, UFEX, ov. 88 en 89; zaak C-449/98 P, IECC ov. 36; zaak T-62/99, Sodima, ov. 41.

176 Zaak T-24/90, Automec II, ov. 75; zaak T-62/99, Sodima, ov. 36-40.

177 Rechtbank 3 december 2004, CZ.

178 Bijvoorbeeld niet in rechtbank 17 oktober 2007, CNV.

179 Zaak T-77/92, Parker Pen is een EG-rechtelijk voorbeeld van een dergelijk beroep.

180 CBb 11 november 2005, VVR.

181 Bijv. rechtbank 13 december 2004, VVR; rechtbank 22 december 2005, Gidi; en rechtbank 3 december 2004, CZ.

182 Zie Michiels 2004 b.

vernietiging.<sup>183</sup> Ook in het EG-recht is de toetsing afstandelijk. De rechter mag ‘niet zijn beoordeling van het communautair belang op de plaats stellen van die van de Commissie’.<sup>184</sup> Derhalve is ‘de door het Gerecht uit te oefenen wettigheidstoetsing er op gericht na te gaan, of het litigieuze besluit niet op kennelijk onjuiste feitelijke gegevens berust, danwel onwettig is wegens rechtsdwaling, kennelijke beoordelingsfouten of misbruik van bevoegdheid’.<sup>185</sup> Wat de toetsing betreft is er derhalve sprake van convergentie. Deze is impliciet, het EG-recht wordt niet genoemd. De convergentie kan bovendien worden verklaard als het gevolg van het toepassen van de algemene nationale bestuursrechtelijke toetsingswijze, die in grote lijnen overeenkomt met de algemene toetsingswijze door de EG-rechter van de (wel op het EG-recht gebaseerde) bevoegdheidsuitoefening.

Zoals in hoofdstuk 4 aangegeven, is zelfs bij een ruime beslisruimte, zoals bij beleidsvrijheid, geen sprake van een onbegrensde vrijheid. In dit geval wordt de vrijheid volgens de rechtbank ‘begrensd door de opdracht van de wetgever – die een actieve houding verlangt – en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur’.<sup>186</sup> Wat met de actieve houding wordt bedoeld, is vrij vaag, nu een prioriteringsbesluit niet snel zal worden vernietigd en het grootste deel van bij de NMa ingediende klachten op deze wijze wordt afgedaan. Ook het Hof overweegt: ‘de discretionaire bevoegdheid is niet onbepikt’,<sup>187</sup> en stelt dat de beslisruimte wordt begrensd door in ieder geval de verplichting een besluit te motiveren, en de onderzoeksverplichting.<sup>188</sup> De toetsing aan het *motiveringsbeginsel* is daadwerkelijk vol<sup>189</sup> en wordt door de gemeenschapsrechter ook ambtshalve ondernomen.<sup>190</sup> Zoals in hoofdstuk 4 genoemd, is het motiveringsbeginsel er mede op gericht ‘de gemeenschapsrechter in staat stellen om zijn toetsing te verrichten’.<sup>191</sup> Wat prioriteringsbesluiten betreft, kan de Commissie ‘niet volstaan met een abstracte verwijzing naar het communautair belang,’ integendeel, zij dient aan te geven ‘op grond van welke juridische en feitelijke overwegingen zij heeft geconcludeerd, dat er niet sprake was van een zodanig communautair belang, dat onderzoeksmaatregelen gerechtvaardigd waren’.<sup>192</sup> Toetsing aan het motiveringsbeginsel kan in de praktijk bij de EG-rechter derhalve leiden tot een intensieve toets van de feitelijke grondslag, en ook andere aan een prioriteringsbeslissing ten grondslag liggende stellingen worden tegen een kritisch licht gehouden.<sup>193</sup> Deze toetsingswijze is aan de orde in arresten waarin een Commis-

---

183 Zie de in de vorige noot genoemde annotatie van Michiels, die verwijst naar Gundelach & Michiels 2003.

184 Zaak T-62/99, Sodima, ov. 42.

185 Zaak T-37/92, BEUC, ov. 45; zaak T-62/99, Sodima, ov. 42; en eerder zaak T-24/90, Automec II, ov. 79-80.

186 Rechtbank 13 december 2004, VVR.

187 Zaak C-119/97 P, UFEX, ov. 89; zaak T-62/99, Sodima, ov. 42.

188 Zaak C-119/97 P, UFEX, ov. 90; zie ook zaak C-449/98 P, IECC, ov. 45.

189 Zie bijv. zaak T-95/94, Sytraval, ov. 54.

190 Zie bijv. zaak T-112/99, Métropole M6, ov. 43.

191 Zie bijv. zaak T-112/99, Métropole M6, ov. 44; zaak T-114/92, Bemim, ov. 41; zaak T-155/04, Selex Sistemi.

192 Zaak T-37/92, BEUC, ov. 47.

193 Vgl. Kerse 1997, p. 237.

siebeschikking uiteindelijk wél wordt geaccepteerd,<sup>194</sup> maar kan ook leiden tot een vernietiging van het prioriteringsbesluit.<sup>195</sup>

Deze toetsing aan het motiveringsbeginsel, die in theorie bij een marginale redelijkheidstoetsing ook vol is bij de nationale bestuursrechter (zie hoofdstuk 4, par. 3.3.3), levert ten aanzien van toetsing van prioriteringsbesluiten van de NMa niet een vergelijkbaar intensief beeld op. Op de motivering van de prioriteringsafwijzingen wordt dan ook kritiek geuit.<sup>196</sup> Toetsing van prioriteringsbesluiten vindt met name plaats aan het voorschrift van artikel 3:4 Awb, waarin belangenafweging wordt voorgeschreven. De belangenafweging is echter de kern van de beleidsvrijheid en wordt juist met afstand getoetst. De nationale rechter lijkt derhalve de NMa bij toetsing van prioriteringsbesluiten minder dicht op de huid te zitten dan de Europese rechter de Commissie, en laat zich ook niet – dat is althans niet uit de uitspraken gebleken – inspireren door die Europese toetsing.

## 5.2 Toetsing van inhoudelijke afwijzingsbesluiten

Wanneer de NMa na onderzoek naar de gegrondheid van een klacht tot de conclusie komt dat geen sprake is van een inbreuk, dient zij de klacht af te wijzen. In deze rechtsgevolgenkant van de bevoegdheidsuitoefening (vergelijk hoofdstuk 4, par. 3.2) zit *geen* beslisruimte voor de NMa. Andersom, als een klacht gegrond is, dan is er voor de NMa *wel* beslisruimte ten aanzien van de vraag welke gevolgen daaraan worden verbonden. De ‘tussensituatie’, dat na het opmaken van een rapport toch geen sanctie wordt opgelegd, is wat onduidelijk.

Het CBb stelt hierover: ‘de d-g NMa heeft ontkend dat de aan Carglass in het rapport van 16 juni 1999 tegengeworpen gedragingen als misbruikelijk konden gelden, mede gelet op de per 1 januari 2001 aangekondigde veranderingen in die gedragingen. Daarmee wordt een criterium gehanteerd dat voor de vraag of een boete dient te worden opgelegd, niet het enig mogelijke is. De keuze voor dat criterium valt echter in het algemeen binnen de *beoordelingsvrijheid* van de d-g NMa bij de behandeling van klachten en bij het opleggen van sancties’.<sup>197</sup>

Als door het CBb wordt bedoeld dat de NMa in een dergelijke situatie – rapport, gedragswijziging – de vrijheid heeft om alsnog af te zien van het opleggen van een sanctie, zou dat vallen onder de *beleidsvrijheid* van de NMa (in de door mij in navolging van de uit de Nederlandse doctrine afgeleide algemeen gebruikte terminologie, zie hoofdstuk 4, par. 3.3.4).<sup>198</sup> Dit betreft echter niet het in een dergelijke

---

194 Vgl. zaak T-62/99, Sodima, ov. 44.

195 Bijv. zaak T-37/92, BEUC.

196 Zie bijv. het verslag van de Vaste Kamercommissie voor Economische Zaken met de Minister (TK 2007-2008 31055 en 24036, nr. 5, p. 3-4), waarin de Minister belooft de motivering van prioriteringsbesluiten bij de NMa aan de orde te stellen.

197 CBb 17 november 2004, Carglass.

198 Het is de vraag of de NMa deze bevoegdheid (los van een toezeggingsbesluit) wel heeft; hier is eerder sprake van het afzien van een bevoegdheid in de zin van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 29 september 2008, Mn Services. Het niet opleggen van een sanctie na het vaststellen van een overtreding is niet een bevoegdheid waarover DNB beschikt, wel is de brief waarbij wordt

situatie alsnog afwijzen van de klacht, zo lijkt me. De passage van het CBb zou ook gelezen kunnen worden als betrekking hebbend op de beslissruimte bij de kwalificatie van de feiten (als misbruikelijk), in welk geval inderdaad sprake is van beoordelingsvrijheid. Toetsing van de inhoudelijke afwijzing betreft verschillende onderdelen: de juridische interpretatie van mededingingsrechtelijke normen en begrippen kan aan de orde zijn, maar ook het onderzoek naar de feiten, de kwalificatie van die feiten, de procedurele kant van het onderzoek en de motivering van het besluit. Al deze onderdelen worden in beginsel vol getoetst – in overeenstemming met de algemene toetsingsuitgangspunten en niet anders dan in de EG-rechtelijke jurisprudentie<sup>199</sup> – zij het dat bij de *kwalificatievraag* derhalve sprake kan zijn van beslissruimte.

Uit VVV II blijkt bijvoorbeeld de volle toetsing van de uitleg van juridische begrippen – namelijk de vraag of misbruik door middel van het opleggen van onredelijke voorwaarden zich kan voordoen als er geen hoge prijzen aan de orde zijn.<sup>200</sup> In Boontje (gemeente Castricum) staat de interpretatie van het ondernemingsbegrip tot volle beoordeling van de rechter.<sup>201</sup>

Toetsing van kwalificatievragen en toetsing van het onderzoek worden in uitspraken niet steeds duidelijk onderscheiden: de vraag of de NMa al dan niet terecht inhoudelijk de klacht heeft afgewezen, wordt met name getoetst door het onderzoek van de NMa tegen het licht te houden. De op deze wijze verrichtte toetsing kan vrij formeel blijven, in die zin dat de inhoud van de klacht niet daadwerkelijk aan de orde komt. De rechtbank gaat daarbij echter niet altijd in op de algemene onderzoeksverplichting en of daaraan is voldaan (vergelijk par. 3.6).

Een goed voorbeeld van een formele toetsing is K.I. Stations.<sup>202</sup> Daarin wordt meer aandacht besteed aan de formele kant van de onderzoeksstappen die door de NMa zijn verricht dan aan de materiële juistheid van de uitkomst van het onderzoek. Een voorbeeld waarin niet wordt ingegaan op de onderzoeksverplichting in algemene zin, maar slechts ten aanzien van de betreffende casus, is Leesportefeuille. Daarin zet de rechtbank wel het onderzoek, op basis van de stukken uit het dossier, op een rij, maar geeft geen algemene overwegingen. De rechtbank concludeert dan korthedshalve dat de NMa een juist oordeel over het mogelijk misbruik heeft gegeven.<sup>203</sup>

Het voorgaande neemt niet weg dat er ook uitspraken zijn waarin de inhoudelijke juistheid van de conclusie van de NMa ten aanzien van het gedrag duidelijker wordt getoetst. Ook bij toetsing van het onderzoek schroomt de rechtbank bovendien niet, indien het onderzoek tekort schiet, om aanwijzingen te geven op welke wijze het onderzoek wel had moeten plaatsvinden; hieruit blijkt de volle toets aan procedurele

---

aangekondigd dat geen sanctie zal worden opgelegd, gericht op rechtsgevolg (een rechtsoordeel waartegen beroep open staat), zie ook hoofdstuk 5, par. 5.3.

199 Zie voor EG-recht recentelijk bijv. zaak T-155/04, Selex Sistemi, waarin de vraag of Eurocontrol bij (o.a.) normalisatiewerkzaamheden en onderzoek- en ontwikkelingswerkzaamheden als onderneming moet worden aangemerkt, vol aan de orde komt bij de rechter.

200 Rechtbank 2 september 2005, VVV II.

201 Rechtbank 19 december 2005 en CBb 15 januari 2008, Boontje (gemeente Castricum).

202 Rechtbank 22 februari 2006, K.I. Stations.

203 Rechtbank 3 februari 2005, Leesportefeuille, vergelijkbaar is rechtbank 21 augustus 2007, Fysiotherapeuten.

beginselen. Een voorbeeld is SIMN III, waarin de rechtbank uiteenzet welke stappen de NMa in het onderzoek had moeten zetten.<sup>204</sup>

Een meer inhoudelijke toets is bijvoorbeeld aan de orde in FHRS, waar de NMa heeft aangenomen dat er geen sprake is van een leveringsweigerings en derhalve geen sprake van misbruik van machtspositie: de NMa is ‘aan de hand van de onderzochte gedragingen terecht’ tot deze conclusie gekomen.<sup>205</sup> Ook in Boontje (gemeente Castricum) is sprake van een inhoudelijke toets. Het CBB voorziet zelf in de zaak, ondanks een gegrond hoger beroep en – niet in deze zaak expliciet bevestigde – beoordelingsvrijheid voor de NMa en tekortschieten van het onderzoek door de NMa. Bij de rechter ging de discussie vooral over de vraag of bij staatssteun ook sprake kan zijn van een ondernemingsactiviteit; de NMa had dit nader moeten onderzoeken. Het CBB voorziet zelf, omdat de klacht door de NMa ‘terecht is afgewezen’, nu de gedraging, of de gemeente nu wel of niet handelde als onderneming, ‘niet is aan te merken als misbruik’, dan wel ‘de klager geen enkel aanknopingspunt voor onderzoek [bevat] dat tot de conclusie zou leiden’ dat de gemeente haar positie misbruikt.<sup>206</sup>

De uitspraken overziende, lijkt echter over het algemeen eerder een formele dan een inhoudelijk materiële toets te worden aangelegd.

#### – *Toetsing en convergentie*

Toetsing door het Gerecht vindt plaats volgens de vragen of de door de klager naar voren gebrachte bewijselementen juist zijn, en vervolgens of in dat licht de Commissiebeschikking een passend onderzoek van de feitelijke en juridische elementen omvat.<sup>207</sup> De toets is bij inhoudelijke afwijzingen eerder vol dan afstandelijk. Dat neemt niet weg dat de nuancering ten aanzien van de beoordelingsruimte voor de toezichthouder terugkomt (vergelijk hoofdstuk 4, par. 3.4): wanneer de Commissie om inhoudelijke redenen een klacht afwijst, kan er sprake zijn van ‘ingewikkelde economische beoordelingen’, in welk geval de ‘rechterlijke controle zich moet beperken tot de vraag of de procedurevoorschriften en de motiveringsregels in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijke onjuiste beoordeling, dan wel misbruik van bevoegdheid’.<sup>208</sup> De onderzoeksplicht en het motiveringsbeginsel hangen samen, nu het motiveringsbeginsel de rechter in staat stelt te toetsen of aan de onderzoeksplicht is voldaan. Aan het motiveringsbeginsel wordt in de nationale uitspraken weliswaar in theorie ook vol getoetst, en het speelt bij inhoudelijke afwijzingen een grotere rol dan in de uitspraken betreffende prioritering (zo stelt de rechtbank in de Leesportefeuille-uitspraak dat de motivering van het onderzoek tekortschiet, en geeft daarbij aan welke elementen in de motivering ontbreken),<sup>209</sup> maar het treedt in de praktijk niettemin minder op de voorgrond dan bij de EG-rechter.

---

204 Rechtbank 16 augustus 2005, ACN (SIMN III).

205 Rechtbank 22 februari 2006, FHRS; bevestigd in hoger beroep CBB, 19 februari 2008, FHRS.

206 CBB 15 januari 2008, Boontje (gemeente Castricum).

207 Zaak T-7/92, Asia Motor France e.a., ov. 37.

208 Zaak T-7/92, Asia Motor France e.a., ov. 33; gev. zaken 142 & 156/84, Bat & Reynolds; zaak C-225/91, Matra.

209 Rechtbank 3 februari 2005, Leesportefeuille; zie ook rechtbank 2 september 2005, VVV II.

De EG-rechter toetst derhalve vol aan het motiveringsbeginsel en doet dat zonedig ook ambtshalve. Daar komt bij dat, hoewel zowel in de nationale uitspraken als in de Europese rechtspraak getoetst wordt of het onderzoek voldoende is, het Hof expliciet heeft geoordeeld dat bij beoordelingsvrijheid het in acht nemen van de administratieve procedures des te belangrijker is (zie hoofdstuk 4, par. 3.4.3). Net als bij toetsing van complexe economische beoordelingen bij toepassing van het kartelverbod en in het concentratietoezicht past de EG-rechter hier de techniek van de communicerende vaten toe. Het vat dat een ‘zorgvuldig en onpartijdig onderzoek’ bevat, wint bij toetsing van complexe analyses aan belang.<sup>210</sup> Ook wordt in de administratieve procedure op EG-niveau meer aandacht besteedt aan de waarborging van de procedurele rechten van de klager. Die rechten van de klager komen niet duidelijk naar voren in uitspraken van de nationale mededingingsrechter (zie par. 3.3 en 3.4). Weliswaar blijkt uit de CBb-uitspraak in Carglass dat de vraag of de klager voldoende is gehoord door de rechter ten volle wordt beoordeeld, maar de rechten van verdediging zijn niet een principieel belangrijk punt.

Zoals blijkt, volgt de toetsing van inhoudelijke afwijzingen op nationaal en Europees niveau wel een vergelijkbaar stramen, maar toch geldt dat de toetsing door de Europese rechter in de praktijk een stringenter aanzien heeft dan de toetsing door de nationale rechter, die bovendien, en meer dan de EG-toetsing, van zaak tot zaak lijkt te verschillen. De in de Europese rechtspraak te signaleren ontwikkeling ten aanzien van de bescherming van de rechten van de klagers en het algemene kader voor de onderzoekspllicht die op de Commissie rust, komt vooralsnog niet terug in de uitspraken van de nationale rechter. De in de EG-jurisprudentie uitgewerkte beginselen zijn ondertussen neergelegd in regelgeving, maar ook aan deze jurisprudentie, regelgeving en het beleid van de Commissie wordt in de nationale uitspraken niet gerefereerd.

### **5.3 Slotopmerking ten aanzien van toetsing**

De toetsing van de afwijzing van een klacht lijkt op nationaal niveau minder vol te zijn dan de toets door de Europese rechter. Dit geldt met name voor toetsing van prioriteringsbesluiten, waar sprake is van beslisruimte voor de NMa. Het motiveringsbeginsel speelt voor de nationale rechter in de toetsing van prioriteringsbesluiten vooralsnog een ondergeschikte rol, terwijl dat in de EG-rechtelijke jurisprudentie meer centraal staat. Door die toets wordt alsnog een achterdeur naar een vrij stringente inhoudelijke toets geopend (zie hoofdstuk 4, par. 3.4.3). Inhoudelijke afwijzingsbesluiten worden door de mededingingsbestuursrechter vol getoetst. Dit geldt voor de feitenvaststelling, en dus wordt het onderzoek vol aan de orde gesteld en getoetst of wat de rechten van de klager betreft, zoals het recht om gehoord te worden, aan de vereisten van de Awb is voldaan, hoewel dat niet vaak aan de orde is in de uitspraken. Het geldt ook voor het recht op een gemotiveerde beschikking, en betreft daarnaast de juridische interpretatie. De NMa beschikt bij de beoordeling van kwalificatievragen over een zekere beoordelingsruimte, en ook dat is in overeenstemming met algemene toetsing, zowel in het nationale recht als in het Europese

---

210 Zaak T-7/92, *Asia Motor France e.a.*, ov. 34.

recht. Toch worden ook inhoudelijke afwijzingen in EG-jurisprudentie strikter getoetst dan in nationale uitspraken. Het verschil lijkt echter minder groot dan bij toetsing van prioriteringsbeslissingen. De nationale rechter refereert niet opnieuw aan de Europeesrechtelijke toetsing of de beslisruimte voor de Commissie.

## 6 CONCLUSIE

Doordat de mededingingsrechtelijke klacht als handhavingsaanvraag is aangemerkt, dient daar een besluit op te volgen. Hoewel hier geen sprake is van wettelijke convergentie, beschikt de NMa, net als de Commissie, over de bevoegdheid klachten af te wijzen wegens een gebrek aan prioriteit (par. 2.1 en par. 3.1). Het afwijzingsbesluit kan derhalve de vorm aannemen van een inhoudelijke afwijzing of van een prioriteringsafwijzing (par. 2.2). Het recht op een besluit betekent dus weliswaar niet een recht op een oordeel over de gegrondheid van de klacht, maar brengt wel een zekere onderzoeksplicht voor de toezichthouder met zich mee. Bovendien dient ook het afwijzingsbesluit te worden gemotiveerd. Vanuit de rechtsbescherming van de klager is er daarbij wel iets voor te zeggen om, als eenmaal de beslissing is genomen de klacht te onderzoeken, aan te nemen dat een inhoudelijk afwijzingsbesluit dient te volgen. Dat is echter niet de stand van de jurisprudentie, noch op nationaal, noch op EG-niveau. Op nationaal niveau komt daar nog bij dat zelfs nadat de NMa door de rechter is gecorrigeerd ten aanzien van de inhoud van het onderzoek, hij mag teruggrijpen op een prioriteringsbesluit (par. 3.7).

### – *Prioritering in de uitspraken*

Hoewel er sprake is van convergentie in de bevoegdheden van NMa en Commissie, is het prioriteringsbeleid van de Commissie meer uitgewerkt en lijken de (jurisprudentiële) kaders waarbinnen de Commissie zijn prioriteringsbevoegdheid uitoefent, strakker te zijn getrokken (par. 3.2). Dat hoeft enerzijds geen bevreemding te wekken, aangezien het beleid van de NMa nog in ontwikkeling is en er relatief weinig nationale rechterlijke uitspraken zijn; zeker van het CBb is het aantal uitspraken beperkt. Belangrijke beleidsdocumenten van de NMa zijn bij de rechter ook nog niet aan de orde gekomen. Anderzijds blijkt uit de analyse van de uitspraken dat de divergentie kritisch kan worden gezien: de onderzoeksplicht die de nationale rechter bij prioriteringsbesluiten aanneemt, is voor de NMa lichter dan voor de Commissie (par. 3.4). De hoorrechten van de klager zijn, in ieder geval in theorie, minder beschermd (par. 3.3). De bewijslastverdeling die de nationale rechter oplegt, lijkt eveneens in het nadeel van de klager te werken, meer dan op EG-niveau het geval is (par. 4.1). Verdedigd zou kunnen worden dat deze bewijslast voor de klager te zwaar is: de NMa zou moeten aantonen dat aan de prioriteringscriteria is voldaan, niet de klager dat daaraan *niet* is voldaan. De bewijsmaatstaf is bovendien voor prioriteringsafwijzing niet zwaar: de NMa lijkt slechts inzichtelijk te hoeven beredeneren dat aan de prioriteringscriteria is voldaan (par. 4.1). Daar komt bij dat de eisen die de rechter in zijn toetsing van prioriteringsbesluiten stelt, ruimhartig zijn: de toetsing van de aan de prioriteringsbesluiten ten grondslag liggende belangenafweging is afstandelijk (par. 5.1). Het betreft een redelijkheidstoetsing, die zou moeten fungeren als een toetsing van de weging van de belangen. Maar de weging werkt in de praktijk bij de NMa eerder als een zeef met kleine gaatjes en dat wordt door de

rechter niet geremedieerd. Ook al wordt wel kritiek uitgeoefend op de motivering van de prioriteringsbesluiten, toch heeft dat vooralsnog niet geleid tot een vernietiging door de rechter. Motivering is, anders dan bij de EG-rechter die ook bij prioriteringsbesluiten van de Commissie de communicerendevatentechniek toepast (zie hoofdstuk 4, par. 3.4.3), zelden een expliciet toetsingspunt voor de rechter. Alles overziend, is het dan ook niet zozeer een individuele uitspraak die tot de conclusie leidt dat de nationale rechter bij prioriteringsbesluiten de NMa meer ruimte geeft dan de Europese rechter aan de Commissie toekent, maar de algemene teneur bij het overzien van de serie uitspraken die tot die conclusie noopt.

De nationale rechter laat zich in prioriteringsuitspraken niet door Europeesrechtelijke equivalenten leiden, althans niet expliciet. Hij verwijst niet waar het gaat om de prioriteringsbevoegdheid, niet voor inhoud of waardering van de verschillende belangen die betrokken moeten worden bij de afweging, niet als het gaat om de onderzoeksplicht, niet bij het vaststellen van bewijslastverdeling of bewijsmaatstaf (die overigens vrij impliciet blijft), en ook niet voor de omvang van de toetsing of de motiveringsplicht voor de NMa. Een EG-rechtelijke verwijzing is gezien de wettelijke regelingen en de wetgeschiedenis niet *noodzakelijk*: de afwijzing van klachten kan als een puur nationale aangelegenheid worden gezien. Maar kanttekeningen zijn mogelijk, waarbij enigszins vooruitgelopen wordt op de conclusies in hoofdstuk 9. Uit de analyse werd duidelijk dat de prioriteringsbevoegdheid in de nationale context een betrekkelijk nieuw fenomeen is, in ieder geval wat de omvang en de wijze betreft waarop deze door de NMa wordt uitgeoefend (zie par. 2.1). De uitoefening door de Commissie is echter wel vergelijkbaar. Een verwijzing daarnaar kan bijdragen aan legitimatie van de bevoegdheidsuitoefening door de NMa. Ten tweede is het, gezien de verwijzingsmogelijkheden tussen de leden van het European Competition Network en afstemmingsproblemen die dat met zich meebrengt, wellicht ook wenselijk dat prioriteringsafwijzingen niet te veel uiteen lopen. Aansluiten bij de uitoefening door de Commissie ligt dan meer voor de hand dan bijvoorbeeld aansluiting bij de nationale beginselplichtjurisprudentie in het omgevingsrecht, waarvan de mededingingsrechtelijke prioriteringsbevoegdheid op enkele principiële punten verschilt (par. 2.1).

#### – *Inhoudelijke afwijzing*

Voordat de NMa een klacht op inhoudelijke gronden kan afwijzen, een afwijzing omdat de klager niet heeft aangetoond dat sprake is van een inbreuk op de mededingingsregels of omdat de NMa aannemelijk maakt dat geen sprake is van een inbreuk (par. 2.2), dient de NMa als uitvloeisel van de zorgvuldige voorbereidingsplicht aan een verplichting van onderzoek te voldoen. De onderzoeksplicht is – net als die voor de Commissie – zwaarder bij een inhoudelijke afwijzing dan bij een afwijzing op grond van prioritering (par. 3.6). In algemene zin hangt de onderzoeksverplichting samen met wat door de klager wordt aangevoerd. De klager dient in ieder geval een begin van bewijs van de inbreuk te leveren. In dat geval ligt op de NMa de verplichting aannemelijk te maken dat geen sprake is van een inbreuk (par. 3.6 en 4.2). De bewijslastverdeling en bewijsmaatstaf wijken niet principieel af van die in het Europese recht. Bewijsnood bij de klager is noch in het nationale, noch in het Europese systeem vooralsnog reden om een andere bewijslastverdeling aan te nemen: bewijsnood verplicht de toezichthouder niet tot het inzetten van onderzoeks-



bevoegdheden (par. 4.3). De toetsing van inhoudelijke afwijzingen is net als in het EG-recht in beginsel vol, hoewel de NMa bij kwalificatievragen over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt (par. 5.2). Het geheel overziend, is er voor de inhoudelijke afwijzing van klachten geen sprake van daadwerkelijke divergentie, zij het dat de onderzoeksverplichting voor de Commissie meer lijkt te zijn ingekaderd en gedetailleerder is voorgeschreven. De nationale rechter verwijst overigens opnieuw niet naar (jurisprudentie betreffende) de onderzoeksverplichting voor de Commissie, motiveringsplicht, bewijslastverdeling of toetsing van de beslisruimte voor de toezichthouder.

– *Rechten van verweer voor de klager*

Een verschil tussen de Europeesrechtelijke behandeling van klachten en nationale behandeling daarvan is dat de rechten van een klager, waaronder het recht om te worden gehoord en het recht op toegang tot documenten, op EG-niveau over het algemeen een grotere erkenning hebben verkregen dan op nationaal niveau. Zoals aangegeven, is de ratio voor het horen van een klager volgens de Awb primair gelegen in de zorgvuldige informatievergaring door het bestuursorgaan en niet in bescherming van de rechten van de klager. De bepalingen van de Mededingingswet waarin in afwijking van de Awb het de belanghebbende toekomstige recht te worden gehoord wel de primaire focus van het hoorrecht is, zijn bij klachtafwijzingen slechts in uitzonderlijke gevallen aan de orde. Dit leidt tot een verschil in *wettelijk* beschermingsniveau en het grotendeels ontbreken van een recht voor de klager op toegang tot documenten waarop het bestuursorgaan de afwijzing baseert. Omdat de focus van dit onderzoek ligt bij de rechterlijke fase van rechtsbescherming, blijft hier enigszins onduidelijk in hoeverre dit verschil in de dagelijkse praktijk bij de NMa doorwerkt. Mijn indruk is dat bij het bestuursorgaan sprake is van een grotendeels gelijkwaardige praktijk. Dat neemt niet weg dat de klager in het nationale systeem een minder sterk *recht* heeft. Omdat in de uitspraken weinig aandacht is voor dit punt, zou daaruit weliswaar kunnen worden geconcludeerd dat de bescherming van hoorrechten van een klager niet van principieel belang wordt geacht, maar hieruit zou net zo goed kunnen worden afgeleid dat de uitoefening van het hoorrecht in de praktijk niet op problemen stuit. Het CBB bevestigt enerzijds het belang van het horen van belanghebbenden, maar lijkt anderzijds dat belang met name ook te zien in de zorgvuldige informatievergaring door de NMa. Hoewel een Wob-verzoek van de klager onder omstandigheden wellicht uitkomst zou kunnen bieden als het gaat om het verkrijgen van toegang tot documenten, heeft de Wob een andere achtergrond dan de bescherming van hoorrechten van de klager. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de klager is er derhalve wel iets voor te zeggen om hier principiële aansluiting bij het EG-recht te zoeken. Een verwijzing naar het EG-recht ligt in dat geval, ter motivering van een verdergaande bescherming, voor de hand, maar is, gelet op de spaarzame verwijzingen in de nationale uitspraken over de afwijzing van klachten, wellicht niet te verwachten.

– *EG-eisen van effectieve handhaving*

In paragraaf 2.1 werden de eisen van effectieve handhaving in herinnering gebracht die het Hof stelt aan de handhaving van EG-rechten, in casu rechten ontleend aan de verbodsbepalingen van artikel 81 en 82 EG (zie ook hoofdstuk 2, par. 2.4). Daarbij merkte ik op dat de handhavingspraktijk bij de NMa waarschijnlijk de toets zal

kunnen doorstaan als de wijze van klachtafwijzing bij de NMa op grote lijnen voldoet aan de normering van het Hof van Commissieoptreden. Deze slotparagraaf geeft de richting aan voor beantwoording van de vraag of de wijze van afwijzing van klachten, met name via prioritering, deze toets kan doorstaan. Enerzijds kan op grond van het voorgaande voorzichtig worden geconcludeerd dat met name het nationale prioriteringsbeleid, inclusief toetsing daarvan door de rechter, voor de klager een hogere barrière opwerpt om een klacht inhoudelijk onderzocht te krijgen dan bij de Commissie. Maar het wordt de klager niet onmogelijk gemaakt zijn klacht in te dienen (hoewel ook het belanghebbendevereiste moet worden overwonnen, zie hoofdstuk 5, par. 3.2.4) en het is weliswaar lastig, maar ook niet onmogelijk, dat de NMa de gegrondheid van de klacht zal onderzoeken. Bovendien is altijd de weg naar de civiele rechter open, een weg die door EG-beleid wellicht steeds begaanbaarder zal worden. Toch geldt, anderzijds, dat de combinatie van een vrij zware plicht voor de klager om zijn klacht te adstrueren voordat door de rechter wordt geoordeeld dat het NMa-onderzoek (vooral bij prioriteringsbeschikkingen) tekortschiet, een lichte onderzoeksverplichting en een lage bewijsmaatstaf voor de NMa, met een marginale toetsing door de rechter (in ieder geval bij prioriteringsafwijzingen), gekoppeld aan de mogelijkheid voor de NMa om na terugfluiten door de rechter vanwege onvoldoende onderzoek terug te grijpen op een prioriteringsbesluit, als problematisch kan worden bestempeld. De al genoemde gang naar de civiele rechter is een van de criteria waarop een klacht kan worden ‘weggeprioriteerd’, maar als prioriteringscriterium geldt ook de ingewikkeldheid en tijdrovendheid van een onderzoek. Deze afwijzingsgronden kunnen ook *tegelijkertijd* aan een prioriteringsafwijzing ten grondslag worden gelegd. Dit maakt het ‘hete aardappel’-probleem duidelijk:<sup>211</sup> het doorschuiven van een klacht naar (uiteindelijk) de civiele rechter, die – in ieder geval vooralsnog, maar het is de vraag in hoeverre de versterking van civiele handhaving daar voor individuele klagers daadwerkelijk verandering in zal brengen – in bepaalde opzichten minder goed is geëquipeerd dan de NMa. Natuurlijk moet het geheel van de handhaving van het mededingingsrecht in ogeschouw worden genomen: een te strenge toets, een te zware onderzoeksverplichting, een te hoge bewijsmaatstaf bij de afwijzing van klachten kan als effect hebben dat meer klachten informeel zullen worden afgedaan, en (nog) minder klachten tot de onderzoeksfase doordringen. Toch kan worden geconcludeerd dat de door de rechter verlangde ‘actieve houding’ van de NMa in de praktijk van de afwijzing van klachten vooralsnog niet zo heel veel activiteit van de NMa vergt.

---

211 De terminologie ‘hete aardappel’ is van VerLoren van Themaat 2004.

## 9 Verbinding, conclusies en aanbevelingen

### 1 INLEIDING

In dit laatste hoofdstuk komen de verschillende onderzoekslijnen samen, waardoor een antwoord kan worden geformuleerd op de in hoofdstuk 1 uiteengezette onderzoeksvraag. Dat leidt tot concrete aanbevelingen. Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 wordt de onderzoeksvraag herhaald en de opzet van het onderzoek samengevat. Paragraaf 3 bevat een eerste aanduiding van het antwoord op de onderzoeksvraag. In paragraaf 4 herhaal ik het overzicht van de eisen van het beginsel van effectieve rechtsbescherming, die vervolgens ten eerste worden betrokken – in paragraaf 5 – op de uitkomsten van het onderzoek naar *materiële* rechterlijke convergentie in uitspraken over het kartelverbod, het concentratietoezicht en de afwijzing van klachten. Paragraaf 6 bevat een evaluatie van de *procedurele* rechterlijke convergentie in het licht van de eisen van effectieve rechtsbescherming. Beide paragrafen bevatten een aanduiding van de knelpunten. Deze evaluatie leidt tot aanbevelingen, die ter herkenning in tekstkaders zijn geplaatst. De aanbevelingen zijn gericht tot de nationale mededingingsbestuursrechter, maar ook aan de mededingingswetgever, en in enkele gevallen, daar waar duidelijk wordt dat sprake is van een het mededingingsrecht overstijgend knelpunt, aan de Awb-wetgever. In paragraaf 7 ga ik in op de overkoepelende eis van het waarborgen van voldoende kennis en expertise bij de mededingingsbestuursrechter. Paragraaf 8 beziet het geheel van aanbevelingen gezamenlijk. Paragraaf 9 sluit dit hoofdstuk af met enkele opmerkingen die een breder kader betreffen: convergentie, effectieve rechtsbescherming en het al dan niet ontstaan van een bestuursrechtelijk *ius commune*.

Omdat in dit hoofdstuk noodzakelijkerwijs veelvuldig wordt terugverwezen naar eerdere hoofdstukken, zijn deze verwijzingen om leesbaarheidsredenen, anders dan in de voorgaande hoofdstukken, in de voetnoten opgenomen.

### 2 ONDERZOEKSVRAAG EN OPZET

De in hoofdstuk 1 geformuleerde onderzoeksvraag bestaat uit twee delen. Het *eerste deel* van de onderzoeksvraag betreft de vraag hoe de materiële convergentie vorm krijgt bij de Nederlandse mededingingsbestuursrechter en of de wettelijke en rechterlijke materiële convergentie leidt tot convergentie op de procedurele terreinen van toegang, bewijs en toetsing. Dit deel van het onderzoek is in de hoofdstukken hiervoor aan de orde gekomen. De daartoe benodigde uitgangspunten van convergen-

tie zijn uiteengezet,<sup>1</sup> de stand van zaken rond toegang, bewijsrecht en toetsing is geschetst,<sup>2</sup> en de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter zijn geanalyseerd. In hoofdstuk 5 kwamen de uitspraken over de toegangsbegrippen belanghebbende en besluit aan de orde. Hoofdstuk 6 bevat de analyse van de materiële convergentie ten aanzien van het kartelverbod en procedurele convergentie op het vlak van bewijsrecht en toetsing door de rechter; hoofdstuk 7 geeft de analyse ten aanzien van het concentratietoezicht; hoofdstuk 8 betreft de afwijzing van klachten, inclusief het prioriteringsbeleid.

Het *tweede deel* van de onderzoeksvraag betreft de vraag hoe de aldus gevonden ontwikkeling dient te worden beoordeeld in het licht van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Daartoe werd in hoofdstuk 2 het toetsingskader geschetst, bestaande uit eisen die voortvloeien uit het EG-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming en het nationale beginsel van effectieve rechtsbescherming. Hoewel met name in hoofdstuk 5 ten aanzien van de toegangsvragen op deze evaluatie is vooruitgelopen vanwege het afgebakende karakter van de daar aan de orde zijnde vragen, wordt het tweede deel van de onderzoeksvraag vooral in dit laatste hoofdstuk beantwoord.

– *Effectieve rechtsbescherming en convergentie*

In dit hoofdstuk komen twee lijnen bijeen: het onderzoek naar rechterlijke convergentie, zowel materieelrechtelijk als procedureelrechtelijk, en de eisen van effectieve rechtsbescherming. De uitkomsten van het onderzoek naar convergentie bij de mededingingsbestuursrechter worden in dit hoofdstuk geëvalueerd. Daartoe dient primair het toetsingskader dat wordt gegeven door de eisen van effectieve rechtsbescherming. Daarnaast kan nu de (mede) aan dit proefschrift ten grondslag liggende veronderstelling dat door de verbinding tussen het materiële en het procedurele recht een ontwikkeling naar een Europeesrechtelijk *ius commune* plaatsvindt, worden getoetst, althans voor het mededingingsrecht in Nederland. Vanuit de eisen van effectieve rechtsbescherming kunnen knelpunten worden gesignaleerd. Deze liggen vooral op het procedurele vlak van toegang, bewijs en toetsing. Ten aanzien van de materiële rechterlijke convergentie kan vooral de vraag worden gesteld of rechterlijke autonomie verder wordt opgegeven dan op grond van de wettelijke materiële convergentie verwacht kan worden. De volgende vraag is of dit problematisch is, in het licht van de eisen van effectieve rechtsbescherming. De lijnen komen ook samen omdat de knelpunten die op het terrein van het procedurele recht liggen, in bepaalde gevallen juist *door rechterlijke convergentie* met het EG-mededingingsrecht kunnen worden opgelost. Een dergelijke oplossing kan de voorkeur verdienen vanwege de samenhang tussen het nationale en Europese materiële mededingingsrecht; soms is die aansluiting om tegemoet te komen aan de eisen van effectieve rechtsbescherming echter onvoldoende.

---

1 Zie hoofdstuk 3.

2 Zie hoofdstuk 4 voor een uiteenzetting over toetsing en bewijs; hoofdstuk 5, par. 2 en par. 4 voor een uiteenzetting over toegang (belanghebbende en besluit).

Een belangrijk punt is dat convergentie in het procedurele recht geen doel op zichzelf is. Zij dient de functie van het daardoor kunnen voldoen aan de eisen van effectieve rechtsbescherming, maar kan – normatief – als alleenstaand argument niet een dragende overweging zijn voor, bijvoorbeeld, een afwijking van het algemene bestuursrecht. Convergentie kan echter wel bijdragen aan een coherent systeem. Coherentie maakt onderdeel uit van de (normatieve) eisen van effectieve rechtsbescherming; daarmee kan het normatief voorschrijven van convergentie een oplossing zijn voor gesignaleerde knelpunten. De eis van coherentie, die des te sterker geldt als het aspect van procedureel recht dicht op de huid van de materiële convergentie zit, omdat de feitelijke keuze van de wetgever voor materiële convergentie een gegeven is, kan derhalve leiden tot het normatief voorschrijven van, bijvoorbeeld, afwijking van het algemene nationale bestuursrecht door middel van procedurele convergentie. Het is ook (feitelijk) een gegeven dat de nationale mededingingsbestuursrechter het convergentieargument inzet om een dergelijk afwijken te onderbouwen. Het streven naar coherentie dient ter legitimatie van die afwijking.

### 3 HET KORTE ANTWOORD OP DE ONDERZOEKSVRAAG

Vooruitlopend op de hierna volgende paragrafen kan op de onderzoeksvraag samengevat het volgende antwoord worden geformuleerd. De *materiële convergentie* zoals die in de Mededingingswet is neergelegd, wordt door de nationale mededingingsbestuursrechter gevolgd: er is sprake van materiële rechterlijke convergentie. Ook waar de wet ruimte laat voor de rechter, bijvoorbeeld bij de toepassing van de materiële vage norm, vult de rechter deze in overeenkomstig EG-rechtelijke voorbeelden. Waar de Mededingingswet geen regeling geeft, bijvoorbeeld ten aanzien van ‘materiële’ bevoegdheden van de NMa – bevoegdheden die nauw zijn verbonden met de toe te passen materiële wetgeving zoals aan de orde bij de afwijzing van klachten en het prioriteringsbeleid – sluit de rechter eveneens aan bij equivalente EG-rechtelijke bevoegdheden, zij het dat deze aansluiting niet steeds wordt geëxpliciteerd. EG-jurisprudentie fungeert voor het materiële recht als precedent, zowel in juridische zin als in feitelijke zin. Ook Commissiebeschikkingen lijken soms de rol van precedent te vervullen. In algemene zin kan derhalve gezegd worden dat voor het materiële recht sprake is van een *Europeesrechtelijke attitude* bij de nationale mededingingsbestuursrechter, zowel de rechtbank als het CBb. Dat is misschien niet erg verrassend, maar er zijn enkele meer venijnige details, die hierna aan bod komen.

Deze materiële convergentie leidt niet op alle vlakken tot *procedurele convergentie*. De procedurele convergentie heeft (in dit proefschrift) in ieder geval twee kanten: die betreffende de convergentie in bevoegdheden en die betreffende de convergentie ten aanzien van toegang, toetsing en bewijs. De ‘procedurele’ bevoegdheden van de NMa – bevoegdheden die minder specifiek zijn verbonden aan het materiële recht – ten aanzien waarvan de Mededingingswet soms zwijgt terwijl het EG-recht in bevoegdheden voor de Commissie voorziet, worden door de rechter soms ingevuld overeenkomstig de communautaire bevoegdheden. Tegelijkertijd geldt voor de rechter echter ook het adagium dat de convergentiebedoeling van de wetgever zich niet noodzakelijkerwijs uitstrekt tot procedure of bevoegdheden. In ieder geval waar de Mededingingswet of de Awb in een eigen, van het EG-recht divergerende,

regeling voorziet, geldt die eigen regeling. De algemene bestuursrechtelijke regels betreffende toegang, bewijs en toetsing blijken op nationaal en Europees niveau voor een groot deel overeen te komen, in ieder geval op systeemniveau. Zij verschillen echter duidelijk op onderdelen. Een aantal leerstukken, met name in het bewijsrecht en ten aanzien van de toetsing, is vooral op nationaal niveau niet of veel minder uitgekristalliseerd. Een verschil in benadering op Europees niveau en nationaal niveau kan spanning opleveren voor de nationale mededingingsbestuursrechter. Ter oplossing van deze spanning sluit de rechter voor de interpretatie van de toegangsbegrippen, voor de bewijsregels en voor de toetsingsintensiteit soms aan bij Europeesrechtelijke jurisprudentie of andere EG-instrumenten. De aansluiting wordt niet altijd geëxpliciteerd. Ook is duidelijk dat de nationale mededingingsbestuursrechter procedurele convergentie soms juist afwijst. Vooral bij het CBb kan een algemene houding ten aanzien van toegang, bewijs en toetsing worden afgeleid, waarbij het nationale recht, op deze punten slechts voor een deel wettelijk genormeerd, voorop staat. Voor het procedurele bestuursrechtelijke mededingingsrecht is derhalve veel minder sprake van een Europese attitude dan voor het materiële recht. In het licht van de premisse die aan dit dissertatieonderzoek ten grondslag lag, namelijk dat procedurele convergentie volgt op materiële convergentie omdat het procedurele recht zich voegt naar en in dienst staat van het materiële recht, is derhalve het verrassende antwoord dat *dit* onderzoek deze premisse niet, althans niet volledig, ondersteunt. Natuurlijk vergt een ontwikkeling tijd. Dit onderzoek betreft slechts een periode van tien jaar. Deze conclusie betreft derhalve een conclusie die de huidige stand van de ontwikkeling weergeeft. Toch kunnen ook daaruit ten aanzien van de ontwikkeling van een algemeen bestuursrechtelijk *ius commune* gevolgtrekkingen worden afgeleid.

Deze gevonden ontwikkelingen kunnen worden gezien in het licht van het Europese en nationale beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dit zal hierna een gemengd beeld opleveren. Op verschillende onderdelen van de onderzochte procedurele kwesties (toegang, bewijs, toetsing) kan worden geconcludeerd dat er spanning bestaat met de eisen die uit het samengestelde beginsel van effectieve rechtsbescherming voortvloeien, zeker gezien in het licht van de materiële wetgeving en de achterliggende doelen van mededingingswetgeving. Tegelijkertijd lijkt het beperktere EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming in rechtstreekse zin slechts minimale impact te hebben.

#### 4 EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING EN CONVERGENTIE

In hoofdstuk 2 heb ik het beginsel van effectieve rechtsbescherming gedefinieerd.<sup>3</sup> Het *EG-rechtelijke beginsel* betekent dat de aan het EG-recht ontleende, en op dat niveau qua inhoud vastgestelde, subjectieve rechten daadwerkelijk kunnen worden ingeroepen voor een nationale rechter en door hem daadwerkelijk kunnen worden beschermd in een nationale procedurele omgeving, waaraan in ieder geval de eisen van equivalentie en doeltreffendheid worden gesteld, maar die in bepaalde gevallen

---

<sup>3</sup> Hoofdstuk 2, par. 4.1.

geheel buiten toepassing moet worden gelaten en waarbij onder omstandigheden moet worden overgegaan tot het creëren van een nog niet bestaande remedie. Dit alles staat onder supervisie van het Hof van Justitie.<sup>4</sup> Van het *nationale beginsel* is het beginselkarakter minder vaststaand.<sup>5</sup> Het door mij geformuleerde beginsel betekent evenwel dat sprake moet zijn van voldoende toegang tot de rechter, die tijdig een gemotiveerde uitspraak doet, en voor wie materiële geschilbeslechting (finaliteit) voorop staat, die daartoe de uitspraakmogelijkheden heeft (inclusief voorlopige maatregelen), en die bovendien in staat is tot een voldoende intensieve, materiële en procedurele (rechten van verdediging omvattende) toets van hetgeen aan hem wordt voorgelegd.<sup>6</sup>

– *Recapitulatie van de eisen van effectieve rechtsbescherming*

De eisen die uit dit samengestelde beginsel van effectieve rechtsbescherming voortvloeien, heb ik in hoofdstuk 2 benoemd. Die eisen worden op beide niveaus gekleurd door het EVRM.<sup>7</sup> Toegesplitst op de evaluatie van de uitkomsten van de analyse van de convergentie in de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter zijn de volgende eisen hier van belang. De *toegang* dient voldoende te zijn, dat wil zeggen gewaarborgd voor de juiste kring van personen en ondernemingen, en ten aanzien van voldoende beslismomenten (maar zonder het geheel aan rechtsbescherming in gevaar te doen komen).<sup>8</sup> Ook dient sprake te zijn van een *helder stelsel* van rechtsbescherming. Daarnaast geldt de eis van *effectieve procedures*, in de zin van een juiste procedure voor het juiste materieel gewenste resultaat. Vervolgens gelden ‘midden-eisen’, zoals eisen ten aanzien van het *bewijsrecht*. De bewijslastverdeling, bijvoorbeeld, mag het niet onmogelijk maken dat de NMa het mededingingsrecht niet effectief kan handhaven. Maar ook mag de bewijslast in het punitieve bestuursrecht niet worden afgewenteld op een beschuldigde onderneming, en mag hij voor klagende partijen niet zo zwaar zijn dat de toegang tot een inhoudelijke behandeling bij de NMa onmogelijk wordt gemaakt. Het mededingingsrechtelijke bewijsrecht kent vele regels, die vooralsnog niet in uitspraken zijn uitgekristalliseerd. Een belangrijke eis aan bewijs, mede in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel, is echter dat de bewijsregels *duidelijk* zijn. Andere middeneisen betreffen de *toetsing* door de rechter. Deze moet voldoende *intensief* zijn. De toetsing dient de *rechten van verdediging* te omvatten. Ook moet er aandacht zijn voor de *rechtszekerheid* en voor *coherentie*, niet alleen binnen het nationale systeem, maar ook in het samenspel tussen Europees en nationaal niveau. Uit effectieve rechtsbescherming vloeien in dit kader ook eisen voort die gesteld worden aan de *persoon van de rechter*: hij moet actief en betrokken zijn en zich richten op de kern van het geschil. Daartoe moet de rechter over voldoende *deskundigheid* (kunnen) beschikken. Vervolgens gelden eisen die gesteld worden aan het ‘eindproduct’: de rechter moet over voldoende *uitspraakmogelijkheden* beschikken, uitspraken moeten natuurlijk voldoende worden *gemotiveerd* en van voldoende *kwaliteit* zijn, en zoveel mogelijk zijn gericht op *materiële finaliteit*.

---

4 Zie over het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming uitgebreid hoofdstuk 2, par. 2.

5 Zie hoofdstuk 2, par. 3.1.

6 Zie over het nationale beginsel van effectieve rechtsbescherming uitgebreid hoofdstuk 2, par. 3.

7 Hoofdstuk 2, par. 4.2.

8 Zie voor onderlinge spanningen tussen de verschillende eisen ook hoofdstuk 2, par. 4.3.

Dit is een fors eisenpakket, dat niet eens compleet beoogt te zijn. Stellen dat het in de praktijk moeilijk zal zijn aan al deze eisen te voldoen, tegelijkertijd en steeds, is een schot voor open doel. Ter legitimatie van de mededingingsbestuursrechtspraak is het echter noodzakelijk het voldoen aan deze eisen na te streven. Dat dient, opnieuw ter legitimatie, bovendien zichtbaar te zijn: legitimatie gaat ook over perceptie van mededingingsbestuursrechtspraak. Zoals in hoofdstuk 2 is aangegeven, kunnen de eisen van effectieve rechtsbescherming tegenstrijdig zijn. De spanning tussen de verschillende eisen hoeft zich niet zozeer voor te doen binnen een enkele zaak, maar kan ook blijken uit het geheel van uitspraken: op metaniveau van de mededingingsbestuursrechtspraak als geheel. Herhaald zij dat bij onderlinge spanning de rechtsbeschermingskant van het beginsel van effectieve rechtsbescherming in een rechtsstaat voor effectiviteit dient te gaan.<sup>9</sup> Dat betekent onder meer dat de rechter, die steeds in individuele zaken uitspraak doet, aan die rechtsbescherming in individuele gevallen voorrang dient te geven. Het kan vervolgens aan de wetgever zijn de spanning op metaniveau zoveel mogelijk op te lossen. Mijn aanbevelingen richten zich dan ook tot hen beide.

## 5 MATERIËLE CONVERGENTIE

Punten van aandacht liggen ten aanzien van de materiële convergentie vooral in de verhouding tussen het Europese niveau en het nationale niveau. Nadat ik hierna de globale lijn van materiële convergentie in de Mededingingswet en bij de rechter heb weergegeven (par. 5.1), ga ik in op verschillende vormen van rechterlijke convergentie en de vraag waarom de rechter convergentie niet steeds expliciteert (par. 5.2); op de invulling van de discretionaire ruimte voor de rechter en coherentieprincipes die daarbij een rol spelen (par. 5.3); en op het gebruik van EG-bronnen in uitspraken (par. 5.4).

### 5.1 Globale lijn van de materiële convergentie

In de Mededingingswet is een aantal convergentietechnieken toegepast.<sup>10</sup> De belangrijkste techniek is die van de juridische transplantatie. Daarnaast wordt gebruik gemaakt van wat ik een juridische bypass heb genoemd: een directe verwijzing in de nationale wet naar een begripsdefinitie in het EG-verdrag, waardoor wijzigingen in die begripsdefinitie direct doorwerken. Er zijn ook ‘zachtere’ vormen van convergentie.<sup>11</sup> Voor de drie onderzochte materiële onderwerpen gelden verschillende gradaties van wettelijke convergentie. Een hoge mate van wettelijke materiële convergentie geldt voor het kartelverbod, waar gebruik wordt gemaakt van juridische bypasses als het gaat om begripsdefinities, van een transplantatie van de centrale norm van het kartelverbod, ondersteund door ‘zachte’ convergentietechnieken als een inspiratie-

---

9 Zie hoofdstuk 2, par. 4.3.

10 Zie hoofdstuk 3, par. 3 voor de verschillende gradaties van convergentie in de Mededingingswet; hoofdstuk 6, par. 2 voor de materiële wettelijke convergentie ten aanzien van het kartelverbod; hoofdstuk 7, par. 2 voor het concentratietoezicht en hoofdstuk 8, par. 2 voor de afwijzing van klachten.

11 Zie hoofdstuk 3, par. 2 en par. 3.



verwijzing in de Memorie van Toelichting. Daarbij dient het equivalente EG-verbod door de NMa gelijktijdig te worden toegepast, rechtstreeks en verplicht via Verordening 1/2003.<sup>12</sup> De materiële convergentie in het concentratietoezicht is in de Mededingingswet minder vergaand. Wel heeft de centrale norm, net als bij het kartelverbod, de vorm van een juridische transplantatie, maar daarbij worden duidelijk eigen, nationale, elementen gehanteerd. Vanwege de one-stop-shop in het concentratietoezicht is er ook geen sprake van gelijktijdige toepassing van de communautaire norm door de NMa.<sup>13</sup> Een zeer lage mate van wettelijke convergentie doet zich voor bij de afwijzing van klachten en de bevoegdheid en normering van het prioriteringsbeleid. Hiervoor is in de Mededingingswet geen regeling opgenomen.<sup>14</sup>

De wijze waarop de mededingingsbestuursrechter de wettelijke materiële convergentie invult, is per (deel)onderwerp verschillend. De analyse van de uitspraken op de verschillende gebieden levert een vrij complex totaalbeeld op.<sup>15</sup> Globaal geldt dat er sprake is van een hoge mate van rechterlijke convergentie als het gaat om de invulling en interpretatie van mededingingsrechtelijke begrippen, zoals ‘overeenkomst’, ‘o.a.f.g.’, ‘concentratie’ of ‘zeggenschap’.<sup>16</sup> Of sprake is van een bypasstechniek of een transplantatietechniek lijkt voor de rechterlijke convergentie geen verschil te maken. Deze uitkomst is in zekere zin verrassend, omdat in het algemeen wordt verondersteld dat bij juridische transplantaties aan de getransplanteerde bepaling vaak een eigen invulling wordt gegeven.<sup>17</sup> Dat is voor getransplanteerde begripsbepalingen in het mededingingsrecht niet zo.<sup>18</sup> Dit kan, meen ik, met name verklaard worden door de inbedding van het nationale mededingingsrecht in het Europese mededingingsrecht; in die context maakt de wettelijke convergentietechniek – transplantatie of bypass – geen wezenlijk verschil. Bij de invulling van de centrale norm van het kartelverbod is eveneens sprake van een hoge mate van rechterlijke convergentie. Expliciet wordt door de mededingingsbestuursrechter aangesloten bij de materiële invulling van het verbod door het Hof. Dat geldt ook waar de wetgevingstechniek aan de rechter wel enige ruimte voor een eigen invulling geeft.<sup>19</sup> De materiële norm van het concentratietoezicht wordt eveneens ingevuld overeenkomstig het communautaire concentratietoezicht.<sup>20</sup> De prioriteringsbevoegdheid, waarvoor geen wettelijke convergentie geldt, is door de rechter aangenomen voor de NMa; daarbij is derhalve sprake van spontane rechterlijke convergentie, zij het dat de rechter deze niet motiveert door verwijzing naar de communautaire bevoegdheid (zie ook hierna).<sup>21</sup> Bij het aanmerken van de klacht als aanvraag door de mededingingsbestuursrechter – een onderwerp dat zich net als de prioriteringsbevoegdheid op de grens van materieel recht en procedureel recht bevindt – is eveneens sprake van convergentie, in de zin dat daardoor net als op communautair niveau een verbinding

---

12 Zie hoofdstuk 6, par. 2.

13 Zie hoofdstuk 7, par. 2.

14 Zie hoofdstuk 8, par. 2.

15 Zie hoofdstuk 6, 7 en 8, steeds neergelegd in paragraaf 3.

16 Zie vooral hoofdstuk 6, par. 3.1, hoofdstuk 7, par. 3.2.

17 Zie hoofdstuk 3, par. 2.4.

18 Zie ook hierna, par. 5.3, voor een mogelijke verklaring.

19 Zie hoofdstuk 6, par. 3.2.

20 Zie hoofdstuk 7, par. 3.3.

21 Zie hoofdstuk 8, par. 3.1.

ontstaat tussen de klacht en de bevoegdheid van de NMa om daarop een handhavingsbesluit te doen volgen.<sup>22</sup> Bij de invulling van het prioriteringsbeleid is in veel mindere mate sprake van rechterlijke convergentie,<sup>23</sup> en de wijze waarop de klacht behandeld wordt – procedureel recht – is vrijwel geheel nationaal bepaald.<sup>24</sup> Dat komt terug in het concentratietoezicht: bij de wijze waarop de concentratieprocedure is vormgegeven, wordt convergentie door de rechter afgewezen.<sup>25</sup>

## 5.2 Expliciete en impliciete convergentie en alternatieve verklaringen

Uit het onderzoek blijkt dat de mededingingsbestuursrechter de materiële aansluiting bij het Europese mededingingsrecht vaak expliciteert. In hoofdstuk 3 heb ik dit dan ook met ‘expliciete convergentie’ aangeduid.<sup>26</sup> De twee meest voorkomende vormen van expliciete convergentie zijn, ten eerste, het door de rechter aangeven dat de *reden* voor een bepaalde interpretatie van een begrip of een bepaalde toepassing van de materiële norm is gelegen in deze aansluiting. Daarnaast en ten tweede *verwijst* de rechter regelmatig naar relevante EG-rechtelijke bronnen. De explicitering door de rechter lijkt overeen te komen met de gradaties van convergentie in de Mededingingswet.<sup>27</sup> Deze conclusie is niet opzienbarend, omdat de wettelijke materiële convergentie voor de rechter de aansluiting bij EG-recht verplicht maakt. Het zou pas opvallend zijn als de materiële convergentieverplichting door de rechter *niet* zou worden gevolgd. Tegelijkertijd geldt dat de rechter de *convergentiewens* van de wetgever ook als reden voor rechterlijke convergentie geeft als de wettelijke convergentie niet, of minder, dwingend is. Dit kan verklaard worden doordat de rechter voor toepassing van het materiële mededingingsrecht klaarblijkelijk een coherentieprincipe gebruikt,<sup>28</sup> waaronder in dit geval ‘convergentie met het Europese materiële mededingingsrecht’ wordt verstaan. Het expliciteren van een dergelijk coherentieprincipe is bij de mildere gradaties van wettelijke materiële convergentie meer noodzakelijk ter legitimering van de rechterlijke convergentie dan bij de harde convergentievormen waarbij die materiële convergentie verplicht in de Mededingingswet ligt besloten.

### – *Impliciete materiële convergentie en alternatieve verklaring*

Het komt voor dat in uitspraken van de mededingingsbestuursrechter verwijzingen naar EG-recht geheel ontbreken, terwijl van het EG-recht in materiële zin niet wordt afgeweken. Dit doet zich voor bij alle gradaties van wettelijke convergentie. Het is de vraag of bij deze impliciete rechterlijke convergentie de materiële *rechterlijke* convergentie het gevolg is van de materiële *wettelijke* convergentie of dat dit alternatief verklaard kan worden.<sup>29</sup> Het toedelen van een gevolg aan een ‘verkeerde’ oorzaak zou niet alleen methodologisch onjuist zijn, maar ook de algemenere

---

22 Zie hoofdstuk 5, par. 5.1 en hoofdstuk 8, par. 2.1.

23 Zie hoofdstuk 8, par. 3.2.

24 Zie hoofdstuk 5, par. 5.1.

25 Zie hoofdstuk 7, par. 3.1

26 Zie hoofdstuk 3, par. 4.4.

27 Zie over deze gradaties hoofdstuk 3, par. 3.

28 Zie hoofdstuk 4, par. 4 over coherentieprincipes.

29 Zie hoofdstuk 3, par. 4.4.

conclusies over convergentieprocessen op losse schroeven zetten. Derhalve heb ik in gevallen van impliciete rechterlijke convergentie onderzocht of deze wellicht eerder alternatief verklaard zou kunnen worden, in die zin dat een logische verklaring voor de ‘gelijke’ uitkomst (gelijk op nationaal en op Europees niveau) *buiten* de wettelijke materiële convergentie zou kunnen liggen. Een dergelijke alternatieve verklaring ligt niet voor de hand wanneer de wettelijke convergentie hard is (bij een juridische bypass of in iets mindere mate bij een transplantatie): de rechterlijke convergentie, ook als zij niet wordt geëxpliciteerd, is dan verplicht op grond van de Mededingingswet.<sup>30</sup> Maar als de wettelijke convergentie zacht is, of ontbreekt – bij het materiële mededingingsrecht minder aan de orde dan bij procedureel recht – kan een alternatieve verklaring bijvoorbeeld worden gevonden in het overnemen in een mededingingsrechtelijke context van een reeds in het nationale recht bestaande uitleg of bevoegdheid. In algemene zin blijkt het systeem van het Nederlandse bestuursrecht op grote lijnen overeen te komen met de algemene uitgangspunten van het systeem van het Europees administratief recht.<sup>31</sup> Maar zelfs dan kan de materiële (of procedurele) gelijke uitkomst niet altijd zuiver alternatief verklaard worden; zoals in hoofdstuk 3 is aangegeven, dient convergentie als *proces* te worden gezien. Convergentie kan dan ook twee (of meer) bronnen hebben: zij verloopt langs *twee sporen* tegelijkertijd, zowel via de algemene overeenkomsten in het systeem, als via de wettelijke materiële convergentie in de Mededingingswet.

De vraag of impliciete materiële rechterlijke convergentie alternatief verklaard kan worden, dringt zich in dit proefschrift vooral op in het concentratietoezicht en bij klachtafhandeling. In beide gevallen kan voor het aannemen van ‘materiële’ bevoegdheden van de NMa geen alternatieve verklaring, een verklaring anders dan gelegen in de materiële wettelijke convergentie, worden gevonden, terwijl in de uitspraken voor het aannemen van de bevoegdheid niet wordt verwezen naar communautair recht. Zo is voor de afhandeling van *klachten* en het voeren van een *prioriteringsbeleid* geen sprake van wettelijke convergentie. In de Mededingingswet ontbreekt een wettelijke regeling, specifiek toegespitst op het mededingingsbeleid.<sup>32</sup> De Commissie heeft een wettelijke bevoegdheid tot het in behandeling nemen van klachten en een jurisprudentieel erkende bevoegdheid om klachten op grond van prioritering af te wijzen. Deze bevoegdheden zijn in nationale rechterlijke uitspraken ook voor de NMa erkend. In de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter wordt voor het aannemen van de prioriteringsbevoegdheid echter niet expliciet naar de vergelijkbare bevoegdheid van de Commissie verwezen; er is sprake van impliciete rechterlijke convergentie ten aanzien van deze bevoegdheid. Omdat zij in zekere zin afwijkt van het algemene nationale systeem,<sup>33</sup> lijkt de convergentie een rechtstreeks gevolg van de wettelijke materiële convergentie ten aanzien van de bepalingen waarop de klacht zich richt. Maar de situatie is gecompliceerd. Aan het aannemen van een *prioriteringsbevoegdheid* gaat de stap vooraf dat een *klacht* in het

---

30 Dit is bijvoorbeeld te zien bij kwalificaties als doel-bepierking van bepaalde gedragingen, zie hoofdstuk 6, par. 3.2.2, en bij de toepassing van de materiële beoordelingsnorm in het concentratietoezicht, zie hoofdstuk 7, par. 3.3.2.

31 Zie hoofdstuk 4.

32 Zie hoofdstuk 8, par. 2.

33 Zie hoofdstuk 8, par. 2.

nationale mededingingsrechtelijke systeem door de rechter als handhavingsaanvraag wordt aangemerkt. Op deze wijze wordt een verbinding tussen handhavingsbevoegdheid en mededingingsrechtelijke klacht tot stand gebracht – die in het EG-recht bij verordening is geregeld – en dient op een aanvraag (van een belanghebbende) een besluit te volgen.<sup>34</sup> Daarmee krijgt ‘klacht’ een materiële betekenis die equivalent is aan de communautaire mededingingsrechtelijke klacht. Ook deze convergentie is impliciet, en ook deze lijkt een rechtstreeks gevolg van de wettelijke materiële convergentie.<sup>35</sup> Dat vervolgens een prioriteringsbevoegdheid wordt aangenomen, is verbonden met het kwalificeren van een klacht als aanvraag (zonder aanvraag geen recht op een besluit, en geen behoefte aan een prioriteringsbeleid), waarop het gewone Awb-recht van toepassing is,<sup>36</sup> maar een dergelijke prioriteringsbevoegdheid lijkt vrij uniek in het nationale bestuursrecht. Dat de geconvergeerde bevoegdheden een gevolg zijn van de materiële wettelijke convergentie lijkt derhalve vast te staan. De convergentie heeft de vorm van parallellisme van *bevoegdheden*.<sup>37</sup> Eenzelfde vorm van parallellisme van bevoegdheden is ook te zien in het *concentratietoezicht*, bijvoorbeeld bij de in uitspraken erkende bevoegdheid tot het opleggen van remedies bij eerstefasebesluiten al voor de 2007-wetswijziging.<sup>38</sup>

– *Waarom wordt impliciete convergentie niet geëxpliciteerd?*

Als sprake is van impliciete convergentie waarvoor geen alternatieve verklaring geldt dan de algemene wettelijke materiële convergentie, dan kan de vraag worden gesteld waarom de rechter deze convergentie niet in zijn uitspraken expliciet maakt. Ook zonder (wetenschappelijk verantwoord) inzicht in de psyche van de rechter kunnen daartoe enkele algemene redenen naar voren worden gebracht. Zo geldt natuurlijk steeds dat de rechter oordeelt over het aan hem voorliggende geschil en geen algemene regels beoogt te formuleren.<sup>39</sup> De Nederlandse bestuursrechter is ook in mededingingsuitspraken vrij kort in zijn motivering, ook al is de mededingingsbestuursrechter gemiddeld langer van stof dan bijvoorbeeld de Raad van State. Zij maken echter allen deel uit van wat in algemene zin als een minimalistische traditie kan worden aangeduid.<sup>40</sup> Ook de mededingingsbestuursrechter maakt onderdeel uit van de algemene continentale traditie van rechtspreken, een traditie zonder *dissenting opinions* of (lange) persoonlijke overwegingen, maar met een actieve en betrokken rechtswetenschappelijke traditie van discussie en annotatie.<sup>41</sup> In deze traditie wordt ook het Hof van Justitie geplaatst, maar hoewel diens uitspraken niet de persoonlijke ontboezemingen van sommige common-law-uitspraken bevatten, kunnen vooral de mededingingsrechtelijke uitspraken van het Gerecht wel erg omvangrijk zijn. Met deze achtergrond is de meest rechtervriendelijke reden voor het gebrek aan explicitering van rechterlijke convergentie dat de rechter het geven van een reden of het

---

34 Zie hoofdstuk 5, par. 5.1.

35 Zie ook paragraaf 6.5.

36 Zie hoofdstuk 5, par. 5.1.

37 Zie hoofdstuk 5, par. 5.1 en hoofdstuk 8, par. 2.1 en par. 3.1.

38 Zie hoofdstuk 7, par. 3.3.3.

39 Zie ook hoofdstuk 4, par. 4.

40 Zie Sunstein 2008.

41 Zie O’Lasser 2004. Deze wetenschappelijke traditie staat met de huidige publicatienormen en financieringsstructuur van de rechtenfaculteiten echter onder druk.

aanduiden van EG-rechtelijke voorbeelden in de individuele zaak niet nodig acht voor het beslechten van de zaak. Toch is er dan in het licht van de convergentiewens van de wetgever en gezien het soms wel en soms niet aanduiden van deze convergentiewens door de rechter, ook gezien het rechtszekerheidsbeginsel en het door de mededingingsbestuursrechter klaarblijkelijk gevolgde coherentieprincipe bij de materiële mededingingsrechtelijke toepassing, wel iets voor te zeggen om bij aansluiting bij een communautaire invulling van bevoegdheden of norm aan te geven of die aansluiting ook daadwerkelijk bedoeld is.

Er zijn in het onderzoek enkele voorbeelden van uitspraken ter sprake gekomen waarin voor een bepaald onderwerp het EG-recht in het geheel niet ter sprake komt. Een duidelijk voorbeeld betreft remedies in het concentratietoezicht. Niet alleen voor de parallelle bevoegdheid (zie hiervoor), maar ook voor de materiële invulling en eisen die aan remedies worden gesteld, is het EG-recht voor de nationale mededingingsbestuursrechter, in zijn uitspraken althans, niet bestaand.<sup>42</sup> Dat is hier des te opvallender, omdat de NMa in haar beleidsregels aangeeft wel te willen aansluiten bij het communautaire beleid (zie ook par. 5.4.3). Het kan zijn dat in een individueel geval de rechter het Europese recht niet, of niet in detail, in beschouwing heeft genomen. Ook daarvoor kunnen verschillende redenen zijn, zoals het ontbreken van een algemeen rechterlijk beleid om te rade te gaan bij het materiële EG-recht of wellicht in algemene zin een gebrek aan tijd om specifieke EG-rechtelijke kennis op te doen ten behoeve van de specifieke zaak, zodat het EG-recht in ieder geval in de uitspraak niet terug komt. Uit de eisen van effectieve rechtsbescherming volgt het belang van kennis en expertise voor een goede kwaliteit van uitspraken. Die kwaliteit betreft ook de consistentie (zie ook par. 7). De eerste aanbeveling is in dit licht wellicht een voor de hand liggende en open geformuleerde aanbeveling, maar gelet op het voorgaande niet minder belangrijk.

**1. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de rechter dient een coherent rechterlijk beleid ten aanzien van materiële convergentie te ontwikkelen.

### 5.3 Materiële convergentie, rechterlijke discretionaire ruimte, coherentieprincipes

De rechter beschikt in algemene zin steeds over rechterlijke discretionaire ruimte. Deze doet zich vooral voor in ‘hard cases’ waar de wettelijke bepaling of de toepassing daarvan op de voorliggende casus inherent onduidelijk is,<sup>43</sup> maar is zelfs in duidelijke gevallen nooit geheel afwezig, gezien de taak van de rechter: steeds betreft hij de regel op het geval, waaraan een steeds hernieuwde interpretatie van de regel inherent is. De rechterlijke discretionaire ruimte betreft in het nationale mededingingsbestuursrecht ook ruimte *ten opzichte van het EG-recht*: bij wettelijke convergentie is deze beslisruimte beperkter. Vrijheid voor de mededingingsbestuursrechter is grotendeels afwezig bij het gebruik van juridische bypasses: eventuele ruimte voor de rechter bij de invulling is weggenomen doordat de uitleg van het Hof

---

42 Zie hoofdstuk 7, par. 3.3.3.

43 Zie hoofdstuk 4, par. 4.

van Justitie geldt. Dat neemt niet weg dat de nationale rechter zich voor nieuwe interpretatievraagstukken gesteld kan zien, zoals de uitleg van het ondernemingsbegrip in sterk nationaal gekleurde casus aantoon<sup>44</sup>, maar de vrijheid voor de rechter is hier het meest ingeperkt, nu hij niet het laatste woord heeft. Een eigen invulling bij een ‘nieuwe’ toepassing is steeds onder voorbehoud van de invulling door het Hof van Justitie. De rechterlijke ruimte neemt toe naarmate de gradatie van convergentie afneemt. De gradatie van materiële convergentie is voor de materiële onderwerpen die in het proefschrift zijn onderzocht – kartelverbod, concentratietoezicht, klachten – verschillend. Zowel bij het kartelverbod als bij het concentratietoezicht is evenwel een transplantatietechniek gebruikt door het overnemen van de Europese materiële norm in de Mededingingswet, maar zoals gezegd is er bij het kartelverbod een inniger verbinding met het EG-recht dan in het concentratietoezicht. Daarbij volgt uit de analyse dat het EG-recht in het concentratietoezicht bij de uitleg van de begrippen en de beoordelingsnorm een kleinere rol speelt dan bij het kartelverbod. Bij beide materiële beoordelingsnormen kan echter als kern van de materiële rechtelijke convergentie worden aangemerkt dat de uitleg van de vage norm steeds in overeenstemming is met de Europese uitleg,<sup>45</sup> ook daar waar de wettelijke norm, ondersteund door de wetgevingsgeschiedenis, ten opzichte van die EG-interpretatie *wel* ruimte geeft. Rechterlijk volgen van de EG-rechtelijke interpretatie geldt over het algemeen ook voor de interpretatie van concepten als nevenrestrictie, *rule of reason*, merkbaarheid, en bij de interpretatie van de rechtstreeks werkende uitzondering.<sup>46</sup> De ruimte die de nationale rechter derhalve analytisch gezien zou hebben, wordt over het algemeen voor het materiële recht niet in uitspraken herkend (zie ook par. 8).

#### – Coherentieprincipes

In hoofdstuk 4 is genoemd dat het juist daar waar de rechter over ruime discretionaire ruimte beschikt, voor legimitatie van rechtspraak van belang is dat sprake is van ‘rationaliteit op metaniveau’. Deze rationaliteit betreft eisen ten aanzien van de formele consistentie, interne logica, motivering en coherentie.<sup>47</sup> Dat geldt ook op EG-niveau. Met name is hier de eis van coherentie relevant, omdat coherentie mede wordt bepaald door de keuze voor een *leidend principe*. Het leidend principe op EG-niveau is voor het Hof mede gelegen in de eigen rechtsorde. Het Hof heeft daarbij de taak andere leidende principes, waaronder vrije mededinging en de totstandkoming van de interne markt, af te wegen, en zo mogelijk met elkaar in overeenstemming te brengen. Vanwege deze neiging tot coherentie, van menselijke innerlijke overtuigingen en van een rechtssysteem, accepteren we juridische argumenten en interpretaties die gebaseerd zijn op het *systeem*: de verschillende onderdelen moeten samenhangen vanwege de waarde van ‘integriteit’.<sup>48</sup> Met de bedoeling van de wetgever dat het nationale mededingingsrecht aansluit bij het EG-mededingingsrecht en de waarde van én neiging tot coherentie is het derhalve voor de nationale rechter

---

44 Zie hoofdstuk 6, par. 3.1.

45 Zie over de inherente vaagheid van het kartelverbod hoofdstuk 6, par. 2.1.2, en voor het concentratietoezicht hoofdstuk 7, par. 2.5.

46 Zie hoofdstuk 6, par. 3.3 en par. 3.4.

47 Zie hoofdstuk 4, par. 4.

48 Zie *Bengoetxea e.a.* 2001, p. 47.

logisch om de eigen beslisruimte op te vullen door EG-verwijzingen op te nemen in zijn uitspraken. Coherentie betekent hier voor de nationale rechter het interpreteren van de norm overeenkomstig de interpretatie van de ‘hoogste’ rechter. Dit kan verklaren waarom ook bij getransplanteerde begripsbepalingen en zelfs bij zachtere materiële verwijzingstechnieken de nationale rechter geen eigen invulling zoekt. De EG-rechtelijke attitude wordt wellicht versterkt, of ondersteund, door de over het algemeen als ‘open’ gekenschetste Nederlandse samenleving en rechtsorde,<sup>49</sup> en de al langer bestaande traditie van het in acht nemen van materieel Europees recht als recht met een supranationaal karakter.<sup>50</sup> Dat supranationale karakter heeft ook in algemene zin bij de Nederlandse rechters niet tot fundamenteel kritische beschouwingen of protesten geleid.<sup>51</sup>

– *Coherentie en schijndivergentie*

Als dit proces wordt gezien in het licht van de eisen van effectieve rechtsbescherming levert een dergelijke vergaande materiële convergentie niet in het oog springende problemen op (maar zie hierna, paragraaf 5.4 over het gebruik van materiële Europeesrechtelijke instrumenten). Het invullen van rechterlijke discretionaire ruimte door het betreffende coherentieprincipe draagt bij tot een grotere rechtszekerheid, in die zin dat gerechtvaardigd verwacht mag worden dat de Europeesrechtelijke interpretatie zal worden gevolgd. Rechterlijke materiële convergentie die verder gaat dan op grond van het nationale recht verplicht is, kan vanuit de kritische beschouwingen op het algemene convergentieproces – het proces dat zou leiden tot een Europees *ius commune* – echter wel van enige kanttekeningen worden voorzien (zie hierna, par. 8 en par. 9). Meer specifiek mededingingsrechtelijk is de tegenwerping van belang dat het leidende principe op Europees niveau wordt gevormd door het creëren van een eigen rechtsorde en de totstandkoming van de interne markt. Deze elementen spelen niet voor de nationale rechter: hij – en het recht dat hij toepast – maakt al deel uit van een eigen zelfstandige rechtsorde en de nationale markt is een geïntegreerde markt. Het is derhalve de vraag of de rechterlijke materiële convergentie, doordat de doelstellingen van EG-mededingingsrecht die onderdeel uitmaken van deze bredere communautaire coherentieprincipes door de nationale convergentie worden overgenomen in een nationale context, wel leidt tot convergentie *op het juiste niveau*. Met name daar waar de Europese interpretatie van de norm mede is ingegeven door het internemarktimperatief kan een afwijkende kwalificatie van gelijksoortige feiten op nationaal niveau denkbaar zijn. De rechter kan op zaakniveau tot een van het EG-recht afwijkende uitkomst (moeten) komen, omdat het internemarktimperatief op nationaal niveau ontbreekt. De divergentie die zo op zaakniveau ontstaat, heb ik in hoofdstuk 6 aangeduid als ‘schijndivergentie’, omdat de convergentie op het hogere niveau, namelijk het niveau van de interpretatie van de mededingingsrechtelijke normen in het licht van een *economische benadering* van het mededingingsrecht waarin consumentenwelvaart centraal staat, kan blijven

---

49 Zie Claes & De Witte 1998; Jans & De Jong 2002, p. 79.

50 Zie ook Dyevre 2005, p. 186, die in algemene zin stelt dat ‘judges would, then, have grown so used to the habit of applying EU law that it would seem strange to them to let the national constitution prevail in case of conflicts, even of the hard sort (...) the change (as to the ultimate criteria of legal validity) would hardly be noticeable’.

51 Zie Jans e.a. 2007, p. 64.

worden gewaarborgd. Onder een economische benadering wordt hier verstaan dat de betreffende overeenkomst niet op basis van vorm, maar op basis van effect wordt beoordeeld: de daadwerkelijke beperking, en de daadwerkelijke gevolgen voor de consumentenwelvaart dienen het uitgangspunt voor een verbod te zijn.<sup>52</sup> Deze economische benadering is als algemeen mededingingsrechtelijk uitgangspunt aanvaard, hoewel vaagheden omtrent de reikwijdte en omtrent wat precies de juiste ‘economische’ van de economische benadering moet zijn, blijven bestaan.<sup>53</sup>

Een voorbeeld uit hoofdstuk 6 kan dit verduidelijken: als op Europees niveau een verticale overeenkomst met een doorleveringsverbod als een doelbeperking wordt aangemerkt, is het duidelijk dat deze kwalificatie mede is ingegeven door de EG-rechtelijke doelstelling van de interne markt. Als eenzelfde overeenkomst op nationaal niveau aan de orde is, is het derhalve in ieder geval de vraag – die de rechter zichzelf zou moeten stellen – of de kwalificatie als doelbeperking in het licht van de (ook op Europees niveau benadrukte) economische benadering van het mededingingsrecht op nationaal niveau wel klopt. Dat hoeft niet noodzakelijkerwijs zo te zijn. Dat wil nog niet zeggen dat zulke verticale overeenkomsten niet ook op nationaal niveau verboden moeten zijn, maar daartoe dient de NMa eerst onderzoek naar de daadwerkelijke gevolgen te verrichten. De rechter kiest deze benadering over het algemeen niet (er zijn enkele uitzonderingen bij het CBb), wat door mij ook wel als ‘achteloze’ convergentie is aangeduid.<sup>54</sup> Eenzelfde spanning, hoewel minder expliciet, is denkbaar in het concentratietoezicht en in het niet in dit proefschrift onderzochte verbod op het maken van misbruik van een economische machtspositie. De nationale rechter dient zich van deze spanning op zijn minst bewust te zijn. Bij een spanning tussen de verschillende doelstellingen dient de rechter voor het nationale mededingingsrecht niet te kiezen voor het toepassen van het coherentieprincipe van ‘materiële convergentie op zaakniveau’, maar voor het overkoepelende coherentieprincipe van de convergentie met de ‘economische benadering van het mededingingsrecht’, waarin consumentenwelvaart (een begrip dat overigens niet eenduidig is) centraal staat.

**2. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** waar het internemarkt-imperatief het Hof heeft geleid in de beoordeling van mededingingsrechtelijk relevante gedragingen, dient hij op nationaal niveau niet noodzakelijkerwijs te worden gevolgd: de rechter dient als overkoepelend coherentieprincipe de convergentie met de EG-rechtelijke economische benadering te kiezen, en niet convergentie op zaakniveau.

---

52 De economische benadering is, zoals in hoofdstuk 6 uiteengezet, op Europees niveau ingezet en omvat in ieder geval mede een beweging van de Commissie naar het centraal stellen van consumentenwelvaart als doelstelling van het mededingingsrecht. De conclusie van de Advocaat-Generaal in de prejudiciële procedure in de Nederlandse zaak *Mobiele Operators* lijkt deze beweging te nuanceren, waardoor er onduidelijkheid bestaat over de verstrekkendheid van de economisering. Daaruit blijkt op zijn minst dat artikel 81 EG met recht een vage norm mag worden genoemd.

53 Zie bijv. hoofdstuk 6, par. 2.1.2.

54 Zie hoofdstuk 6, par. 3.2.1 en 3.2.2.



– *Omgekeerde convergentie en onbedoelde divergentie*

Uit het onderzoek blijkt dat de hiervoor bedoelde economische benadering van het kartelverbod in het algemeen door de nationale mededingingsbestuursrechter is onderschreven. Met name bij effectbeperkingen is dit duidelijk.<sup>55</sup> Uit enkele uitspraken van het CBb kan ook een economische benadering van doelbeperkingen worden afgeleid.<sup>56</sup> Het is opvallend dat met deze uitspraken het CBb – bewust of onbewust, dat is niet duidelijk – vooruitliep op arresten van het Gerecht, waarin ondertussen eenzelfde meer economische benadering van doelbeperkingen kan worden gezien. Niet onvermeld kan blijven dat daarmee sprake zou kunnen zijn van *omgekeerde convergentie*: de communautaire rechter volgt de nationale rechter, of komt tot eenzelfde benadering als de nationale rechter.

Een andere opvallende uitkomst van het onderzoek is dat soms sprake kan zijn van *onbedoelde rechterlijke divergentie*. Dit is aan de orde bij het overnemen door de rechtbank van overwegingen van het CBb ten aanzien van de onderzoeksplicht bij doelbeperkingen en effectbeperkingen, en bij het vaststellen van merkbaarheid die gelden als standaardoverwegingen. Als in de algemeen gestelde overwegingen van het CBb (waarbij het CBb blijkt geeft van een niet-minimalistische benadering, zie hiervoor) de EG-rechtelijke benadering niet geheel juist wordt weergegeven, en dat wordt door de rechtbank niet herkend als niet geheel in overeenstemming zijnde met de EG-jurisprudentie, kan een situatie van divergentie ontstaan die in ieder geval niet lijkt te zijn bedoeld.<sup>57</sup> Het is duidelijk dat het CBb als hoogste nationale rechter wordt gevolgd. Desalniettemin kan het kritisch beschouwen door de rechtbank geen kwaad; in voorkomend geval kan overwogen worden een prejudiciële vraag te stellen over de juiste uitleg (maar zie ook par. 8).

## 5.4 Het gebruik van precedenten

De nationale mededingingsbestuursrechter verwijst veelvuldig naar verschillende typen van EG-instrumenten. Hier ga ik in op het gebruik van verwijzingen naar jurisprudentie van het Hof, van Commissiebeschikkingen (en informele brieven) en van Commissiebeleid.

### 5.4.1 *Jurisprudentie van het Hof als precedent*

In een precedentensysteem bestaat er een juridische plicht voor de rechter om voorgaande uitspraken te volgen, niet alleen wat de dicta betreft, maar ook voor de overwegingen daarvan. Daardoor ontstaat een redenering die met name loopt van geval tot geval, in plaats van een redenering vanuit de regel *naar* het geval. Precedentenjurisprudentie kan daardoor in dit geval bijdragen aan naleving van het coherentieprincipe van de nationale mededingingsbestuursrechter.<sup>58</sup> Uit het onderzoek blijkt dat de nationale mededingingsbestuursrechter voor met name de invulling

---

55 Zie hoofdstuk 6, par. 3.2.

56 Zie hoofdstuk 6, par. 3.2.1 en 4.2.2.

57 Zie hoofdstuk 6, par. 3.2.1 en 4.2.2 en hoofdstuk 6, par. 3.2.5 en 4.2.5.

58 Zie hoofdstuk 4, par. 4.

van artikel 6 Mw, maar ook wel in het concentratietoezicht, jurisprudentie van het Hof als precedent gebruikt. Arresten worden gebruikt als *feitelijk precedent*, wat wil zeggen dat de nationale rechter de feiten van een op EG-niveau besliste casus legt naast de feiten van een aan haar voorliggende casus, en op grond van die vergelijkbare feitelijke situatie tot eenzelfde kwalificatie van feiten en eenzelfde juridische gevolgtrekking komt als op EG-niveau. Jurisprudentie van het Hof wordt ook gebruikt om het precedent af te wijzen als de feitelijke overeenkomsten niet relevant of niet voldoende zijn. In beide gevallen vindt een redenering plaats van geval tot geval. Ook gebruikt de mededingingsbestuursrechter arresten van het Hof als bron voor de interpretatie van de norm, als *juridisch precedent*. De EG-rechtelijke interpretatie geldt als gezaghebbend en wordt gevolgd in de nationale casus en toegepast op de nationale feiten: de rechter behoudt hier de – in het continentale stelsel van rechtspreken bekende – vorm van redenering van regel naar geval, maar de uitleg van de regel wordt (mede) bepaald door de EG-bron. Daarmee is sprake van precedentenjurisprudentie bij de invulling van de materiële norm van het kartelverbod en in mindere mate ook in het concentratietoezicht.

Natuurlijk geldt hier dat, omdat de juridische uitleg van de norm door de gebruikte wetgevende techniek voor een groot deel in handen is gelegd van het Hof, het een logische ontwikkeling is dat arresten van het Hof als juridisch precedent fungeren. Dat de precedentenjurisprudentie ook de rechterlijke ruimte omvat die door de wetgevende techniek (in theorie) nog bij de nationale rechter rust, lijkt evenmin een opzienbarende ontwikkeling (zie hiervoor). Enerzijds kan deze ontwikkeling als oneigen aan het continentale, en nationale, stelsel van bestuursrechtspreken worden beschouwd, anderzijds is zij, als het gaat om EG-recht, ook in algemene zin te zien.<sup>59</sup> Vanuit het EG-recht bekeken wel een verschil in *binding* van de arresten van het Hof en het Gerecht. Arresten van het Hof, gewezen in een prejudiciële procedure, betreffen per definitie de uitleg van een juridische norm, en zijn derhalve het minst problematisch (maar zie hiervoor, paragraaf 5.3, over het eventuele probleem bij het overnemen van de integrationistische interpretatie van het EG-mededingingsrecht). De uitleg die in deze arresten *aan het EG-recht* wordt gegeven, is voor de nationale rechters verbindend. Arresten van het Gerecht en het Hof in rechtstreekse beroepen tegen (mededingingsrechtelijke) beschikkingen van de Commissie zijn dat niet. Daarbij geldt dat aan de uitleg van het Hof, als hoogste rechter, een hogere status kan worden toegekend dan aan die van het Gerecht. Het gebruik van deze arresten als precedent volgt derhalve *niet* geheel uit het EG-recht zelf, maar is daar waar de nationale rechter geen interpretatieruimte toekomt, verplicht op grond van het nationale recht; zij kan door de wetgever ongedaan worden gemaakt. Een kritische kanttekening kan worden geplaatst bij het gebruik als *feitenprecedent*. Het gevaar bestaat dat de juridische beoordeling van de aan de rechter ter beoordeling voorliggende casus vaststaat, vanuit het in juridisch relevante mate overeenstemmen van de feitelijke constellatie. Daarbij zit het venijn in de beoordeling van het ‘in juridisch relevante mate’ van het overeenstemmen van de feiten en het beoordelen daarvan.

---

59 Zie Koopmans 1999.

In de nationale mededingingsrechtelijke uitspraken wordt deze stap soms wel erg gemakkelijk gemaakt.<sup>60</sup>

**3. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** bij het gebruik van arresten als feitenprecedent dient de rechter de daadwerkelijke feitelijke overeenkomst tussen de casus kritisch te onderzoeken, en dient de rechter de stap van gelijksoortige feiten naar gelijke juridische beoordeling niet te zetten zonder kritische beoordeling van de vraag of die gelijke juridische beoordeling op nationaal niveau de *juiste* juridische beoordeling is.

#### 5.4.2 Commissiebeschikkingen als precedent

Ook Commissiebeschikkingen worden door de nationale mededingingsbestuursrechter als juridisch en feitelijk precedent gebruikt. Hoewel hun rol soms groot is,<sup>61</sup> geldt dat vrijwel nimmer een conclusie in een uitspraak alleen maar is gebaseerd op Commissiebeschikkingen; derhalve heb ik het gebruik als *semi-precedent* aangeduid.<sup>62</sup> Ook worden op vergelijkbare wijze in enkele uitspraken informele brieven van de Commissie aangehaald.<sup>63</sup> Hierbij zijn kritische kanttekeningen te plaatsen, waarbij de kritiek fundamenteeler van aard is dan in de voorgaande paragraaf. Zowel in hoofdstuk 6 als in hoofdstuk 7 ben ik op dit punt ingegaan.<sup>64</sup> Daarbij heb ik opgemerkt dat de verhouding tussen de Commissie en de nationale (mededingings)rechter complex is, maar dat voor alle Commissie-instrumenten geldt dat nu zij zijn vastgesteld door een bestuursorgaan zonder (steeds) getoetst te zijn door een rechter, de nationale rechter aan deze instrumenten *in algemene zin* niet is gebonden.<sup>65</sup> De nationale wetgevingstechniek brengt daarin op zich geen verandering. Dit staat gebruik als daadwerkelijk precedent derhalve in de weg. Voor dat gebruik zijn echter wel praktische redenen. Maar ook hier ligt een gevaar op de loer: de nationale feitelijke context van de voorliggende zaak kan afwijken van de aan de Commissiebeschikking ten grondslag liggende feiten en de beschikking hoeft niet een juiste weergave te zijn van de huidige stand van het recht of van de juiste toepassing op nationaal niveau (zie hiervoor). Daar komt bij dat door een belangrijke rol toe te kennen aan de juridische kwalificatie van feiten door de Commissie niet steeds recht wordt gedaan aan de plicht tot onderzoek die op de NMa rust, zowel bij onderzoek naar overtreding van het kartelverbod,<sup>66</sup> als bij onderzoek naar de verenigbaarheid van concentraties.<sup>67</sup> Vanuit het EG-recht bezien rust op de rechter geen verplichting

60 Zie bijv. hoofdstuk 6, par. 3.2.3.

61 Zie hoofdstuk 6, par. 3.

62 Zie hoofdstuk 6, par. 6.

63 Zie hoofdstuk 6, par. 3.

64 Zie hoofdstuk 6, par. 6 en hoofdstuk 7, par. 6

65 Dit geldt natuurlijk niet voor verordeningen (ook van de Commissie) die rechtstreeks werkende bepalingen kunnen bevatten die ook gelden bij de decentrale toepassing van *EG-verboden*, zoals de vrijstellingsverordeningen (zie ook hoofdstuk 6, par. 3.4 en par. 5.3 over de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten), of die in ieder geval de relatie tussen de Commissie en de NMa reguleren, zoals de uitvoeringsverordening van de Commissie. Deze verordeningen zijn wel verbindend in situaties dat de rechter de EG-verboden rechtstreeks toepast (zie ook hoofdstuk 3, par. 4.2).

66 Zie hoofdstuk 6, par. 4.2.

67 Zie hoofdstuk 7, par. 4.4.

om Commissiebeschikkingen op deze wijze te gebruiken; de Masterfoodsregel, gecodificeerd in artikel 16 van Verordening 1/2003, heeft slechts een beperkte werking en geldt voor beschikkingen in relatie tot uitspraken in dezelfde zaak. Het betreft niet een verplichting om het juridische oordeel van de Commissie van *vergelijkbare* feiten over te nemen.<sup>68</sup> In het concentratietoezicht ontbreekt vanwege de one-stop-shop een dergelijke regel geheel.<sup>69</sup> Er geldt ook op grond van het nationale recht geen verplichting voor de rechter: zelfs waar de wettelijke convergentie de vorm heeft van een juridische bypass, heeft zij geen betrekking op een niet door het Hof geaccordeerde uitleg van de Commissie.

Daar komt bij dat rechtsstatelijk gezien – waarbij de rechtsstaat op het geheel van de bestuurlijke en rechterlijke verhoudingen in het mededingingsrecht wordt betrokken – het gebruik van Commissiebeschikkingen als precedent geen recht lijkt te doen aan de verhouding tussen bestuur en rechter; het rechtsstatelijk gewenste evenwicht van machten pleit daartegen. In algemene zin zou ook het argument van verlies aan rechterlijke autonomie in relatie met rechterlijke identiteit en nationale rechterlijke trots – hoewel ‘trots’ in deze tijd een politiek beladen begrip is – tegen dergelijk gebruik kunnen pleiten. Het mededingingsrecht overstijgend geldt het rechtsfilosofische argument dat ervoor pleit om diversiteit niet zonder meer overboord te gooien, maar haar herkent als voorwaarde voor vrijheid.<sup>70</sup> Daarmee is niet gezegd dat die vrijheid direct in gevaar komt doordat de nationale mededingingsbestuursrechter Commissiebeschikkingen overneemt, maar het argument noopt wel tot enige voorzichtigheid als voor dit volgen geen verplichting geldt. Dat geldt ook voor het rechtseconomische argument dat is gebaseerd op onderlinge concurrentie van mededingingsbeleid en mededingingsrechtelijke stelsels. In de context van dit proefschrift is echter wellicht het belangrijkste dat het gebruik van Commissiebeschikkingen als precedent op gespannen voet kan staan met uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming voortvloeiende eisen van met name kwaliteit en motivering van uitspraken. Commissiebeschikkingen kunnen derhalve beter worden gezien als ‘gewoon’ bewijs. Dit gebeurt *ook* wel in de uitspraken van de nationale mededingingsbestuursrechter, vooral in het concentratietoezicht.<sup>71</sup> In het kader van de eisen van rechtszekerheid en de waarborg van de rechtsbescherming van partijen dienen zij echter wel te weten op welke Commissiebeschikkingen de nationale rechter zich baseert. ‘Bewijzen’ slaat op het bewijs van feiten en Commissiebeschikkingen worden soms juist ook gebruikt als ondersteuning van een rechtsinterpretatie, waardoor zij lastiger als bewijsmiddel kunnen worden gezien (vanwege het principe van *ius curia novit*). Toch heeft het aanmerken als ‘gewoon’ bewijsmiddel in plaats van het gebruik als feitenprecedent als voordeel dat de bewijswaarde van de betreffende beschikking expliciet afhangt van de situatie, bijvoorbeeld de daadwerkelijke feitelijke parallellie daarin, en ook dat duidelijk is dat tegenbewijs, bijvoorbeeld inhoudende dat de juridische en economische context juist anders is, mogelijk kan zijn.

---

68 Zie hoofdstuk 6, par. 6.

69 Zie hoofdstuk 7, par. 6.

70 Vgl. hoofdstuk 2, par. 3.1.2.

71 Zie hoofdstuk 7, par. 4.3.

**4. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de wijze waarop Commissiebeschikkingen door de mededingingsrechtelijke bestuursrechter worden gebruikt, dient door de rechter in de uitspraak steeds te worden verhelderd. Daarbij dienen Commissiebeschikkingen door de rechter niet als precedent te worden gebruikt, maar als ‘gewoon’ bewijsmiddel.

#### 5.4.3 *De binding aan Commissiebeleid*

Ook Commissiebeleid wordt door de mededingingsbestuursrechter in zijn uitspraken gebruikt ter motivering.<sup>72</sup> Net zoals geldt voor het gebruik van Commissiebeschikkingen kunnen hierbij kanttekeningen worden geplaatst. Zoals bij het al te gemakkelijk overnemen van jurisprudentie van het Hof het gevaar dreigt dat diens interne marktimperatief de mededingingsrechtelijke beoordeling kleurt, geldt hier dat niet per definitie ieder Commissiebeleidsdocument passend is in een nationale context, zelfs waar wettelijke materiële convergentie het uitgangspunt is. Ten eerste geldt dat de beleidsregels van de Commissie verschillende typen beleidsregels omvatten; in deze paragraaf over materiële convergentie gaat het, naar het in de nationale doctrine gemaakte onderscheid,<sup>73</sup> vooral om wetsinterpreterende beleidsregels en feitenvaststellende beleidsregels, maar ook beleidsmatige beleidsregels hebben een weerslag op het materiële recht. Ten tweede is er een verschil in verbindendheid tussen de verschillende beleidsregels, in die zin dat het kan gaan om beleidsregels die van toepassing zijn op de interpretatie door de Commissie van een begrip dat met een juridische bypass in de Mededingingswet is gedefinieerd of om een interpretatie van een begrip dat rechtstreeks en verplicht op grond van het EG-recht wordt toegepast (zoals het interstatelijkheidsvereiste) of om beleidsregels die een onderwerp betreffen waarvoor een mindere gradatie van wettelijke materiële convergentie geldt (zoals bij remedies in het concentratietoezicht of het prioriteringsbeleid). Sommige beleidsregels zijn wel en andere niet door het Hof geaccordeerd.

Beleidsregels zijn aan de orde in uitspraken over de toegang tot de rechter (een procedureel onderwerp),<sup>74</sup> als het gaat om de materiële toepassing van het kartelverbod,<sup>75</sup> in het concentratietoezicht,<sup>76</sup> en bij de klachtafwijzing, vooral op basis van prioritering.<sup>77</sup> Het kan ook gaan om bewijsregels (zie hierna). In de uitspraken stelt of beantwoordt de nationale mededingingsbestuursrechter niet expliciet de vraag om welk type beleidsregel het gaat, welke verbindendheid uit het EG-recht kan worden afgeleid en, als die rechtstreekse verbindendheid er niet is, of de betreffende beleidsregel wel kan worden getransplanteerd naar de nationale situatie in algemene zin, en in de voorliggende zaak. Deze onduidelijke status levert spanning op met de eisen van effectieve rechtsbescherming. Verduidelijking is derhalve nodig. Daartoe heb ik in hoofdstuk 6 naar voren gebracht dat de rechter niet zichzelf kan binden aan

---

72 Zie hoofdstuk 6, par. 6; hoofdstuk 7, par. 6.

73 Zie hoofdstuk 4, par. 3.2.

74 Zie hoofdstuk 5, par. 3.2.4.

75 Zie hoofdstuk 6, par. 6.

76 Zie hoofdstuk 7, par. 6.

77 Zie hoofdstuk 8, par. 2.3.

Commissiebeleid, maar die binding wel kan aannemen voor de NMa.<sup>78</sup> De materiële wettelijke convergentie, bijvoorbeeld bij transplantaties van de Europeesrechtelijke materiële normen bij het kartelverbod en in het concentratietoezicht, zou daartoe een reden kunnen zijn. Een bijkomende reden voor dergelijke nationale binding zou zijn dat het Europese beleid op bepaalde terreinen meer is uitgekristalliseerd, zoals bij het prioriteringsbeleid, zodat daarbij kan worden aangesloten ter verbetering van de helderheid en duidelijkheid van de toegepaste normen.

– *Beoordelingswijze*

De rechter dient het Commissiebeleid daartoe te beoordelen. De wijze van beoordeling door de rechter hangt echter af van de vraag of de NMa heeft aangegeven het beleid van de Commissie over te nemen, zoals bij de beoordeling van horizontale concentraties,<sup>79</sup> eigen beleidsregels heeft opgesteld, zoals bij prioritering, of zich over het betreffende punt niet heeft uitgelaten. In het eerste geval dient de rechter het beleid te toetsen en toe te passen als ware het een eigen beleidsregel van de NMa. Daarbij is eventuele jurisprudentie van het Hof over die beleidsregel uiteraard van belang, maar dient de passendheid van de Europese beleidsregel in een nationale context los daarvan te worden beoordeeld. Als de NMa eigen beleidsregels heeft opgesteld, dan kan Commissiebeleid toch een rol spelen; de materiële wettelijke convergentietechniek kan daartoe immers nopen. De Commissiebeleidsregels kunnen ook een verdieping of detaillering aanbrengen en zo een aanvulling zijn op NMa-beleid. Als de NMa zich over het Commissiebeleid niet heeft uitgelaten of wanneer beleidsregels van de Commissie en de NMa niet overeenstemmen, kunnen verschillende elementen een rol spelen bij de beoordeling door de rechter.

Zo dient de rechter te bepalen welke verbindendheid rechtstreeks uit het EG-recht voortvloeit: die is er alleen als het gaat om de toepassing van artikel 81 en 82 EG, en dan alleen – en ook beperkt omdat het gaat om beleid dat door het Hof als *voor de Commissie* verbindend is geacht – nog maar *voorzover* de beleidsregel is geaccordeerd door het Hof. De vraag is ook welke verbindendheid uit de Mededingingswet volgt: die is er alleen, en met dezelfde beperkingen als hiervoor, als sprake is van een juridische bypass en, in mindere mate, bij een juridische transplantatie. Daarnaast zou de rechter, om te beoordelen of spontane convergentie een optie is, moeten oordelen over de mogelijkheid tot het transplanteren van de beleidsregel of het aspect daarvan naar de nationale situatie; dat zal voor marktafbakeningsmethodiek, bijvoorbeeld, eerder het geval zijn dan voor, bijvoorbeeld, omzetzempels. Bij de beoordeling daarvan dient ook het verschil in achtergrond – op EG-niveau speelt het interne-marktimperatief een rol, op nationaal niveau niet – te worden meegenomen, net als de plaats van de beleidsregel in de overkoepelende economische benadering van mededingingsrecht. Ook is het verschil tussen wetsinterpretatie of feitenvaststelling van belang. Dat leidt tot een beoordeling van de passendheid van de beleidsregels in de nationale context. De rechter kan dit punt door de NMa laten toelichten. Dat is met name aan de orde bij beleid dat de beoordelingsvrijheid of beleidsvrijheid van de NMa betreft, nu het daarbij gaat om door de rechter te respecteren beslissruimte

---

78 Zie hoofdstuk 6, par. 6.

79 Zie hoofdstuk 7, par. 3.3.3.

van de NMa. Bij wetsinterpreterende of feitenvaststellende beleidsregels speelt die beslisruimte niet.<sup>80</sup> Als het Commissiebeleid wordt geacht als NMa-beleid te kunnen worden aangemerkt, dient het aldus transplantabel geachte beleid in algemene zin te worden getoetst zoals eigen beleidsregels van de NMa zouden worden getoetst. Pas dan kan de toepassing van de beleidsregel op de voorliggende casus aan de orde zijn.

**5. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de rechter dient de status van Commissiebeleid in een nationale casus te verduidelijken. De rechter is niet zelf aan het Commissiebeleid gebonden, maar kan het Commissiebeleid aanmerken als ‘eigen’ beleid van de NMa. Zo nodig dient de rechter de NMa tijdens de procedure in de gelegenheid te stellen zich hierover uit te laten.

## 6 PROCEDURELE CONVERGENTIE BIJ DE RECHTER

Het onderzoek naar de vraag of sprake is van procedurele convergentie omvat in dit proefschrift verschillende aspecten. Het omvat convergentie ten aanzien van de toegang (wie kan waartegen in beroep) en convergentie in bewijs en toetsing. De toegangsvraagstukken kunnen vaak los van de specifieke onderliggende materieelrechtelijke bepaling worden gezien, hoewel niet geheel los van het materiële recht; bewijs en toetsing hangen nauw samen met de onderliggende materiële bepaling die aan de orde is. Het onderzoek spitste zich toe op bewijs en toetsing in uitspraken over kartelbesluiten, concentratiebesluiten en besluiten tot de afwijzing van klachten en prioritering.<sup>81</sup>

### 6.1 Globaal overzicht van procedurele rechterlijke convergentie

Ten aanzien van de materiële rechterlijke convergentie is volgens het voorgaande sprake van een Europeesrechtelijke attitude: een sterke Europeesrechtelijke beïnvloeding. De rechtbank heeft echter in enkele uitspraken opgemerkt dat deze convergentiegedachte zich niet noodzakelijkerwijs uitstrekt tot de procedurele kant van het mededingingsrecht. Dat zou er op kunnen duiden dat de Europeesrechtelijke attitude zich niet uitstrekt tot procedurele kwesties. Die conclusie is echter niet in lijn met de praktijk bij dezelfde rechtbank. Uit het onderzoek komt naar voren dat weliswaar inderdaad soms een eigen, van het EG-recht onafhankelijke positie wordt gekozen, maar dat minstens zo vaak sprake is van procedurele convergentie. Voor het CBB komt eveneens een gemengde houding uit het onderzoek naar voren: bij de toegangsvragen is op een enkel punt sprake van expliciete afwijking van de algemene Awb-lijn om overeenstemming met toegang in het EG-mededingingsrecht te bewerkstelligen, maar bij bewijs en toetsing lijkt het nationale procedurele recht voorop te staan. Vooral in hoofdstuk 7 (concentratietoezicht) is een algemene houding van zelfstandigheid gebleken, waaruit een voorkeur van het CBB blijkt voor het oplossen van een zaak door het ‘eigen’ recht toe te passen. Pas daar waar de verstrengeling van

---

80 Zie hoofdstuk 4, par. 3.2.

81 Zie hoofdstuk 1, par. 3.

materieel en procedureel recht sterk is, zoals bij materiële bewijsvermoedens, is dit wellicht ook bij het CBb anders.

Bij procedurele onderwerpen is derhalve veel minder dan bij materiële onderwerpen sprake van een Europeesrechtelijke attitude. De wettelijke materiële convergentie die wordt gevolgd door de rechter, wordt slechts *gedeeltelijk* gevolgd door procedurele convergentie. De procedurele convergentie in bewijs en toetsing lijkt gemakkelijker te worden aangenomen bij onderdelen die dicht tegen het materiële recht aanliggen dan bij onderwerpen die daarvan meer los staan. Maar deze stelling kan niet over de hele linie van procedurele kwesties worden volgehouden, omdat juist bij de interpretatie van het belanghebbendebegrip, dat minder is verbonden met de betreffende materiële bepaling dan bijvoorbeeld bewijsregels, sprake is van duidelijke spontane rechterlijke procedurele convergentie. De procedurele convergentie gaat in ieder geval, anders dan de materiële convergentie, niet verder dan de materiële convergentie noodzaakt: als er nationale oplossingen bestaan, worden deze over het algemeen toegepast. Dat wil niet zeggen dat er dan sprake is van divergentie: door de algemene systeemovereenkomsten die bestaan tussen de Nederlandse en de Europese context waarin de toetsing van mededingingsrechtelijke besluiten van de toezichthouder plaats vindt, kan sprake zijn van grote overeenstemming in toegang, bewijs en toetsing.

– *Alternatieve verklaring, twee sporen*

Ook bij procedurele aspecten, meer nog dan bij materiële vragen, hoeft de oorzaak voor een gelijke ‘uitkomst’ in de zin van een gelijke toegang, een gelijke vorm van toetsing, een zelfde bewijsregel, niet te zijn gelegen in de wettelijke mededingingsrechtelijke convergentie, maar kan de gelijke uitkomst worden verklaard door overeenkomsten in het algemene systeem.<sup>82</sup> Als bij een gelijke uitkomst door de rechter niet is geëxpliciteerd dat de reden daarvoor is gelegen in de onderliggende materiële convergentie of niet naar EG-bronnen wordt verwezen, dient de vraag te worden gesteld of sprake is van een alternatieve verklaring voor de geconvergeerde uitkomst. Uit het onderzoek blijkt dat in veel gevallen bij een gelijke uitkomst op procedureel terrein de reden daarvoor inderdaad niet primair hoeft te zijn gelegen in de materiële wettelijke convergentie. Vaak is sprake van twee sporen: de systeemovereenkomst tussen het nationale bestuursrecht en het Europese administratieve recht geeft het ene spoor, dat los staat van de mededingingsrechtelijke convergentie, de toepassing in een materiële context van de wettelijke geconvergeerde bepaling bevat het tweede spoor. Er is dan geen rechtstreekse rechterlijke procedurele convergentie, maar wel sprake van een indirect convergentieproces. Hierna zullen enkele van deze voorbeelden aan de orde komen.

– *Vormen van procedurele rechterlijke convergentie*

Als sprake is van convergentie, dan maakt de mededingingsbestuursrechter vooral gebruik van de convergentietechniek van *parallèllisme*.<sup>83</sup> Dit is een vorm van spontane convergentie, zowel gezien vanuit EG-perspectief als vanuit nationaal perspec-

---

82 Zie hoofdstuk 3, par. 4.4.

83 Zie over de vormen van convergentie hoofdstuk 3, par. 4.3.



tief. Parallellisme is te verklaren doordat de identiteit van de nationale mededingingsbestuursrechter en die van de Europese mededingingsrechter vergelijkbaar zijn: zij nemen in de keten van mededingingsrechtelijke handhaving en rechtsbescherming een min of meer equivalente plaats in (natuurlijk ontbreekt op EG-niveau een equivalent van de bezwaarfase, maar die ontbreekt op nationaal niveau in ieder geval ook in het concentratietoezicht, en is elders facultatief).<sup>84</sup> Het onderzoek laat zien dat de posities van de rechtbank en het Gerecht meer overeenkomen dan die van het CBb en het Hof van Justitie. Omdat het Hof in hogerberoepszaken in het EG-mededingingsrecht niet optreedt als feitenrechter en het CBb duidelijk wel, is de positie van het CBb soms meer vergelijkbaar met die van het Gerecht. Tegelijkertijd is duidelijk dat de lijnen die het CBb in zijn uitspraken uitzet, door de rechtbank Rotterdam als standaard worden overgenomen (zie bijvoorbeeld Modint, Secon, concentratietoezichttoetsing, Vos-verruiming).<sup>85</sup> In die zin fungeert het CBb wel in een positie die equivalent is aan die van het Hof, althans als het Hof optreedt als hogerberoepsrechter in rechtstreekse beroepen.

Het *EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming* is eveneens in stelling gebracht. Convergentie als gevolg van de toepassing van dit EG-beginsel is verplichte convergentie. De identiteitsovereenkomsten tussen de rechtsprekende instanties ontbreken hier: het Hof treedt op als constitutioneel hof, hiërarchisch boven de nationale instanties staande.<sup>86</sup> In de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter speelt het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming alleen een concrete rol bij het eventueel toepassen van een communautair mededingingsrechtelijk bewijsvermoeden bij het vaststellen dat sprake is van een o.a.f.g; het CBb stelde hierover prejudiciële vragen.<sup>87</sup> Op het beginsel is ook wel een beroep gedaan in het kader van de interpretatie van het belanghebbendebegrip, maar dat heeft vooralsnog niet geleid tot een uitbreiding van de toegang, omdat de rechter van oordeel is binnen de randvoorwaarden van dit beginsel te blijven.<sup>88</sup> Toepassing van het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming kan leiden tot spill-over-effecten, bijvoorbeeld als het EG-beginsel er inderdaad toe leidt dat het EG-rechtelijke bewijsvermoeden moet worden toegepast.<sup>89</sup> Het is niet duidelijk of het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming in de klassieke verhouding, zeker bij de wat terughoudende huidige toepassing van het Hof,<sup>90</sup> tot daadwerkelijk ingrijpen in het Nederlandse mededingingsbestuursrecht zal leiden, omdat, zoals reeds genoemd, in algemene zin de Awb-eisen in overeenstemming zijn met dit beginsel.<sup>91</sup> Dat neemt niet weg dat in een individueel geval, bijvoorbeeld dat van de individuele consument-klager, via de 'positieve' lijn van de EG-effectieve rechtsbescherming, waarbij consumentenbescherming een grote rol

---

84 Zie hoofdstuk 4, par. 4.1.

85 Zie over Modint: hoofdstuk 6, par. 3.3.1 en 4.2.2; over Secon: hoofdstuk 6, par. 4.2.5; over de toetsing in het concentratietoezicht: hoofdstuk 7, par. 5.3.3; en over de Vos-verruiming: hoofdstuk 5, par. 3.2.4.

86 Zie hoofdstuk 3, par. 4.1 en hoofdstuk 4, par. 4.4.

87 Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 6, par. 4.2.4.

88 Zie hoofdstuk 5, par. 3.1.

89 Zie over spill-over-effecten, hoofdstuk 2, par. 2.4.2.

90 Zie hoofdstuk 2, par. 2.3.2.

91 Zie hoofdstuk 5, par.3.1; Battjes 2007; Widdershoven e.a. 2007.

speelt,<sup>92</sup> het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming zou kunnen worden ingezet om toegang te forceren (zie ook par. 6.5). Ook kan de bredere werking van het beginsel worden ingezet ten aanzien van jurisprudentieel door het Hof erkende procedurele rechten, in dit verband vooral de rechten van verdediging.<sup>93</sup> Deze verdedigingsrechten hebben in een nationale context een andere achtergrond. Op dit punt ga ik hierna nader in (zie par. 6.4.3). Het beginsel kan bovendien een bredere werking hebben als het in een *'regulatory'* verhouding zou kunnen worden ingezet, als zwaard.<sup>94</sup> Dit zou met name van belang zijn bij de nu in zijn totaliteit bezien tekortschietende normering van de afwijzing van klachten, vooral op grond van prioritering. Ook op dit punt kom ik terug (zie par. 6.5).

Uit het onderzoek blijkt dat ook vormen van *congruentie* voorkomen: hier is niet het specifieke EG-mededingingsrecht, maar het algemene Europese administratieve recht een inspiratiebron waarbij de nationale mededingingsbestuursrechter aansluit.<sup>95</sup> Deze vorm van convergentie is derhalve niet specifiek mededingingsrechtelijk en is vooral te zien bij de uitleg van het belanghebbendebegrip.<sup>96</sup>

## 6.2 Toegang

Het uitgangspunt bij toegang tot de rechter is dat er geen sprake is van wettelijke convergentie. Zowel het besluitbegrip als het belanghebbendebegrip wordt door de Awb bepaald. Deze bepalingen van de Awb zijn niet onder invloed van EG-recht tot stand gekomen en gelden voor het gehele Nederlandse bestuursrecht. In een benadering waarbij de Awb wordt geacht voor het gehele bestuursrecht dezelfde uitleg aan deze begrippen te geven, behoort de uitleg van de begrippen in een mededingingsrechtelijke context daarvan ook niet af te wijken. Het is echter de vraag of dat in het licht van de eisen van effectieve rechtsbescherming is vol te houden.

### 6.2.1 Toegangsregelingen

In hoofdstuk 5 is een vergelijking gemaakt tussen de algemene interpretatie van de nationale begrippen 'besluit' en 'belanghebbende' en de interpretatie van de equivalente EG-begrippen 'handeling' en 'rechtstreeks en individueel geraakt'.<sup>97</sup> Voor het *besluitbegrip* geldt daarbij dat voor sommige categorieën van beslissingen verschil bestaat tussen de toegangsmogelijkheden op Europees niveau en op nationaal niveau. Anders dan in literatuur in algemene zin is opgemerkt, lijkt daarbij de rechtsbescherming in het mededingingsrecht op Europees niveau soms ruimer.<sup>98</sup> Verschil is ook dat de rechtsbescherming tegen beslissingen en handelingen van de toezichthouder op nationaal niveau verspreid is over verschillende rechterlijke instanties, wat, zoals hierna zal blijken, in strijd kan zijn met de eis van een coherent en begrijpelijk

---

92 Zie hoofdstuk 2, par. 2.3.2 en 2.4.3.

93 Zie hoofdstuk 2, par. 2.4.3.

94 Zie hoofdstuk 2, par. 2.4.3.

95 Zie hoofdstuk 3, par. 4.3.

96 Zie hoofdstuk 5, par. 3.2.2 en par. 3.2.3.

97 Zie hoofdstuk 5, par. 2, resp. par. 4.

98 Zie hoofdstuk 5, par. 4.2.

systeem van toegang tot de rechter. Het aan het *belanghebbende*begrip equivalente ‘rechtstreeks en individueel geraakt zijn’, wordt in het Europese mededingingsrecht soepeler uitgelegd dan voor andere Europese rechtsterreinen. De toegang lijkt daarmee in het Europese mededingingsrecht ook ruimer dan de toegang voor belanghebbenden op grond van de Awb. Dit geldt met name voor derden die betrokken zijn in de administratieve procedure bij de Commissie, zoals klagers en gehoorde ondernemingen, wat mede komt doordat de proceshouding in de voorprocedure een rol kan spelen in het verkrijgen van een beroepsrecht.<sup>99</sup> De proceshouding in de administratieve procedure speelt op nationaal niveau vooralsnog geen rol van betekenis.

De uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming voortvloeiende eis van een coherent systeem van toegang pleit niet alleen voor een begrijpelijk nationaal systeem, maar kan een argument bieden om bij het verruimen van toegang – nodig om aan de eis van een voldoende toegang te voldoen, zoals hierna zal blijken – op nationaal niveau aansluiting te zoeken bij het Europese niveau. Zoals hierna duidelijk wordt, is convergentie met de EG-rechtelijke toegang echter niet steeds voldoende om volledig aan de eisen van effectieve rechtsbescherming te kunnen voldoen.

### 6.2.2 *Belanghebbende*

De rechterlijke convergentie in de interpretatie van het belanghebbendebegrip is uitgebreid aan de orde gekomen in hoofdstuk 5, paragraaf 3. Zij is subtiel. Zowel de rechtbank als het CBb sluiten aan bij de uitleg van het equivalente begrip in het Europese mededingingsrecht; zowel Commissiebeschikkingen als jurisprudentie van het Hof worden genoemd. De rechtbank gebruikt de Europese uitleg echter, net als bij het besluitbegrip, met name om *niet* af te wijken van de algemene Awb-lijn: een van de redenen om niet voor een ‘strategische uitbreiding’ te kiezen is dat de Awb-uitleg niet afwijkt van de op Europees niveau geboden toegang.<sup>100</sup> Daarbij kan echter sprake zijn van niet-bedoelde divergentie. Zo wordt aan klagers, potentiële concurrenten, consumenten en afgeleidbelanghebbenden in het EG-mededingingsrecht soms een ruimere toegang geboden dan onder het Awb-regime. In algemene zin lijkt het CBb genuanceerder te staan tegenover een mogelijke uitbreiding van de ‘gewone’ Awb-interpretatie, en daartoe aansluiting bij het EG-recht te zoeken. De Vos-verruiming van het CBb, een verruiming voor bepaalde categorieën klagers, is hiervan een duidelijk voorbeeld.<sup>101</sup>

#### – *Knelpunten*

In hoofdstuk 5, paragraaf 3.4 zijn enkele knelpunten aangegeven en mogelijke oplossingen geschetst. De knelpunten bij de uitleg van het belanghebbendebegrip liggen vooral op het terrein van de afgeleidbelanghebbende en de toegang voor de consument-eindgebruiker; zij worden niet aangemerkt als belanghebbenden. Voor afgeleidbelanghebbenden is dit niet in overeenstemming met hun soms forse financieel-economische belangen, en hun belang dat vaak contrair is aan dat van de

---

<sup>99</sup> Zie hoofdstuk 5, par. 2.2.

<sup>100</sup> Zie hoofdstuk 5, par. 3.2.4.

<sup>101</sup> Zie over de Vos-verruiming vooral hoofdstuk 5, par. 3.2.4

directbelanghebbende. Dit is niet een specifiek mededingingsrechtelijk probleem, maar een algemeen in het bestuursrecht gesignaleerd probleem van de huidige interpretatie van het belanghebbendebegrip.<sup>102</sup> Voor consumenten betekent de beperkte uitleg dat hun beleden belangrijke rol in het mededingingsrecht niet tot uiting komt in toegang tot de rechter. Het mededingingsrecht heeft weliswaar niet de individuele consumentenbescherming ten doel, maar het meer algemene belang van consumentenwelvaart, maar toch is het wel degelijk ook de individuele consument wiens welvaart wordt bedoeld te worden geoptimaliseerd. Aan de uit het algemene, samengestelde beginsel van effectieve rechtsbescherming voortvloeiende eis van een voldoende toegang wordt vanuit deze verbinding met het materiële recht onvoldoende voldaan. Het is de vraag of door convergentie – via parallelisme – de genoemde knelpunten worden opgelost. Voor sommige aspecten kan aansluiting worden gevonden bij de Europese interpretatie van het equivalente belanghebbendebegrip, dat daar immers op punten een bredere strekking kent. Maar ook op EG-niveau schiet de rechtsbescherming soms te kort.<sup>103</sup>

– *Afgeleidbelanghebbenden*

Wat de afgeleidbelanghebbende betreft, ligt de oplossing in uitbreiding van het belanghebbendebegrip. Dat is ook door anderen reeds bepleit en in hoofdstuk 5 uitgebreid besproken.<sup>104</sup> Voor het mededingingsrecht zou een dergelijke uitbreiding recht doen aan de economische realiteit van de afgeleidbelanghebbende. Primair kan de mededingingsbestuursrechter, net als bij de Vos-verruiming gemotiveerd door het convergentiestreven van de mededingingswetgever, in bepaalde gevallen waarin ook het EG-recht deze toegang aan afgeleidbelanghebbenden biedt, deze toegang reeds verlenen.

**6. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** waar het Hof aan sommige afgeleidbelanghebbenden toegang tot de rechter verleent, dient de nationale rechter deze ook onder de Awb in het mededingingsbestuursrecht te verlenen.

Deze geconvergeerde toegang is echter niet steeds voldoende in het licht van de eisen van effectieve rechtsbescherming. In het mededingingsrecht zou aan een ieder die ‘in voldoende mate wordt getroffen in een relevant en rechtmatig belang’ toegang tot de rechter moeten worden gegund. Een aanbeveling aan de mededingingswetgever in deze zin ligt voor de hand. Maar, zoals aangegeven zijn ook in de algemene bestuursrechtelijke literatuur argumenten naar voren gebracht voor verruiming van toegang voor de afgeleidbelanghebbende. Omdat dit een breder gesignaleerd probleem is, richt ik me in de volgende aanbeveling dan ook tot de Awb-wetgever. Hoewel dit proefschrift geen onderzoek bevat naar de positie van de afgeleidbelanghebbende buiten het mededingingsrecht zijn de algemene bezwaren wel in kaart gebracht.<sup>105</sup> Wijziging van de Awb komt in ieder geval ook tegemoet aan de in dit

---

102 Zie hoofdstuk 5, par. 3.2.3 en 3.4; VAR-Commissie rechtsbescherming 2004.

103 Zie hoofdstuk 5, par. 3.4.

104 Zie hoofdstuk 5, par. 3.4.

105 Zie hoofdstuk 5, par. 2.

proefschrift gesignaleerde mededingingsrechtelijke problemen rond de toegang van de afgeleidbelanghebbende.

**7. Aanbeveling aan de Awb-wetgever:** aan ‘een ieder die door het besluit in voldoende mate wordt getroffen in een relevant en rechtmatig belang’ dient toegang tot de bestuursrechter gegund te worden.

– *Consumenten*

De bovengenoemde uitbreiding van het belanghebbendebegrip leidt voor *consumenten* niet altijd tot ontvankelijkheid, aangezien zij (ook) stranden op het vereiste van een onderscheiden belang. Hoewel ik meen dat de toegang in het mededingingsrecht voor consumenten nu te beperkt is, is het ook niet werkbaar dat iedere willekeurige consument in iedere willekeurige mededingingsrechtelijke procedure als belanghebbende moet worden aangemerkt. Een criterium om te onderscheiden kan zijn gelegen in het, in overeenstemming met het EG-mededingingsrecht, belang toekennen aan *betrokkenheid* in de voorprocedure. Dit zou betekenen dat aan klagers, mits zij in voldoende mate getroffen worden in een relevant en rechtmatig belang, belanghebbendheid wordt toegekend, juist omdat zij zich door het indienen van een klacht en hun betrokkenheid in de procedure onderscheiden van overige consumenten. Hierdoor wordt het individuele belang van de consument, een belang dat weliswaar primair als een algemeen boven-individueel te beschermen belang wordt erkend in mededingingswetgeving, ook procedureel handen en voeten gegeven. De uitbreiding van de toegang voor betrokken consumenten-eindgebruikers is hecht verbonden met het onderliggende materiële recht en kan daarom niet geheel los worden gezien van het Europese mededingingsrecht, waar de toegang tot de rechter op dit punt ruimer is dan op nationaal niveau. Door deze rechterlijke uitbreiding van toegang wordt de toegang tot de mededingingsbestuursrechter op nationaal niveau op zijn minst equivalent aan de Europeesrechtelijke toegang, waar een ‘eindklant die aantoonde dat hij door de mededingingsbeperking in zijn economische belangen is of kan worden geschaad’,<sup>106</sup> als daardoor geïndividualiseerd wordt aangemerkt. Er zijn tegen deze uitbreiding wel argumenten aan te voeren, zoals dat hiermee wordt afgeweken van de algemene Awb-lijn (zie par 6.2.4), en het gevaar dat de NMa, en als afgeleide daarvan de rechter, overspoeld worden door klachten, die waarschijnlijk niet altijd van een substantieel niveau zullen zijn. Tegenover dat laatste kan worden gesteld dat de NMa een prioriteitsbeleid kan voeren en niet verplicht is inhoudelijk in te gaan op ieder klacht (hoewel ook aan het prioriteringsbeleid wel verdergaande eisen kunnen worden gesteld). Bovendien betekent de uitbreiding tot klagers-betrokkenen nog steeds een beperking ten opzichte van ‘iedere consument’. Ook kan in algemene zin de als retorische aan te merken vraag worden gesteld of, als de rechtsbeschermingseis van voldoende toegang spanning oplevert met effectiviteit in de zin van het niet dichtslippen van het rechtsbeschermingsproces, het de rechtsbescherming op zaakniveau is die moet wijken.

---

106 Gev. zaken T-213 & 214/01, Österreichische Postsparkasse.

**8. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de mededingingsbestuursrechter dient de individuele consument-eindgebruiker, die door de betreffende gedraging waarover hij klaagt in zijn economische belangen is of kan worden geschaad en die betrokken is in een procedure bij de NMa, aan te merken als belanghebbende.

### 6.2.3 Besluit

In de mededingingsrechtelijke uitspraken wordt voor het besluitbegrip slechts incidenteel, en daarmee minder dan bij het belanghebbendebegrip, expliciet aansluiting gezocht bij Europeesrechtelijke jurisprudentie. Ook wanneer de communautaire interpretatie wel ter sprake komt, is aansluiting daarbij *niet* vanzelfsprekend: de rechter volgt haar slechts als daarmee niet wordt afgeweken van de algemene Awb-interpretatie, en dan heeft de convergentie hier weinig betekenis omdat zij niet het gevolg is van wettelijke materiële convergentie. De uitspraken met betrekking tot het besluitbegrip en de daarbij aan de orde zijnde convergentie of divergentie met het Europese (mededingings)recht zijn in hoofdstuk 5 uitgebreid aan de orde gekomen.<sup>107</sup> Kort samengevat is de conclusie dat het EG-recht hier weinig impact heeft, terwijl voor een aantal beslissingen de mogelijkheid om daartegen bij de rechter beroep in te stellen, duidelijk verschilt. Meer concreet worden de aankondiging van een bedrijfsbezoek, het verzoek om inlichtingen (bij beschikking), de afwijzing van een verzoek te worden gehoord of tot toegang tot het dossier, en vertrouwelijkheidsbeslissingen in het EG-recht over het algemeen wel, en in het nationale recht over het algemeen niet als appellabele beslissingen aangemerkt. Sommige beslissingen en handelingen zijn net als op nationaal niveau in het EG-recht niet afzonderlijk appellabel. Voor schadeveroorzakend handelen van de Commissie kan echter een schadevergoedingsactie worden gestart bij het Gerecht (met in hoger beroep het Hof), dezelfde rechtelijke instantie als die bevoegd is in rechtstreekse beroepen tegen beschikkingen van de Commissie. In de nationale context geldt voor schadeverzoeken voor schade geleden door optreden van de NMa een complex systeem van bevoegdheden maar is hier vooral, net als tegen niet-appellabele andere handelingen, de civiele rechter bevoegd.<sup>108</sup> Getoetst aan de eisen van effectieve rechtsbescherming levert dit enige knelpunten op. Convergentie met de EG-rechtelijke beroepsmogelijkheden biedt niet per definitie de optimale oplossing; ook op EG-niveau is de toegang niet altijd voldoende in het licht van deze eisen, al wordt hierna vanwege de eis van coherentie wel primair bezien of door convergentie met de communautaire toegang in het mededingingsrecht reeds tegemoet kan worden gekomen aan de eisen van een voldoende toegang en een begrijpelijk en coherent systeem, waarin de kwaliteit van uitspraken kan worden gewaarborgd. Dat laatste betreft ook de vraag of tegen niet-appellabele beslissingen van de NMa beroep open zou moeten staan bij de rechtbank Rotterdam en ook of de plaats van Wob-verzoeken in het systeem van rechtsbescherming niet moet worden herzien. Ten slotte dient te worden bekeken of een schadevergoedingsactie die verdergaat dan nu voorgesteld, of een algemene verzoekschriftprocedure in mededingingszaken kan bijdragen aan het voldoen aan deze eisen.

<sup>107</sup> Zie hoofdstuk 5, par. 4 en 5.

<sup>108</sup> Zie hoofdstuk 5, par. 5.

– *Informele afdoeningen*

Informele afdoening van zaken, bijvoorbeeld het aan de zijde van de NMa verzoeken om een klacht of een melding in te trekken, voorziet blijkbaar in een behoefte. Een dergelijk handelen hoeft vanuit de eisen van effectieve rechtsbescherming niet problematisch te zijn: ervan uitgaande dat er een aanvrager is, kan deze steeds een besluit verlangen, waartegen uiteindelijk beroep bij de rechter open staat. Zoals in hoofdstuk 5 geschetst, zijn er echter enkele specifieke punten waarbij de rechtsbescherming, in de zin van toegang tot de rechter, wel problematisch zou kunnen zijn. Het betreft daarbij bijvoorbeeld de informele afdoening van concentraties in de meldingsfase en de informele afdoening van kartelzaken via zogenoemde discomfort-letters. Waar de NMa willens en wetens een andere vorm dan een afdoening via beschikking kiest, om in feite hetzelfde te bereiken maar dan zonder de mogelijkheid van beroep op een rechter, dient rechtsbescherming te worden opengesteld.<sup>109</sup>

**9. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** waar de NMa gebruik maakt van informele afdoening waarbij feitelijk hetzelfde wordt beoogd als met een besluit kan worden bewerkstelligd, dient de rechtbank dergelijke oordelen met een besluit gelijk te stellen, zodat daartegen beroep mogelijk is.

– *Verificaties, vorderen van inlichtingen en afwijzen van horen of toegang tot dossier*

De beslissing van de NMa tot het instellen van een verificatiebezoek, het vorderen van inlichtingen, het afwijzen van een verzoek om te worden gehoord of om toegang tot het dossier te verlenen, worden niet aangemerkt als voor beroep vatbare besluiten. Zoals in hoofdstuk 5 is opgemerkt, is dat vanuit de eisen van effectieve rechtsbescherming vooral problematisch omdat voor de eerste twee wel een plicht tot medewerking geldt en een dreiging van een sanctie bij niet meewerken, en omdat voor de laatste twee geldt dat het horen en de toegang tot het dossier belangrijke onderdelen zijn van de rechten van verdediging. Het niet aanmerken als appellabel besluit levert derhalve spanning op met de eis van voldoende toegang tot de rechter en de eis van een voldoende waarborg van de rechten van verdediging. Daar komt bij dat vanwege de bewijstechnische consequenties van een onrechtmatige verificatie of vordering, danwel de niet-waarboring van de rechten van verdediging, het ook effectiever is dit in een eerder stadium vast te stellen dan bij beroep tegen een al dan niet volgend eindbesluit. Vanuit de eisen van coherentie en begrijpelijkheid van het systeem, kwaliteit van rechtspraak, en de gemaakte keuze voor een gespecialiseerde rechter ligt het voor de hand dat daarbij dezelfde rechterlijke instantie bevoegd is. Dat is ook de rechter die het in acht nemen door de NMa van de rechten van verdediging bij toetsing van het eindbesluit zal moeten waarborgen. Met het ook op nationaal niveau aanmerken van deze beslissingen als appellabel besluit wordt convergentie met de EG-rechtelijke toegang bewerkstelligd, wat als bijkomend argument (een argument ontleend aan coherentie) kan dienen ter legitimatie voor de rechterlijke afwijking van de Awb-lijn in deze mededingingsrechtelijke gevallen. Ik noemde in hoofdstuk 5 enkele mogelijkheden om deze knelpunten te redresseren, en ging ook

---

109 Zie hoofdstuk 5, par. 5.8.

in op de vraag of dit het juiste moment in een NMa-onderzoek is om beroep in te stellen.<sup>110</sup> Met het aanmerken als besluit staat immers ook een verzoek om voorlopige maatregelen open. Daarbij zij herhaald dat vanwege het verrassingselement, dat opsporingstechnisch zo belangrijk is bij de uitoefening van de verificatiebevoegdheid, er slechts in zeer uitzonderlijke gevallen reden zal zijn het bedrijfsonderzoek hangende de behandeling van de voorlopige voorziening te schorsen.

**10. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de aankondiging van een bedrijfsbezoek (verificatie) en het verzoek om inlichtingen, waarbij een verplichting tot medewerking geldt, dient te worden aangemerkt als voor beroep vatbaar besluit.

**11. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de beslissing om een belanghebbende niet te horen of aan een belanghebbende geen toegang tot het dossier te verlenen, dient vanwege het zelfstandig belang van de waarborging van de rechten van verdediging te worden aangemerkt als voor beroep vatbaar besluit.

Om deze rechtsbescherming te kunnen bieden, dient van de aankondiging van verificatie de eis van schriftelijkheid te worden gesteld. Aangezien de mededingingswetgever daarvoor een wetswijziging moet doorvoeren, kan daarbij door de wetgever ook direct het besluitkarakter van een dergelijke beslissing in de Mededingingswet worden bevestigd. Dat is gezien het voorgaande niet strikt noodzakelijk, maar de Mededingingswet kent ook elders voorbeelden waar expliciet is bepaald dat beslissingen voor beroep vatbaar zijn. Verzoeken om inlichtingen, vooral tijdens een verificatiebezoek, kunnen niet steeds schriftelijk worden gedaan. Tegen deze verzoeken staat in dat geval geen vernietigingsberoep open, een mogelijk hiaat in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming waarop ik hierna terug kom. Bij de weigering om te horen of om toegang tot het dossier te verlenen zal, als de beslissing als besluit wordt aangemerkt, sprake zijn van de afwijzing van een aanvraag (van een belanghebbende), die steeds schriftelijk zal worden genomen.

**12. Aanbeveling aan de mededingingswetgever:** in de Mededingingswet dient te worden bepaald dat de aankondiging van het doen van een verificatie schriftelijk moet worden genomen. In één moeite door kan dan ook in de Mededingingswet worden bepaald dat deze beslissing een besluit is waartegen beroep kan worden ingesteld.

#### – Openbaarmakings- en vertrouwelijkheidsbeslissingen

Openbaarmakings- en vertrouwelijkheidsbeslissingen worden soms wel en soms niet als besluit aangemerkt, waarvan de rechtsbescherming soms wel en soms niet in handen is van de rechtbank Rotterdam. Voor Wob-verzoeken is de bestuursrechtbank Den Haag bevoegd, voor vertrouwelijkheidsbeslissingen die als besluit worden aangemerkt de rechtbank Rotterdam, voor overige openbaarmakingsbeslissingen de

---

<sup>110</sup> Zie hoofdstuk 5, par. 5.8.



civiele rechter in Den Haag. Deze versnippering is in ieder geval in strijd met de eis van effectiviteit en coherentie: het maakt het systeem van rechtsbescherming ondoorzichtig en onvoorspelbaar.<sup>111</sup> Het is duidelijker om alle beslissingen omtrent vertrouwelijkheid als appellabel besluit aan te merken, waartegen beroep bij de rechtbank Rotterdam openstaat. Dit gaat verder dan convergentie met het EG-recht mee zou brengen. Zoals hiervoor gesteld, is convergentie met EG-rechtelijke toegang echter niet een op zichzelf staand argument voor een bepaalde keuze, maar een ondersteunend argument, omdat daarmee kan worden bijgedragen aan een coherent systeem. Bij vertrouwelijkheidsbeslissingen dienen steeds de Wob-criteria te worden toegepast, zodat de vraag opkomt waarom in beroepen tegen ‘gewone’ Wob-besluiten, genomen door de NMa, niet dezelfde gespecialiseerde mededingingsbestuursrechter bevoegd is. Ten slotte signaleerde ik dat bij openbaarmakingsbeslissingen sprake is van een inconsequentie in de Mededingingswet, waarbij bij het openbaar maken van sommige gegevens een week wachttijd is voorgeschreven, bij andere een wachttijd van vijf dagen, en bij weer andere geen enkele wachttijdregeling geldt.<sup>112</sup> Als de mededingingswetgever dit punt regelt, kan hij daarbij ook vastleggen dat openbaarmakingsbeslissingen omtrent vertrouwelijk aangemerkte gegevens besluiten zijn, hoewel een dergelijk vastleggen niet strikt noodzakelijk is.

**13. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de rechter dient openbaarmakingsbeslissingen, waarbij over als vertrouwelijk aangemerkte gegevens een beslissing wordt genomen, aan te merken als appellabel besluit, om zo hiaten in de Mededingingswet naar analogie van wel als beschikking aangemerkte openbaarmakingsbeslissingen coherent in te vullen.

**14. Aanbeveling aan de mededingingswetgever:** in de Mededingingswet dient te worden bepaald dat openbaarmakingsbeslissingen waarbij een beslissing over vertrouwelijkheid wordt genomen, worden aangemerkt als voor beroep vatbaar besluit. Daarbij dient steeds een uniforme wachttijd tot daadwerkelijke openbaarmaking te worden aangehouden, zodat in voorkomend geval een voorlopige voorziening kan worden gevraagd bij de bestuursrechtbank in Rotterdam, die de bevoegde rechter in eerste aanleg is ten aanzien van beroepen tegen dergelijke besluiten.

**15. Aanbeveling aan de mededingingswetgever:** ten aanzien van beroepen tegen ‘gewone’ Wob-besluiten, die worden genomen door de NMa, dient de mededingingsbestuursrechter in Rotterdam in eerste instantie, met in hoger beroep het CBB, bevoegd te worden verklaard.

---

111 Zie de bevestiging van deze eis, althans in beginsel, als voortvloeiend uit het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming (de doeltreffendheidseis), in zaak C-268/06, Impact, en daarover hoofdstuk 2, par. 2.5. Zie verder vooral hoofdstuk 5, par. 5.8.

112 Zie hoofdstuk 5, par. 5.5 en par. 5.8.

– *De verzoekschriftprocedure*

Een aantal beslissingen of handelingen, zoals niet-schriftelijke verzoeken om inlichtingen, de feitelijke uitvoering van een verificatiebezoek, maar ook bijvoorbeeld het naar buiten brengen van een persbericht, is ook met bovengenoemde uitbreidingen niet voor vernietigingsberoep vatbaar. Hoewel rechtsbescherming gewenst kan zijn, en ook nu door de civiele rechter wordt geboden, kan opnieuw vanuit de eis van een coherent en helder systeem en de eisen van voldoende passende ingangen tot de rechter en voldoende passende uitspraakmogelijkheden voor de rechter, de vraag worden gesteld of de huidige situatie voldoet. Daar komt bij dat in het licht van de eisen van een voldoende intensieve toets en voldoende kwaliteit van rechtsbescherming de wat terughoudende toets door de civiele rechter van sommige niet-appellabele beslissingen, die in een beroep tegen een mogelijk, (maar niet noodzakelijkerwijs volgend) eindbesluit door de bestuursrechter kunnen worden beoordeeld, in het licht van de verhoudingen tussen civiele rechter en bestuursrechter weliswaar voorstelbaar is, maar ook enigszins zorgelijk kan worden genoemd.<sup>113</sup> In hoofdstuk 5, vooral in paragraaf 5.8, heb ik gewezen op de tekortkomingen, vanuit dit mededingingsrechtelijk perspectief, van het huidige voorontwerp voor een verzoekschriftprocedure bij nadeelcompensatie en onrechtmatige besluiten (ook na de voorgestelde wijzigingen van het voorontwerp door de SER). Deze verzoekschriftprocedure is te beperkt voor het oplossen van de hier genoemde knelpunten, omdat op grond van het voorliggende voorstel geen schadevergoeding als gevolg van onrechtmatig handelen in de uitvoering van een rechtmatig besluit kan worden gevraagd (zoals schade als gevolg van de uitvoering van een verificatie die op zichzelf rechtmatig was), geen schadevergoeding kan worden gevraagd als gevolg van feitelijk handelen waar geen besluit aan vooraf gaat (zoals schade als gevolg van het uitbrengen van een persbericht), en geen andere uitspraakmogelijkheden kunnen worden aangewend dan het al dan niet verlenen van schade, terwijl in voorkomende gevallen behoefte kan bestaan aan een oordeel omtrent rechtmatigheid (zoals bij de verzoeken om inlichtingen die niet schriftelijk zijn gevraagd). In algemene zin hebben anderen hier elders reeds op gewezen.<sup>114</sup> Aangezien het wetsvoorstel dient tot wijziging van de Awb, maar deze problemen zich ook in het mededingingsrecht voordoen, richt ik mij in de navolgende aanbevelingen primair tot de Awb-wetgever. Als voor invoering van een bredere verzoekschriftprocedure dan nu voorgesteld echter huiver bestaat bij de Awb-wetgever, verdient het desalniettemin aanbeveling dat voor de mededingingsrechtelijke arena wordt overwogen – wellicht als proeftuin – een algemene verzoekschriftprocedure in te stellen.

**16. Aanbeveling aan de Awb-wetgever:** het voorontwerp voor een verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding voor nadeelcompensatie en onrechtmatige besluiten dient te worden uitgebreid tot ook schade als gevolg van feitelijk handelen omvattend. Daarbij dient voor schade als gevolg van feitelijk handelen van de NMa de rechtbank Rotterdam, en in hoger beroep het CBb, als bevoegde rechter te worden aangewezen.

---

113 Zie hoofdstuk 5, par. 5.8.

114 Zie hoofdstuk 5, par. 5.8.

**17. Aanbeveling aan de mededingingwetgever:** het verdient overweging om voor het mededingingsbestuursrecht een algemene verzoekschriftprocedure mogelijk te maken.

#### 6.2.4 Afwijking van de Awb

Voor verschillende deelonderwerpen zijn hierboven oplossingen aangedragen voor het wegnemen van knelpunten. Sommige oplossingen zijn vrij specifiek mededingingsrechtelijk van aard en zouden betekenen dat voor het mededingingsrecht wordt afgeweken van algemeen Awb-recht; andere oplossingen zijn niet zozeer in afwijking van algemeen bestuursrecht, maar een verfijning daarvan. De vraag is of afwijking erg is. Daartoe moet worden onderscheiden dat de afwijking van het algemene bestuursrecht kan gelden op verschillende niveaus: dat van de *competentie* van de gespecialiseerde rechter, op het niveau van de *interpretatie van Awb-begrippen*, en een verdergaande *verzoekschriftprocedure voor het mededingingsrecht*. Het eerste lijkt niet op principiële bezwaren te stuiten, nu de keuze voor een gespecialiseerde rechter al is gemaakt, en daarbij juist wordt beoogd aan te sluiten. Het tweede kan vanuit een algemeen gezichtspunt van eenheid van Awb-begrippen problematisch zijn, omdat het gaat om een afwijking die zou gelden voor een specifiek rechtsgebied. Voor het derde punt geldt dat des te sterker, omdat daarmee een systeemafwijking wordt ingevoerd. Dat zou kunnen worden gezien als een bedreiging voor de rechtszekerheid.

Zoals in hoofdstuk 5 is besproken, kan het afwijkingsprobleem worden gerelativeerd.<sup>115</sup> Kort gezegd betreft het in het mededingingsbestuursrecht een exclusieve rechter (en een enkel bestuursorgaan) aan de ene kant, en vooral een kleine, min of meer vaste groep van gespecialiseerde advocaten aan de andere kant. Bovendien wordt door afwijking van het algemene bestuursrecht convergentie met het Europese bestuursrecht bewerkstelligd, althans voor een gedeelte, wat coherentie in een groter verband (tussen het EG-recht en het nationale recht) of afhankelijk van het gezichtspunt in een kleiner verband (in het EG-mededingingsrecht en nationale mededingingsrecht) bevordert. Daarbij komt dat ook voor andere deelgebieden soms wordt afgeweken van de algemene Awb-lijn; de uniformiteit is niet zo uniform als soms wordt verondersteld. De redenen om af te wijken zijn daarbij gelegen in de eisen van effectieve rechtsbescherming: het belang van de bescherming van de rechten van verdediging, coherentie van het systeem, voldoende toegang tot de rechter, en voldoende kwaliteit. De verbinding tussen procedureel en materieel recht noopt derhalve in dit geval tot die verbeterde, verbrede toegang tot de rechter.<sup>116</sup>

---

115 Zie hoofdstuk 5, par. 5.8. Het gevaar van een overbelaste rechtbank, ook besproken in hoofdstuk 5, par. 5.8 komt hierna aan de orde.

116 Zie in algemene zin over de vraag of procedurele regels wel 'trans-substantief' kunnen zijn, en het belang van het vinden van 'the optimal level of generality', Bone 2008, p. 333-334.

### 6.3 Bewijsrecht

Hoewel het mogelijk is om in algemene zin bewijsregels te formuleren, krijgen zij pas specifieke geldigheid en vorm in de toepassing op het materiële recht. Dat uitgangspunt leidt tot de veronderstelling dat, doordat er sprake is van materiële convergentie, ook van een sterke beïnvloeding van EG-mededingingsrecht op het bewijsrecht moet worden uitgegaan.<sup>117</sup> Na onderzoek van deze stelling bij de toetsing van NMa-besluiten op het gebied van artikel 6 Mw, het concentratietoezicht en de afhandeling van klachten blijkt dat het zo gemakkelijk geschetste plaatje niet zo helder is. De lens kan op een detail hier of een spannende ontwikkeling daar worden ingezoomd: dan wordt het beeld helderder voor dat ene detail, maar kan het zijn dat elders focus ontbreekt. Bij uitzoomen vervaagt bovendien de resolutie van het beeld. Dat heeft verschillende redenen.

#### – *Vervaging*

Een van de redenen voor het gebrek aan resolutie is dat er geen sprake is van een nationale wettelijke regeling. Daardoor kan in ieder geval die regeling niet gebaseerd zijn op Europees recht. Maar ook een codificatie van EG-bewijsregels ontbreekt.<sup>118</sup> Bewijsregels moeten derhalve worden afgeleid uit jurisprudentie, maar daarin wordt niet vaak expliciet op bewijsrecht ingegaan. Het fenomeen van een afwezige wettelijke regeling is gelijk op nationaal en Europees niveau, maar *dat* kan moeilijk als convergentie worden aangemerkt. Een andere reden die leidt tot vervaging van het plaatje met het antwoord op de vraag of materiële convergentie leidt tot bewijsrechtelijke convergentie, is dat de uitgangspunten voor bewijs die kunnen worden afgeleid uit uitspraken, op een algemeen niveau grote overeenkomsten vertonen. Dit geldt in ieder geval voor de algemene uitgangspunten voor de *bewijslastverdeling*. Deze rust primair op het bestuursorgaan, maar als sprake is van een besluit op aanvraag geldt een grote rol voor de aanvrager in het verschaffen van de benodigde informatie. Ook geldt dat bij een beroep op een uitzondering de bewijslast rust op degene die zich daarop beroept. Dat dit toch niet leidt tot een scherp beeld van het convergentieproces komt doordat deze algemene regels van bewijslastverdeling eerder inherent zijn aan een administratiefrechtelijk systeem waarbij mede door het nemen van besluiten wordt bestuurd, dan dat zij als een gevolg van materiële convergentie kunnen worden aangemerkt.<sup>119</sup> De bewijslastverdeling tijdens een procedure (primair bij de NMa, secundair bij de rechter) kan daarbij worden gezien als een proces: de bewijslast kan verschuiven gedurende de procedure. Regels van tegenbewijs en bewijsvermoedens die verandering brengen in de algemene bewijslastverdeling worden daarbij eveneens op beide niveaus gehanteerd, dus geldt dit ook voor de algemene onderkenning in het mededingingsrecht dat bewijs met tegenbewijs kan worden tegengesproken, en voor het bestaan (op beide niveaus) van mededingingsrechtelijke bewijsvermoedens waardoor de bewijslast kan worden gewijzigd.

---

117 Zie hoofdstuk 1, par. 3.

118 De vrij algemene bewijslastverdelingsregels bij toepassing van artikel 81 EG, zoals neergelegd in Verordening 1/2003, uitgezonderd.

119 Zie hoofdstuk 4, par. 2.5.

Voor deze gelijkheid in algemene bewijsregels die door de analyse van mededingingsrechtelijke uitspraken wordt bevestigd, geldt derhalve voor een deel een *alternatieve verklaring*. Zij is niet rechtstreeks het gevolg van materiële convergentie, maar van systeemovereenkomsten tussen het nationale en het Europese administratieve recht. Door de materiële convergentie worden de algemene bewijsregels wel tot op zekere hoogte duidelijker: bij het inzoomen kan het beeld wel degelijk scherper worden. De algemene bewijsrechtelijke uitgangspunten krijgen onder invloed van het geconvergeerde materiële recht soms een specifieke invulling en kunnen ook van het algemene uitgangspunt afwijken: de twee sporen die leiden tot een gelijke bewijsregel op communautair en nationaal niveau worden op deze wijze duidelijk. De *specifieke* regel van bewijslastverdeling – de toepassing van een specifiek bewijsvermoeden bijvoorbeeld – kan *wel* sterk samenhangen met de materiële convergentie. De (empirische) toetsing van de veronderstelling dat materiële convergentie leidt tot bewijsrechtelijke convergentie kan derhalve met name worden gevonden in het al dan niet overnemen op nationaal niveau van dergelijke op EG-niveau geldende mededingingsrechtelijke bewijsvermoedens (zie hierna). Een volgende complicerende factor in het bewijsrecht is echter artikel 6 EVRM, dat het plaatje driedimensionaal maakt. Uit artikel 6 EVRM vloeien in algemene zin bewijslastverdelingsregels voort, die overigens overeenkomen met de algemene regels van bewijslastverdeling in het nationale en Europese recht. Maar artikel 6 EVRM stelt ook eisen aan de *bewijsmaatstaf*, in ieder geval als er punitieve sancties in het spel zijn (zie hierna), en kan dan wel spanning opleveren.

– *De samenhang tussen bewijsrecht en onderzoeksplicht*

In hoofdstuk 4 werd in algemene zin verwoord dat er weliswaar samenhang bestaat tussen bewijsmaatstaf en onderzoeksplicht, maar dat het te onderscheiden concepten zijn. Datzelfde geldt voor de samenhang tussen bewijsomvang en onderzoeksplicht. De onderzoeksplicht, zo stelde ik, kan worden uitgedrukt in een smalle of brede onderzoeksplicht en betreft dan de bewijsomvang, of in een minder of meer diepgaand onderzoek en betreft dan met name de bewijsmaatstaf. Dit onderscheid is bij de analyse van uitspraken nuttig gebleken. De vraag of de onderzoeksplicht voor de NMa ook efficiënties omvat als het gaat om een onderzoek naar een vermeende inbreuk op het kartelverbod of naar een mogelijk problematische concentratie kan bijvoorbeeld worden uitgedrukt in de breedte van de onderzoeksplicht: zij is breder en daarmee is de bewijsomvang groter, als efficiënties inderdaad behoren tot de bewijsvoeringslast van de NMa, zoals ik zou menen.<sup>120</sup> De plaats van efficiënties, zowel in het concentratietoezicht als bij toepassing van het kartelverbod en haar uitzondering, is echter in nationale uitspraken niet aan de orde geweest. Ook het onderzoek naar de vraag of sprake is van een doelbeperking of effectbeperking kan in deze zin worden uitgedrukt: bij effectbeperkingen is de onderzoeksplicht breder vanwege de verdergaande economische benadering van het kartelverbod.

In algemene zin kan worden gesteld dat een diepgaander onderzoek is vereist bij een hoge bewijsmaatstaf: het vergt zorgvuldig en nauwkeurig onderzoek om aan een hoge bewijsmaatstaf te voldoen. Desalniettemin ligt de verhouding tussen deze

---

120 Zie hoofdstuk 6, par. 4.2.6 en hoofdstuk 7, par. 4.2.2.

concepten genuanceerd. Het kan bijvoorbeeld bij economische beoordelingen noodzakelijk zijn een diepgaand onderzoek te verrichten om reeds aan de vereiste algemene bewijsmaatstaf van aannemelijkheid te kunnen voldoen; en het noodzakelijke onderzoek bij effectbeperkingen, bijvoorbeeld, is veeleisender – diepgaander – dan het onderzoek bij doelbeperkingen,<sup>121</sup> terwijl de bewijsmaatstaf voor een inbreuk gelijk blijft. Vooral ten aanzien van het Europese concentratietoezicht wordt een discussie gevoerd over de vraag of sprake is van een hogere bewijsmaatstaf,<sup>122</sup> die in het verlengde van deze opmerkingen mogelijksterwijs kan worden verhelderd in die zin dat het niet gaat om een hogere bewijsmaatstaf, maar dat het onderzoek dat noodzakelijk is om aan de ‘gewone’ bewijsmaatstaf te kunnen voldoen op de schaal van oppervlakkig naar diepgaand, eerder diepgaand moet zijn. Steeds dient derhalve zeer nauwkeurig te worden onderscheiden of sprake is van een hoge(re) bewijsmaatstaf of van een meer diepgaande onderzoeksverplichting.

### 6.3.1 *Bewijsmaatstaf*

Uit het onderzoek blijkt dat de bewijsmaatstaf voor de verschillende types besluiten veelal onduidelijk is, niet in uitspraken wordt geëxpliciteerd, en in een serie uitspraken niet uniform wordt toegepast.<sup>123</sup> Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij de toetsing van besluiten over het kartelverbod. Daarbij dienen ook de waarborgen van artikel 6 EVRM te gelden, in ieder geval als een sanctie dreigt. De onschuldpresumptie zou een hoge bewijsmaatstaf mee moeten brengen. Het sanctierecht is grotendeels buiten dit onderzoek gebleven, maar het lijkt erop dat die hoge bewijsmaatstaf niet geldt of in ieder geval niet door de mededingingsbestuursrechter wordt toegepast, voor de materiële voorwaarden voor toepassing van het kartelverbod, maar (kennelijk) slechts betrekking heeft op de sanctieomstandigheden.<sup>124</sup> Ook in het concentratietoezicht is de bewijsmaatstaf niet geheel duidelijk: deze lijkt geïnspireerd door de bewijsmaatstaf in jurisprudentie van het Hof in concentratiezaken en daarmee – bij een verbodsbeschikking – vrij hoog te zijn. Nuances, bijvoorbeeld een verschillende bewijsmaatstaf voor een verschillend type concentratiebesluit, zijn echter niet te vinden in de uitspraken.<sup>125</sup> In algemene zin geldt derhalve dat de fundamenteel belangrijke vraag welke bewijsmaatstaf geldt bij welk type besluit niet steeds helder wordt beantwoord. Deze onduidelijkheid is in strijd met rechtszekerheid. Ook geldt dat, als een te lichte bewijsmaatstaf voor een verbodsbesluit of sanctiebeschikking wordt gehanteerd, zoals bij sommige kartelbesluiten het geval lijkt te zijn,<sup>126</sup> de rechtsbescherming voor beschuldigde ondernemingen onvoldoende is. Ook in concentratiezaken geldt dat op basis van het rechtsstatelijke beginsel dat ingrijpen in de handelingsvrijheid moet worden geëgitimeerd, het voor de hand ligt om bij daadwerkelijk ingrijpen een hoge bewijsmaatstaf op te leggen. Dat blijkt echter niet

---

121 Zie hoofdstuk 6 par. 4.2.2 en par. 4.2.3.

122 Zie hoofdstuk 7, par. 4.1.

123 Zie hoofdstuk 6, par. 4.1 en hoofdstuk 7, par. 4.1.

124 Zie hoofdstuk 6, par. 4.1.

125 Zie hoofdstuk 7, par. 4.1.

126 Zie hoofdstuk 6, par. 4.1.

uit de uitspraken. Daarnaast is in algemene zin ook de bewijsmaatstaf voor tegenbewijs onduidelijk.<sup>127</sup>

Een deel van het probleem van onduidelijkheid lijkt te liggen in een beperkte terminologie of een beperkt ontwikkeld conceptueel kader; het uitdrukken van bewijsmaatstaf, bewijslast en bewijsomvang in een brede of smalle, diepgaande of minder diepgaande onderzoeksplicht kan daarbij een begin van helderheid bieden, net als het steeds zorgvuldig onderscheiden van elk van deze begrippen.

**18. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de rechter dient de opgelegde bewijsmaatstaf te expliciteren en te motiveren. De bewijsmaatstaf dient voor een verbodsbesluit, zowel bij het kartelverbod als in het concentratietoezicht, hoog te zijn; zij mag het echter tegelijkertijd niet onmogelijk maken dat in algemene zin de handhaving van het mededingingsrecht in gevaar komt.

**19. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de rechter dient bij een vernietiging van een besluit van de NMa duidelijk te maken of sprake is van het niet voldoen aan de (hoge) bewijsmaatstaf, of dat het onderzoek dat nodig is om aan de benoemde bewijsmaatstaf te kunnen voldoen, niet voldoende diepgaand is (en op welke onderdelen), danwel dat sprake is van een bredere onderzoeksplicht in de zin van een bredere bewijsomvang, dan dat waarvan de NMa in het betreffende besluit is uitgegaan.

### 6.3.2 *Bewijslastverdeling*

Voor de verschillende procedures in de toepassing van de verschillende materiële normen is het proces van bewijslastverdeling niet uitgekristalliseerd.<sup>128</sup> Daarbij is op belangrijke hoofdpunten wel duidelijk hoe de bewijslastverdeling plaatsvindt, maar juist waar de verbinding met het materiële rechter sterker wordt, is zij onduidelijker. De plaats van tegenbewijs, (efficiëntie)verweer en bewijsvermoedens is niet helder, evenmin als het onderscheid tussen tegenbewijs (bewijs tegen stellingen van de wederpartij) en pseudotegenbewijs (bewijs van nieuwe stellingen).<sup>129</sup> Daardoor is de procesvoering ondoorzichtiger dan nodig; bij heldere bewijslastverdelingsregels is de rechtsbescherming effectiever. Vooral de meer specifieke regels van bewijslastverdeling lijken niet in abstracto geformuleerd te kunnen worden, maar hangen sterk samen met de materiële bepaling. Desalniettemin is vooral bij het CBb hier niet noodzakelijkerwijs sprake van procedurele convergentie; bewijsvermoedens uit het EG-mededingingsrecht worden door de rechtbank wel, maar door het CBb niet per se overgenomen.<sup>130</sup>

---

127 Zie hoofdstuk 6, par. 4.2 en hoofdstuk 7, par. 4.2.4.

128 Zie hoofdstuk 6, par. 4.2 en hoofdstuk 7, par. 4.2.

129 Zie over dit onderscheid hoofdstuk 4, par. 2.5.

130 Zie hoofdstuk 6, par. 4.2 en 4.3; hoofdstuk 7, par. 4.2.3.

Het specifiek in verschillende zaken aan de orde zijnde bewijsvermoeden van causaal verband bij o.a.f.g.'s kan dit illustreren. De rechtbank past dit bewijsvermoeden toe omdat het in EG-jurisprudentie wordt gehanteerd; er is sprake van spontane procedurele convergentie in de vorm van parallellisme. Het CBB stelt over de toepassing van dit bewijsvermoeden echter prejudiciële vragen, die zijn gebaseerd op het toe te passen artikel 81 EG, dat in deze casus samen met artikel 6 Mw ten grondslag ligt aan het NMa-besluit. Hier is derhalve geen sprake van een 'echte' Leur-Bloem-casus,<sup>131</sup> maar een casus waarbij het gaat om het (mede) decentraal toepassen van EG-recht, in een nationale procedurele omgeving. De vraag van het CBB is of het vermoeden via het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming geldt of dat het inherent is aan het wettelijke begrip (dat in dit geval in de Mededingingswet met een juridische bypass is gedefinieerd). Beide manieren leiden tot bewijsrechtelijke convergentie, zij het dat in het eerste geval het bewijsvermoeden op grond van EG-recht slechts geldt voor de toepassing van artikel 81 EG, en dus via een spill-over-effect pas ook geldt voor artikel 6 Mw. Dat is langs de tweede lijn te voorkomen, maar die route levert eerder verlies van autonomie op (zie ook par. 8).<sup>132</sup>

Verduidelijking van bewijslastverdelingsregels ligt voor de hand en dient plaats te vinden in de uitspraken van de rechter. Het verdient daarbij aanbeveling te bezien of ook in mededingingszaken (dit is in algemene zin niet een origineel idee)<sup>133</sup> de rechter in een eerder stadium van de procedure de partijen op de hoogte kan brengen van wat zij dienen te bewijzen of waartegen zij tegenbewijs dienen te leveren. Ook dient er aandacht te zijn voor het uitgangspunt dat het voor partijen duidelijk moet zijn welk bewijs zij in de fase bij het bestuursorgaan moeten leveren, zeker in gevallen waarin op grond van de Mededingingswet de bezwaarfase wordt overgeslagen, zoals in het concentratietoezicht. Voor sommige aspecten van deze bewijslastverdeling is inspiratie te vinden in het EG-recht, op zijn minst omdat de mededingingsrechtspraak daar op dit punt verder ontwikkeld is. Aansluiting ligt met name voor de hand naarmate de bewijsregel dichter op de huid van het materiële recht zit, omdat dit de coherentie van het mededingingsrecht ten goede komt. Ook kan, zoals blijkt uit de prejudiciële vragen van het CBB in *Mobiele Operators*, het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming voor bewijsaspecten in stelling worden gebracht. Het is afwachten hoe de vragen worden beantwoord,<sup>134</sup> en vervolgens is het de vraag of – als het Hof stelt dat effectieve rechtsbescherming in het geval van *Mobiele Operators* vereist dat het specifieke bewijsvermoeden van causaal verband bij een onderling afgestemde feitelijke gedraging ook bij decentrale toepassing van EG-recht moet worden toegepast – het gegeven antwoord ook daarbuiten van toepassing is. Het ligt voor de hand om bij een bevestigend antwoord ook andere, vergelijkbare EG-rechtelijke bewijsvermoedens toe te passen, maar dit hoeft niet uit het antwoord van het Hof te volgen, en dient per bewijsvermoeden door de nationale rechter te worden bezien.

---

131 Zaak C-28/95, *Leur-Bloem*.

132 Zie hoofdstuk 6, par. 4.2.4.

133 Zie hoofdstuk 4, par. 2.6.

134 De A-G heeft ondertussen wel al conclusie genomen, zie conclusie van 19 februari 2009, in zaak C-8/08, *Mobiele Operators*.



**20. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de rechter dient duidelijk te zijn over de bewijslastverdeling, waarbij het aanbeveling verdient om vooral in complexe zaken met partijen over de bewijslastverdelingsdans in gesprek te treden ter verduidelijking van de op hen rustende bewijsverplichtingen en eventuele verschuivingen in bewijslast.

**21. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de rechter dient in voorkomende gevallen het onderscheid tussen tegenbewijs (onzelfstandige verweren) en pseudotegenbewijs (zelfstandige verweren) te maken, inclusief de daarbij behorende verschillende bewijsmaatstaf.

**22. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de rechter dient ten aanzien van de verschillende efficiëntieargumenten, vooral in het concentratietoezicht, te verhelderen of zij behoren tot de primaire bewijslast van de aanvrager of van de NMa.

**23. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de NMa dient in voorkomend geval te bewijzen dat geen sprake is van efficiëntievoordelen, mits de aanvrager daartoe voldoende gegevens heeft verschaft.

**24. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** EG-rechtelijke materiële bewijsvermoedens dienen door de nationale mededingingsbestuursrechter vanwege de duidelijke verbinding tussen deze bewijsvermoedens en het aan de orde zijnde materiële recht te worden overgenomen.

**25. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** voor zover mogelijk dient het CBb in zijn einduitspraak in Mobile Operators aandacht te besteden aan de werking, inclusief mogelijke spill-over-effecten, van materiële EG-rechtelijke bewijsvermoedens.

### 6.3.3 Economisch bewijs

Economisch bewijs kan in theorie een grote rol spelen in het mededingingsrecht, zowel bij het kartelverbod als in het concentratietoezicht.<sup>135</sup> Vrij verrassend is dan ook de conclusie dat in de praktijk, althans bij de mededingingsbestuursrechter, economisch bewijs *niet* een grote, maar zelfs ondergeschikte rol speelt. Dat wil niet zeggen dat er geen uitspraken zijn waarin economische bewijs aan de orde is, maar gezien de economisering van het mededingingsrecht is de aandacht in deze fase vrij beperkt. Bij economisch bewijs blijkt vooral de vraag van belang hoe de rechter de waarde van dit bewijs kan beoordelen. Dat is een vraag van toetsing; zij komt hierna aan de orde.

---

<sup>135</sup> Zie ook hoofdstuk 4, par. 2.4.

#### 6.3.4 Onrechtmatig bewijs

Een regeling van onrechtmatig bewijs is in het nationale bestuursrecht niet wettelijk vastgelegd, maar het jurisprudentiële kader is redelijk helder.<sup>136</sup> Het leerstuk van onrechtmatig bewijs hangt nauw samen met de waarborging van de rechten van verdediging en komt derhalve hierna verder aan de orde, maar hier zij opgemerkt dat in het mededingingsbestuursrecht vooralsnog geen bewijsmiddel als onrechtmatig is aangemerkt.

### 6.4 Toetsing

Net als voor het bewijsrecht geldt dat in algemene zin voor de door de mededingingsbestuursrechter aan te leggen toetsingsmaatstaf of toetsingintensiteit er geen sprake is van wettelijke convergentie:<sup>137</sup> een wettelijke regeling ontbreekt, zowel op nationaal als op Europees niveau. Ook geldt, net als bij het bewijsrecht, dat algemene aspecten van toetsing op beide niveaus gelijk zijn. Dat geldt ook voor mededingingsrechtelijke toetsing. Deze gelijkheid is het gevolg van algemene overeenkomsten in de toetsing door de bestuursrechter en niet zozeer van mededingingsrechtelijke materiële convergentie. Maar de toetsingsintensiteit – waarbij het vooral gaat om de vraag hoe de rechter de vaststelling van de feiten en de kwalificatie van de feiten toetst of zou moeten toetsen – hangt nauw samen met de materiële bepaling. Met name de vraag of deze bepaling aan het bestuursorgaan beslisruimte (beoordelingsruimte of -vrijheid, beleidsruimte) toekent, is hiervoor bepalend. Derhalve kan ook worden gesteld dat de gesignaleerde rechterlijke toetsingsconvergentie in het mededingingsrecht wel het gevolg is van wettelijke convergentie: de wettelijke bepalingen, die geconvergeerd zijn, bepalen voor een groot deel de toetsingsintensiteit. Beide stellingen zijn waar. De toetsing wordt bepaald door de bestuursrechtelijke nationale context en door de wettelijke bepaling; er is sprake van twee sporen.

Deze algemene overeenkomsten betekenen in ieder geval dat in beide systemen de rechter de *procedure* die heeft geleid tot het besluit steeds vol toetst. Dit is het geval bij een volle toets van de toepassing van de materiële norm. Ook als de toepassing van de materiële norm marginaal wordt getoetst vanwege de beslisruimte die het bestuursorgaan ofwel bij de kwalificatie van de feiten heeft toegekend gekregen (aan de voorwaardenkant van de te toetsen uitoefening van de bevoegdheidsscheppende norm), ofwel bij het bepalen van de gevolgen (aan de rechtsgevolgenkant), of vanwege beide, wordt de procedure wél vol getoetst.<sup>138</sup> De toetsing van het naleven van procedurevoorschriften kan, in een ideale wereld, worden gezien als minimumtoetsing die *altijd* plaatsvindt. Normatief gesteld: zij zou steeds vol moeten zijn. De onderzoeksplicht van het bestuursorgaan kan worden gezien – naast dat zij een inhoudelijke, bewijsrechtelijke verplichting is – als een dergelijk procedureel voorschrift, waarvan de uitoefening sterk bepaald of het bestuursorgaan aan de op hem rustende bewijslast naar de hem opgelegde bewijsmaatstaf zal hebben voldaan (zoals

---

136 Zie hoofdstuk 4, par. 2.4.

137 Zie hoofdstuk 4 voor terminologie en de verschillende wijzen van toetsing.

138 Zie hoofdstuk 4, par. 3.3.

hiervoor bleek). Of aan de onderzoeksplicht is voldaan, kan steeds vol worden getoetst, hoewel de kwalificatie van de door het onderzoek vastgestelde feiten eventueel minder vol wordt getoetst. Dit is gelijk op nationaal niveau en op EG-niveau, hoewel de convergentie niet wordt geëxpliciteerd; deze is inherent aan het systeem van bestuursrechtelijke toetsing.

#### 6.4.1 Beleidsvrijheid

Wat hierboven in algemene zin is uiteengezet, kan worden geïllustreerd met de convergentie in de toetsing bij beleidsvrijheid voor het bestuursorgaan. Zoals in hoofdstuk 4 is aangegeven, is beleidsvrijheid aan de orde in het geval dat het bestuursorgaan, wanneer aan de toepassingvoorwaarden voor toepassing van de norm is voldaan, kan kiezen ten aanzien van het gevolg dat zij daaraan wil verbinden.<sup>139</sup> Dit speelt in het mededingingsrecht in ieder geval op twee punten, namelijk bij de toetsing van de toepassing van artikel 81, lid 3 EG en de equivalente bepalingen van artikel 17 Mw (oud) en artikel 6, lid 3 Mw, en bij de prioriteringsbevoegdheid.

De oude *ontheffingsbesluiten* werden door de mededingingsbestuursrechter expliciet marginaal getoetst, net als de ontheffingen van de Commissie door het Hof marginaal werden getoetst. De reden voor de marginale toetsing lag in de beleidsvrijheid voor het bestuursorgaan om een ontheffing al dan niet te verlenen. De daarvan te onderscheiden vraag of aan de voorwaarden is voldaan, bevat beoordelingsruimte voor het bestuursorgaan. De verandering naar rechtstreeks werkende *uitzondering* betekent dat de beleidsvrijheid niet meer bestaat. De toetsing van de vraag of de uitzondering van toepassing is, levert derhalve in theorie geen andere problemen op dan de toetsing van de vraag of het verbod van toepassing is: de toetsingsintensiteit zou derhalve omhoog moeten gaan als gevolg van de wettelijke convergentie.<sup>140</sup> De beoordelingsvrijheid is daarbij, analytisch gezien, echter wel problematisch.<sup>141</sup> Bij *prioriteringsbesluiten* geldt dat de aan de afwijzing ten grondslag liggende belangenafweging afstandelijk wordt getoetst: een redelijkheidstoetsing.<sup>142</sup> De prioriteringsbevoegdheid wordt niet expliciet aangeduid als een discretionaire bevoegdheid. Desalniettemin kan hij wel zo worden opgevat: het staat de NMa – binnen de grenzen van redelijkheid – vrij om, als aan de, vooralsnog vrij vage, criteria is voldaan, te beslissen de zaak al dan niet inhoudelijk in behandeling te nemen. De nationale rechter lijkt daarbij de NMa meer ruimte te bieden voor een afwijzing op grond van prioritering dan de Europese rechter de Commissie gunt.

De toetsing van beschikkingen, genomen met uitoefening van beleidsvrijheid, is zowel bij de nationale als de Europese rechter over het algemeen marginaal. In de marginale toetsing van ontheffingen en van prioriteringsafwijzingen verwijst de nationale rechter niet naar de toetsing door het Hof. Er is derhalve wel sprake van convergentie, maar deze is impliciet. Is zij dan toch het gevolg van de materiële

---

139 Zie hoofdstuk 4, par. 3.3.

140 Zie hoofdstuk 6, par. 3.3.4

141 Zie hoofdstuk 6, par. 5.3.

142 Zie hoofdstuk 8, par. 5.1.

convergentie? Gezegd kan worden van wel, omdat de materiële norm – artikel 17 Mw (oud), de bevoegdheid tot het voeren van een prioriteringsbeleid – is gebaseerd op het EG-recht en de wijze waarop deze bevoegdheid is geregeld (in artikel 17 Mw in de wet, voor de prioriteringsbevoegdheid in de jurisprudentie) geeft de grond voor de beslissruimte van het bestuursorgaan. Wellicht kan ook gezegd worden van niet, omdat de toetsing van beleidsvrijheid op grond van reeds bestaand nationaal bestuursrecht een marginale toetsing inhoudt; de materiële convergentie brengt daarin geen verandering. Opnieuw zijn hier derhalve de twee sporen van beïnvloeding die leiden tot eenzelfde uitkomst op nationaal en Europees niveau – een marginale toetsing – duidelijk zichtbaar.

#### 6.4.2 *Beoordelingsruimte en economische analyses*

In algemene zin ligt het vanuit het perspectief van rechtsbescherming van degene die in beroep komt bij de rechter voor de hand te pleiten voor een intensieve toets; steeds dient de rechter het gehele besluit te bezien, de inhoud daarvan aan een grondig onderzoek te onderwerpen, en de procedure bij de NMa kritisch tegen het licht te houden. De praktische context van de toetsing van mededingingsrechtelijke NMa-besluiten pleit hiertegen: de Nederlandse verhouding tussen bestuur en rechter houdt in dat aan de eerstgenoemde beslissruimte kan toekomen.<sup>143</sup> Een allesomvattende en intensieve toetsing is vanuit metaniveau gezien ook niet per se effectief. Er is wel bepleit dat de rechtsstatelijke context argumenten biedt voor een intensievere rechterlijke toets, omdat de politieke controle op een zelfstandig bestuursorgaan te kort schiet. Het argument is dat in dat geval de rechterlijke controle aan belang wint. Als de politieke controle echter te kort schiet, kan men ook pleiten voor een intensievere politieke inmenging. Het is de vraag of de rechter die taak moet (en kan) overnemen. De verhouding tussen rechter en bestuur noopt in algemene zin tot een zorgvuldige balans in de toetsing.

De concepten van beoordelingsruimte en beoordelingsvrijheid slaan in de Nederlandse bestuursrechtelijke context op de beslissruimte die het bestuursorgaan toekomt wanneer in de toepassingsvoorwaarden objectieve of subjectieve beslissruimte is besloten. Beoordelingsvrijheid wordt analytisch gezien gevolgd door een marginale toets, beoordelingsruimte niet.<sup>144</sup> Het verbod op mededingingsbeperkende afspraken en de beoordelingsnorm voor concentraties bevatten dergelijke beslissruimte. Beoordelingsvrijheid slaat daarbij op de kwalificatie van de feiten. Deze beoordelingsvrijheid kan van economische aard zijn. Het is dan ook in het mededingingsrecht de vraag hoe de rechter economische beoordelingen van de NMa, die zijn gebaseerd op economisch bewijs, toetst.

In het EG-mededingingsrecht is deze toetsing onderwerp van discussie.<sup>145</sup> De EG-rechter stelt zowel bij het kartelverbod als in het concentratietoezicht dat complexe

---

143 Zie hoofdstuk 4, par. 3.3.3 en par. 3.3.4 voor de hier gebruikte begrippen beoordelingsvrijheid, beoordelingsruimte, beleidsvrijheid.

144 Zie uitgebreid hoofdstuk 4, par. 3.3.4.

145 Zie in algemene zin hoofdstuk 4, par. 3.4, verder hoofdstuk 6, par. 5.2 en 5.5, en hoofdstuk 7, par. 5.3 en 5.5.

beoordelingen van economische aard *niet* vol worden getoetst. De beperkte toets kan desalniettemin vrij indringend worden genoemd en is derhalve niet noodzakelijkerwijs gelijk aan wat in de algemene nationale doctrine een marginale toets zou worden genoemd. De kern van de ruimte die het Gerecht (geaccordeerd door het Hof) aan de Commissie laat, is dat daadwerkelijke economische beoordelingen niet door de rechter kunnen worden (over)gedaan. Onder complexe economische beoordelingen worden in dit verband beoordelingen ten aanzien van de kwalificatie van feiten en conclusies omtrent op primaire feiten gebaseerde economische complexe feiten verstaan. Complexe economische beoordelingen hebben derhalve zowel betrekking op de feitenvaststelling als op de kwalificatie daarvan, en lijken ook betrekking te kunnen hebben op interpretatievragen.<sup>146</sup> Hoewel het Gerecht en het Hof voor deze beslissruimte een wisselende terminologie gebruiken, die ook niet steeds hetzelfde wordt vertaald, kan zij met *beoordelingsmarge* worden aangeduid.<sup>147</sup> Door de economische benadering in het mededingingsrecht nemen dergelijke complexe economische beoordelingen van de toezichthouder in belang toe.

Ook het CBb lijkt de NMa een zekere beslissruimte te gunnen bij de kwalificatie van de feiten, zowel bij het kartelverbod als in het concentratietoezicht. Of deze ruimte kan worden gezien als toepassing van de beoordelingsmarge bij complexe economische analyses zoals die door Gerecht en Hof worden gegund aan de Commissie, wordt niet expliciet beantwoord. Hoewel de rechtbank voor de toetsingsintensiteit in het concentratietoezicht (maar niet bij artikel 6 Mw) verwijst naar EG-rechtelijke toetsing, ontbreekt een dergelijke verwijzing bij het CBb. Derhalve is bij het CBb sprake van impliciete convergentie in de toetsing van economische beoordelingen.<sup>148</sup> De toetsing van concentraties, de Essent-toets, wordt vervolgens uitgebreid naar de toetsing van de toepassing van het kartelverbod.<sup>149</sup> De vraag is of deze convergentie in de toetsing een gevolg is van de materiële convergentie of dat een alternatieve verklaring geldt. Die zou liggen in de algemene vormgeving van de verhouding tussen bestuur en rechter: in het Nederlandse bestuursprocesrecht is een marginale(re) toetsing van beoordelingsvrijheid in algemene zin niet vreemd.

Vooraf in hoofdstuk 7 ben ik op deze vraag ingegaan.<sup>150</sup> De conclusie luidde dat het niet helemaal helder is: enerzijds lijkt de wijze van toetsing door het CBb wel erg op de toetsing van Hof en Gerecht, inclusief de te volgen stappen en de gebruikte bewoordingen, anderzijds komen de algemene systemen van toetsing ook op grote lijnen overeen. Eerder heb ik opgemerkt dat het toetsingsmodel van het Hof voor complexe economische beoordelingen niet goed past binnen het nationale doctrinaire plaatje.<sup>151</sup> De beslissruimte bevindt zich daarbij niet alleen op het vlak van de kwalificatie van de feiten, maar ook op de feitenvaststelling zelf, en (soms zelfs ook) bij de interpretatie van het recht. Op de laatste twee terreinen houdt de nationale rechter van oudsher een volle toets aan. De nationale mededingingsbestuursrechter heeft zich

---

146 Zie hoofdstuk 4, par. 3.4.1.

147 Zie uitgebreid hoofdstuk 4, par. 3.4.

148 Zie hoofdstuk 7, par. 5.3.3.

149 Zie hoofdstuk 6, par. 5.2.1 en 5.2.3.

150 Zie hoofdstuk 7, par. 5.3.3.

151 Zie hoofdstuk 4, par. 3.4.4.

niet expliciet over de ‘locatie’ van de erkende ‘zekere beoordelingsvrijheid’ uitgelaaten. Als deze beslisruimte inderdaad kan worden gevonden in andere onderdelen dan alleen de kwalificatie van feiten, en de toetsing door de nationale rechter volgt (in bewoording) de toetsing door de Europese rechter, is het verdedigbaar te spreken van procedurele convergentie als gevolg van materiële convergentie. Het lijkt er op dat ook hier de twee sporen van beïnvloeding kunnen worden getraceerd: de toetsing is gelijksoortig omdat deze inherent is aan het systeem van toetsing op beide niveaus, maar wordt verfijnd in de toepassing van het materiële geconvergeerde recht. Maar of het CBB rechtstreeks – zoals de rechtbank duidelijk wel heeft willen doen – heeft willen aansluiten bij de equivalente EG-toetsing is niet helemaal zeker. Daartegen pleit de al eerder gesignaleerde ‘zelfstandige’ houding van het CBB.<sup>152</sup>

Een vrij verrassende conclusie van dit onderzoek is dat zich vooralsnog verbazingwekkend weinig zaken bij de mededingingsbestuursrechter hebben voorgedaan waarin daadwerkelijk complexe economische beoordelingen aan de orde zijn. Er zijn, zeker in het concentratietoezicht, wel zaken waarin de toetsing van economisch bewijs belangrijk is, maar zij zijn schaars. Het is niet helemaal duidelijk hoe dit komt. Hoewel de indruk bestaat dat de rechter zich ook liever niet waagt aan deze beoordelingen, is het wellicht te gemakkelijk de reden alléén bij de rechter te zoeken: partijen in een geding hebben hierin natuurlijk ook een rol, hoewel van een actieve rechter wel verwacht mag worden de economische kant van het mededingingsrecht niet te veronachtzamen, nu zij de kern kan betreffen van een voorliggende zaak.<sup>153</sup> Hoewel de reden voor een niet-volle toets primair gelegen is in de afstand tussen bestuur en rechter – sommige beoordelingen dienen in de rechtsstatelijke context in handen te blijven van het bestuur – kan ook de vraag worden opgeworpen of de mededingingsbestuursrechter wel over de daadwerkelijk benodigde kennis en expertise beschikt, en of hij wel tijd heeft om deze ten aanzien van een voorliggende concrete zaak te verdiepen. Nu één van de in algemene zin opgeworpen redenen voor een terughoudende toets van complexe economische analyses door de rechter, namelijk het ‘beter geëquipeerd zijn’ van het gespecialiseerde bestuursorgaan<sup>154</sup> in dit geval minder sterk kan gelden vanwege de keuze voor een gespecialiseerde rechter, is die kennis en expertise des te meer van belang. Een bijkomend probleem, ook buiten het mededingingsrecht overigens, is dat in de nationale doctrine met verschillende begrippen al dan niet verschillende concepten worden bedoeld, die ook niet altijd vast omljnd zijn. Dat kan ook niet steeds, maar in de verhouding tussen rechter en bestuur – in dit geval tussen gespecialiseerde rechter en NMa – dient de betekenis van de begrippen die beslisruimte en de daarbij behorende toetsingsintensiteit aanduiden, in ieder geval consequent en helder te zijn, en het liefst niet afwijkend van wat in algemene zin, voorzover een algemene zin kan worden ontwaard in de Babylonische verwarring, met deze concepten wordt bedoeld. Dat is nu niet steeds het geval.

---

152 Zie hoofdstuk 7, par. 5.5.

153 Zie voor een voorbeeld van het juridisch oplossen van een economische vraag hoofdstuk 7, par. 4.3.

154 Zie hoofdstuk 4, par. 3.4.2.

**26. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de begrippen beoordelingsvrijheid, beoordelingsruimte en beoordelingsmarge dienen op zijn minst door de mededingingsbestuursrechter consistent te worden toegepast, waarbij het aanbeveling verdient het begrip beoordelingsmarge te gebruiken wanneer de beslissruimte van de NMa zich uitstrekt tot andere onderdelen dan ten aanzien van de kwalificatie van de feiten.

**27. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de rechter dient te expliciteren wanneer met een bepaalde wijze van toetsing is beoogd aansluiting te zoeken bij equivalente toetsing door Hof en Gerecht.

– *De toetsing van economische modellen en economische rapporten*

Dat sprake is van beslissruimte bij economische beoordelingen door de NMa wil nog niet zeggen dat daarmee helder is hoe de rechter de economische beoordelingen en onderliggende keuzes van de NMa voor toepassing van een bepaalde economische theorie of door de NMa of partijen ingediende economische rapporten van partijdeskundigen moet beoordelen. Op welke wijze dient de rechter het economisch bewijs te beoordelen? Niet elke complexe economische beoordeling behelst (expliciete) keuzes voor een bepaald economisch model of een bepaalde economische theorie, en niet in elke zaak waar economische beoordelingen aan de orde zijn, hoeft noodzakelijkerwijs sprake te zijn van elkaar tegensprekende economische rapportages, maar zij kunnen daarvan onderdeel uitmaken. Het onderzoek laat zien dat de rechter zich dan ook over deze vraag heeft gebogen.<sup>155</sup>

De omslag naar een economische benadering van het mededingingsrecht levert in theorie in individuele zaken meer kwesties op van economisch bewijs, omdat de rol van de economie wordt versterkt. Uit de uitspraken van de nationale rechter komt, zoals genoemd, echter naar voren dat economisch bewijs in de fase bij de rechter meestal slechts zijdelings ter sprake komt. Marktanalyses, marktafbakeningsproblemen of economische efficiënties die een rol spelen in de toepassing van het kartelverbod en in het concentratietoezicht, komen eigenlijk niet aan de orde. Dat komt niet noodzakelijkerwijs door een gebrek aan economische data in de desbetreffende besluiten van de NMa: zeker in tweedefasebeoordelingen in het concentratietoezicht spelen economische modellen een grote rol. Hoewel het CBb wel enige algemene vuistregels aan toetsing van economische analyses heeft gewijd, is de bewijswaarde van dergelijke bewijsmiddelen onduidelijk (tegelijkertijd geldt dat er zeker van het CBb maar enkele uitspraken zijn).<sup>156</sup> Economisch bewijs kan ook een grote rol spelen in het bewijzen van het bestaan van kartels: met name afstemming kan ingevolge Europese bewijsregels – die al dan niet door de nationale rechter zullen worden gevolgd – door economische data, als indirect bewijs, worden bewezen. In de praktijk heeft zich een dergelijke casus niet voorgedaan; in de gevallen voorgelegd aan de nationale rechter is afstemming, zoals ook in de zaak *Mobiele Operators*, voornamelijk gebaseerd op andere bewijsmiddelen dan indirect economisch bewijs.

---

<sup>155</sup> Zie hoofdstuk 7, par. 4.3 en 5.3.3.

<sup>156</sup> Zie hoofdstuk 7, par. 4.3

Het is de vraag of dit ontbreken van economie in de uitspraken van de rechter problematisch is, gezien de eisen van effectieve rechtsbescherming. Men zou kunnen stellen dat als de ondergeschikte rol van economie in de fase bij de rechter als reden heeft dat er nu eenmaal weinig economische analyses in de besluiten van de NMa aan de orde zijn, het gebrek aan economische toetsing niet aan de rechter te wijten is. Daar staat tegenover dat, zelfs als die reden kan worden gevonden, wat twijfelachtig is, men echter juist dan van de rechter een actievere benadering van de economische aspecten van het mededingingsrecht zou kunnen verwachten, gezien de economische aard van het aan de orde zijnde materiële recht. Dat is dan ook wel te zien in sommige karteluitspraken: niet in die zin dat de rechter zich over complexe economische analyses buigt, maar wel dat de rechter van de NMa eist dat een betere economische onderbouwing wordt gegeven.<sup>157</sup> Het lage economische gehalte van de mededingingsrechtspraak is problematisch in het licht van het economische karakter van het mededingingsrecht en de legitimatie van de rechtspraak. Het probleem heeft echter verschillende kanten. Zo wordt er in een studie van de OECD op gewezen dat de *presentatie* van economisch bewijs van grote invloed is op de vraag of de rechter het economische bewijs op waarde kan schatten.<sup>158</sup> Het is, zo wordt daar bevestigd, voor een groot deel ook aan partijen om de rechter – in Nederland over het algemeen niet vaak naast juridisch ook academisch-economisch geschoold – op de juiste manier voor te lichten. Hier ligt vervolgens echter ook een taak voor de rechter zelf. Ten eerste in het onderkennen van het belang van economie in het mededingingsrecht, ten tweede in het zorgen voor voldoende kennis en expertise, van de rechter zelf of door inschakeling van deskundigen, en ten slotte ook door een heldere toetsingswijze. Het eerste punt betreft de *houding* van de mededingingsbestuursrechter en hangt samen met expertise (zie par. 7). Wat de toetsingswijze betreft, is de toetsingswijze van de keuze voor een economisch model dat het CBb in het concentratietoezicht heeft opgesteld, een helder begin. Uit het onderzoek blijkt echter dat de toetsing van economie, economische datavergaring, economische modelkeuze en uitvoering van berekeningen niet steeds duidelijk is, en voor explicitering vatbaar.<sup>159</sup>

Er zijn in dit proefschrift enkele handvatten gegeven voor een dergelijke verduidelijking. Zo kan ten eerste het onderscheid nuttig zijn tussen de primaire datavergaring, de selectie van geschikte data en de keuze voor een economisch model, en de definitie van economische concepten. Het eerste (de datavergaring) kan in theorie vol worden getoetst, het tweede (de selectie van data en keuze van het model) is een onderdeel van de beoordelingsvrijheid van de NMa. Wat het derde aspect betreft (economische concepten), kan een onderscheid tussen ‘vaststaande’ economie en betwistbare economie van belang zijn.<sup>160</sup> Partijneutrale deskundigen zou de rechter vooral kunnen benoemen ter advisering van de beslechting van de meer ‘objectieve’ onderdelen van economie en ter advisering van de mate van betwistbaarheid van de overige onderdelen. Daarvoor moet wel eerst vaststaan wat die objectieve onderdelen zijn en over welke onderdelen, ook binnen de economische discipline, van mening

---

157 Zie hoofdstuk 6, par. 4.2.3.

158 OECD 2008.

159 Zie hoofdstuk 6, par. 5.2 en hoofdstuk 7, par. 5.3; vgl. Botteman 2006.

160 Zie hoofdstuk 4, par. 2.5, met verdere verwijzingen.



kan worden verschild. Dat vergt enige kennis van economie, en in ieder geval een actieve houding van de rechter. Een niet te onderschatten probleem zal hier overigens het vinden van een daadwerkelijk neutrale, geschikte, deskundige zijn. Om die deskundige, en ook partijdeskundigen overigens, op hun deskundigheid te kunnen beoordelen, kunnen criteria worden opgesteld waaraan als minimum moet worden voldaan, zoals expertise in het daadwerkelijk aan de orde zijnde onderwerp van economie.<sup>161</sup> Een ander punt dat van belang kan zijn, is de mogelijkheid, ter zitting, van het ondervragen van de wederzijdse deskundigen door de partijen.<sup>162</sup> De toetsingswijze van de keuze voor een economisch model, zoals door het CBb benoemd en die toetsing van de elementen van een realistische weergave van het gedrag, transparantie, en consistentie van de uitkomst en de aannames betreft, kan verder worden uitgewerkt. Die uitwerking geldt met name de toetsing van de *fit*, de passendheid, van het model en de *fit* van de keuze van de data die met behulp van het model worden geanalyseerd.<sup>163</sup> Daarnaast is transparantie, hoewel dat in algemene zin door het CBb wel als criterium werd genoemd, van het model en de keuze van data-input tegenover de wederpartij een punt van zorg, vooral in het kader van de waarborging van de rechten van verdediging. Het is duidelijk dat bij sommige van deze economische keuzes de toetsing door de rechter niet vol kan zijn, niet zozeer vanwege het ontbreken van expertise (maar zie daarover hierna), maar vanwege de inherente beslisruimte voor de NMa. Bij een keuze tussen twee concurrerende modellen, die beide aan de genoemde eisen voldoen, is het aan de NMa deze keuze te bepalen. Dat hier sprake is van beslisruimte, en ten aanzien van welke keuze of beoordeling, dient echter wel steeds geëxpliciteerd en gepreciseerd te worden. De navolgende aanbevelingen kunnen in toekomstige zaken, waarin economische modellen en economische keuzes wel ter discussie staan behulpzaam zijn, en zijn derhalve minder dan enkele andere in dit hoofdstuk geformuleerde aanbevelingen, gericht op het redresseren van een gesignaleerd knelpunt.

**28. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** waar economisch bewijs en economische analyses een belangrijke rol spelen en een zekere mate van complexiteit bereiken, zou de rechter dienen vast te stellen over welke punten van economie verschil van inzicht tussen partijen bestaat, en dienen vast te stellen welke punten in algemene zin behoren tot het deel van de economie waarover in de economische wetenschap in overwegende mate wel overeenstemming bestaat (de ‘objectieve’ onderdelen van economie). De rechter kan te dien aanzien met partijen – en hun economisch adviseurs – van gedachten wisselen, zodat voordat de einduitspraak wordt gewezen helder wordt over welke economische punten tussen partijen (nog) verschil van mening bestaat.

---

161 Zie ook Werden, p. 3; Gutierrez 2007, par. 5.

162 Zie ook hoofdstuk 4, par. 2.5 met verdere verwijzingen.

163 Het gaat te ver om de criteria voor een dergelijke ‘*fit*’ hier uit te werken, maar zie daarover o.a. Botteman 2006, met name p. 98-99; Werden 2007; Gutierrez 2007, met name par. 2.2.3.

**29. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** in zaken met een complexe economische bewijsvoering waarin tussen partijen over belangrijke punten ten aanzien van de economische onderbouwing van het besluit verschil van mening bestaat, dient de rechter te overwegen een deskundige te benoemen. Nadat helder is geworden waarover tussen hen van mening wordt verschild, dienen partijen in de gelegenheid te worden gesteld zich uit te laten over de opdracht die wordt gegeven aan de deskundige.

**30. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** in zaken waarin complexe economische analyses aan de orde zijn waarover door partijdeskundigen is gerapporteerd, dient de rechter ter zitting de gelegenheid te geven tot het over en weer stellen van vragen aan de partijdeskundige. Het verhoogt de effectiviteit van een dergelijke zitting als van te voren duidelijk is over welke onderwerpen wel en niet vragen kunnen worden gesteld.

**31. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** de toetsingswijze van de keuze van de NMa voor een economisch model dient verder te worden uitgewerkt, met name ten aanzien van de beoordeling van de *'fit'* van het model en de selectie van het datamateriaal.

**32. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** ook bij complexe economische bewijsvoering dienen de rechten van verdediging volledig te worden gewaarborgd; dit betekent onder meer dat een door de NMa gebruikt model ter beschikking moet worden gesteld aan de beschuldigde onderneming of de onderneming die is betrokken bij een tweedefaseprocedure in het concentratietoezicht, en dat zij inzicht dienen te verkrijgen in de wijze van selectie van het datamateriaal, en de uiteindelijk gemaakte selectie van data.

In algemene zin dient erop te worden gewezen dat sprake kan zijn van een zekere spanning tussen enerzijds rechtzekerheid door heldere en duidelijke regels van economisch bewijs, en anderzijds de economische benadering van het mededingingsrecht, waardoor zaken complexer worden, inclusief een complexere set van regels van bewijs en toetsing. Een dusdanige verfijning van die regels, om het materiële mededingingsrecht volledig recht te doen, kan neerkomen op het vaststellen van bewijsregels per zaak, wat uiteindelijk geen recht doet aan het juridische karakter van het mededingingsrecht.<sup>164</sup> Hoewel ik nu meen dat de balans in het Nederlandse mededingingsbestuursrecht doorslaat naar een gebrek aan belang van economie, dat verschillende oorzaken kan hebben, maar ook kan zijn gelegen in het ontbreken van duidelijke regels van bewijs en toetsing, dient de rechter ervoor te waken dat deze balans niet doorslaat naar een situatie waarin handhaving vrijwel onmogelijk wordt.

---

<sup>164</sup> Vgl. Brodley 1987, p. 1044.

### 6.4.3 De rechten van verdediging

In hoofdstuk 2 en in hoofdstuk 4, en verspreid waar dit aan de orde was in de hoofdstukken 6 tot en met 8, is aandacht besteed aan de rechten van verdediging. In het EG-recht is sprake van een toetsing aan procedurele rechten, waaronder rechten van verdediging, die in belang toeneemt naarmate de afstand in de toetsing, vanwege beslisruimte die inherent is aan complexe economische beoordelingen afneemt: de techniek van de communicerende vaten.<sup>165</sup> Deze toetsingswijze kan dienen als een achterdeur naar het alsnog dicht bij een volle inhoudelijke toets komen van de materiële beoordeling. In algemene zin past een dergelijke toetsingswijze niet in de nationale bestuursrechtelijke context, vooral ook omdat de toetsing van de procedure altijd al vol dient (zou behoren) te zijn.<sup>166</sup> Dat neemt niet weg dat de toetsing van de procedure en de rechten van verdediging principieel aandacht verdient, ook bij een terugtrekkende inhoudelijke toets, en tegelijkertijd niet mag functioneren als een schild waarachter de bestuursrechter zich kan terugtrekken.

De ratio van de rechten van verdediging is, voorzover zij in de Awb zijn opgenomen, anders dan de ratio voor de verdedigingsrechten in het communautaire mededingingsrecht.<sup>167</sup> De verdedigingsrechten worden ook beschermd door het EVRM, dat weer een andere achtergrond kent. In de Awb gaat het vooral om zorgvuldigheidsverplichtingen voor het bestuursorgaan, in het EG-recht en het EVRM om de onderneming of het individu toekomstige verdedigingsrechten. De Mededingingswet bevat enkele specifieke aanvullingen en afwijkingen van de Awb, die gelden wanneer (kort gezegd) een boete of last onder dwangsom wordt opgelegd, en waarbij het verdedigingsaspect wel op de voorgrond treedt, althans volgens de bedoeling van de wetgever. Met deze verscheidenheid aan bronnen – naast het EG-recht, het EVRM en de Awb en Mededingingswet, kunnen ook algemene rechtsbeginselen als bron aangemerkt worden – gaat de rechter vrij pragmatisch om. Kritischer geformuleerd: op ondoorzichtige en eclecticische wijze. Voor de bescherming van deze rechten wordt over het algemeen niet aangesloten bij de EG-mededingingsrechtelijke bescherming. Hoewel tussen het EG-recht en het EVRM een verschil in reikwijdte van enkele van deze rechten zou kunnen worden geconstateerd, is een dergelijk conflict in nationale uitspraken nog niet aan de orde gekomen. Spanning is echter niet irreëel.<sup>168</sup> In dat geval geldt voor de nationale mededingingsbestuursrechter primair het EVRM als rechtstreeks bindend verdrag, en niet de jurisprudentie van het Hof (als slechts indirect bindend), hoewel bij een verdergaande bescherming onder 's Hof's jurisprudentie vanwege het belang van verdedigingsrechten die verdergaande bescherming zou moeten worden geboden. Maar deze situatie wordt gecompliceerd door de Bosphorus-uitspraak van het EHRM, op grond waarvan de EG-rechtelijke invulling van fundamentele rechten, mits in algemene zin aan het EVRM gelijkwaardig, bij decentrale toepassing van EG-recht geldt.<sup>169</sup> Het EVRM treedt dan in beginsel terug, tenminste als er geen discretionaire ruimte is bij die decentrale toepassing. Maar het

---

165 Zie hoofdstuk 4, par. 3.4.3

166 Zie hoofdstuk 4, par. 3.4.4.

167 Zie hoofdstuk 4, par. 3.2.

168 Zie vooral hoofdstuk 6, par. 5.4.

169 Zie hoofdstuk 2, par. 4.1.

EVRM blijft gelden bij de toepassing van de Mededingingswet, en ook bij toepassing van EG-recht als het Hof zich nog niet heeft uitgesproken over een bepaalde interpretatie of een bepaald verdedigingsrecht. De Bosphorus-uitspraak van het EHRM komt in uitspraken van de mededingingsbestuursrechter niet aan de orde. De rechter lijkt van de beschermingskapstok de jas te nemen die door partijen wordt aangereikt. Dat hoeft niet problematisch te zijn als de keuze weloverwogen is gebaseerd op het best passende jasje. Of dat het geval is, is niet steeds helder en komt in uitspraken over het algemeen niet expliciet aan bod. Dat de ratio voor verdedigingsrechten in de context van de Awb vooral is gelegen in de zorgvuldigheidsverplichting die rust op het bestuursorgaan, en niet in het verdedigingsrecht van de betrokkene, is in uitspraken van de mededingingsbestuursrechter evenmin punt van aandacht, ook niet in zaken waarin de verdergaande bescherming van de Mededingingswet – zoals in het concentratietoezicht en voor het grootste deel van de klachtafwijzingen – niet aan de orde is. Ook enkele andere in het licht van de eisen van effectieve rechtsbescherming problematische aspecten zijn niet of nauwelijks aan de orde gekomen: de beschermingsomvang voor een beschuldigde onderneming in het licht van de punitieve context van het kartelverbod, de bescherming voor de rechten van betrokken ondernemingen in het concentratietoezicht of de rechten van de klager. De mogelijkheid tot het ondervragen van getuigen op de zitting komt evenmin aan bod.

Er komt vooral een beeld naar voren waarin de rechter, afhankelijk van wat partijen naar voren brengen toetst, en niet noodzakelijkerwijs dan zelf onderzoekt of de basis waarop partijen zich baseren wel de juiste basis is, in het licht van de complexiteit van bronnen van verdedigingsrechten. Het lijkt er echter ook op dat zich daarbij geen vreselijke ongelukken hebben voorgedaan, hoewel in sommige gevallen wel degelijk een zekere spanning tussen de verschillende instrumenten kan worden gezien.<sup>170</sup> Enerzijds geldt natuurlijk dat de mededingingsrechter niet verplicht is tot het ambts-halve onderzoeken van schendingen van uit het verdedigingsbeginsel voortvloeiende rechten (behalve de overschrijding van de redelijke termijn, wat dan ook daadwerkelijk gebeurt), anderzijds kan uit het geheel van uitspraken worden afgeleid dat de rechten van verdediging in het nationale mededingingsrecht bij de mededingingsbestuursrechter niet de aandacht krijgen die zij in het licht van de eisen van effectieve rechtsbescherming steeds zouden verdienen.<sup>171</sup> Daarvoor kan echter ook een reden zijn gelegen het wellicht van meet af aan aandacht geven aan de verdedigingsrechten door de NMa, waar (wellicht) sprake is van een aan het huidige communautaire recht vergelijkbare praxis. Een andere reden kan zijn dat partijen hun beroep op rechten van verdediging niet voldoende precies onderbouwen. Tegelijkertijd getuigt de eclecticische handelwijze van de rechter niet noodzakelijkerwijs van een coherent beeld van verdedigingsrechten. Omdat er echter ook uitspraken zijn te zien, waarin bijvoorbeeld door het CBb het fundamentele karakter van verdedigingsrechten *wel* wordt benadrukt, is het beeld echter geenszins zwart-wit.

---

170 Zie vooral hoofdstuk 6, par. 5.4.

171 Zie hoofdstuk 6, par. 5.4, hoofdstuk 7, par. 5.1, en hoofdstuk 8, par. 6.

**33. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** bij de toetsing van de waarborging van de rechten van verdediging dient de rechter het te beschermen recht van de betrokkene als grondslag te nemen, en slechts secundair de zorgvuldigheidsplicht van de NMa.

**34. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** bij de toetsing van de waarborging van de rechten van verdediging dient de rechter te expliciteren op welke bron hij de bescherming baseert en dient hij de complexe verhouding tussen de verschillende bronnen en beschermingsratio's in acht te nemen.

**35. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** overeenkomstig het EG-mededingingsrecht dient aan de bij een concentratie betrokken onderneming dezelfde bescherming van diens rechten van verweer te worden gegeven als wordt toegekend aan beschuldigde ondernemingen in een sanctieprocedure.

**36. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** overeenkomstig het EG-mededingingsrecht dient aan de rechten van verweer van de klager voldoende bescherming te worden gegeven.

– *Rechten van verdediging en het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming*  
Zoals hiervoor aangegeven (zie paragraaf 6.1), is het de vraag of het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming ook betrekking heeft op in de jurisprudentie van het Hof in een communautaire mededingingsrechtelijke context erkende rechten van verdediging. De waarborging van verdedigingsrechten kan worden aangemerkt als jurisprudentieel beginsel waaraan subjectieve rechten kunnen worden ontleend. Bij spanning tussen de bescherming van de Awb of Mededingingswet en de communautaire mededingingsrechtelijke bescherming en de EVRM-bescherming zou de mededingingsbestuursrechter, zoals hiervoor aangegeven, in principe de verdergaande bescherming moeten bieden: als dat de communautaire bescherming is, heeft convergentie de vorm van parallellisme. Als daarmee wordt afgeweken van het nationale recht, kan dat ook hier een spontaan, in de zin van niet verplicht op grond van nationaal of Europees recht, afwijken van de algemene bestuursrechtelijke rechtspraak opleveren. In een dergelijke casus kan ook het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming mogelijkwijs een rol spelen. De werking van dit beginsel is echter wat jurisprudentiële rechten betreft niet duidelijk.<sup>172</sup> De nationale mededingingsbestuursrechter zou hierover derhalve prejudiciële vragen kunnen of moeten stellen.

---

172 Zie hoofdstuk 2, par. 2.4.3.

**37. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** in het geval van conflict tussen nationale verplichtingen en communautaire jurisprudentiële verdedigingsrechten dient de rechter prejudiciële vragen te stellen over de werking van het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming ten aanzien van aan EG-jurisprudentie ontleende verdedigingsrechten.

De hiervoor gesignaleerde spanning tussen de verschillende instrumenten kan in algemene zin door de wetgever voor een deel worden opgeheven door het opnemen van een algemeen verdedigingsbeginsel in de Awb. Aangezien dit een mededingingsrecht overstijgende kwestie is en de eerder door anderen naar voren gebrachte voorstellen, in de zin van het opnemen van de kern van het beginsel in afdeling 3.2 Awb,<sup>173</sup> ook de mededingingsrechtelijke spanning voor een deel zal wegnemen, richt ik mij (net als bij aanbeveling 7) eveneens tot de Awb-wetgever.

**38. Aanbeveling aan de Awb-wetgever:** in de Awb dient een algemeen verdedigingsbeginsel te worden opgenomen, waarvan de grondslag is gelegen in de bescherming van de rechten van verdediging die burgers en ondernemingen toekomen tegenover bestuursorganen.

#### 6.4.4 Toetsingsintensiteit en bewijsmaatstaf

In dit laatste hoofdstuk is het ook de plaats om terug te komen op de veronderstelde samenhang tussen toetsingsintensiteit en bewijsmaatstaf. In ieder geval in de Europeesrechtelijke doctrine wordt vaak naar voren gebracht dat er een directe link bestaat tussen bewijsmaatstaf en toetsingsintensiteit.<sup>174</sup> Het argument luidt dat een hoge bewijsmaatstaf leidt tot intensieve toets of andersom: omdat de toets intensief is, kan er worden gesproken van een hoge bewijsmaatstaf. De serie arresten die is begonnen met het arrest *Tetra-Laval*, lijkt dit te bevestigen: met een hoge bewijsmaatstaf wordt de intensieve toets door het Gerecht geaccordeerd. De samenhang wordt ook bevestigd door de in dit proefschrift gevonden lage bewijsmaatstaf bij marginale toetsing.<sup>175</sup> Het is echter de vraag of de veronderstelling verder door de analyse van de mededingingsrechtelijke uitspraken wordt onderschreven. Dat er een verbinding bestaat tussen toetsing en bewijs lijkt logisch: de toetsing omvat de toetsing van het bewijs. Daarom is er ook een verbinding tussen toetsing, bewijs en materieel recht: het bewijs betreft de feiten die ingevolge de toe te passen materiële bepaling moeten worden bewezen. De bewijsmaatstaf betreft de feitenvaststelling, tot welke overtuiging de relevante feiten dienen te worden vastgesteld. Maar de verbinding is niet één op één. De toetsing omvat *meer* dan alleen de toetsing van de feiten. Derhalve moet er in ieder geval al worden gepreciseerd; een hoge bewijsmaatstaf voor de feiten hangt samen met intensieve toetsing van de feiten. Dat lijkt echter analytisch gezien al niet correct; het uitgangspunt van een volle toets wordt verlaten als het bestuursorgaan over beslisruimte beschikt, maar dat wil nog niets zeggen over

---

173 Zie Widdershoven e.a. 2007, p. 84-85.

174 Zie hoofdstuk 4, par. 2.7.

175 Zie bijv. hoofdstuk 8, par. 4.1 en par. 5.1.

verlaging van de bewijsmaatstaf, die onverminderd hoog (of laag) kan blijven. Dit laatste wordt ondersteund door de analyse in dit proefschrift, vooral die ten aanzien van de uitspraken in het concentratietoezicht.<sup>176</sup> De toetsing van de vraag of aan de onderzoeksplicht is voldaan, en de toetsing van de uit het onderzoek voortvloeiende kwalificatie van complexe feiten dient te worden onderscheiden: het eerste is steeds een volle toets, het tweede kan een marginale toets betreffen.

## 6.5 Klachten en prioritering

Zoals eerder naar voren gebracht, betreft de afwijzing van klachten een onderwerp dat op het snijvlak ligt van materieel en procedureel recht. Een duidelijke materiële kant in de uitspraken ten aanzien van de afwijzing van klachten is bijvoorbeeld de vraag welke inhoud aan prioriteringscriteria wordt gegeven: op grond van welke overwegingen mag een klacht – zonder dat naar de gegrondheid daarvan onderzoek wordt gedaan – worden afgewezen? De materiële kant betreft daarnaast de materie waarop de klacht betrekking heeft: de inhoud van de klacht, meestal gericht op een vermeende inbreuk op het kartelverbod of het verbod op het maken van misbruik van machtspositie. De procedurele kant betreft onder meer de naar aanleiding van een klacht op de NMa rustende onderzoeksplicht, al is de onderzoeksplicht in algemene zin sterk verbonden met het materiële recht waardoor zij wordt bepaald. Ook bewijsrechtelijke aspecten liggen op dit snijpunt. Een procedureel aspect is duidelijk de samenhang tussen de toegang tot de rechter, via het belanghebbendebegrip, en de mededingingsrechtelijke klacht. Uit het onderzoek kunnen over deze onderwerpen enkele samenhangende conclusies worden getrokken in het licht van de eisen van effectieve rechtsbescherming. Daarbij moet worden aangetekend dat het CBb zich slechts een enkele maal inhoudelijk over het prioriteringsbeleid heeft kunnen uitspreken.

### – Prioritering

De door de NMa gehanteerde *prioriteringscriteria* zijn zeer algemeen geformuleerd. De rechtbank heeft het gebruik van deze algemene criteria geaccordeerd. Dit algemene karakter van de prioriteringscriteria hoeft niet direct problematisch te zijn, maar in combinatie met de lichte onderzoeksplicht die door de rechtbank op de NMa wordt gelegd bij een prioriteringsafwijzing en een marginale toetsing van prioriteringsbesluiten wordt hij dat wel.<sup>177</sup> Als daarbij wordt betrokken dat de individuele klager soms met moeite de barrière van belanghebbendheid kan nemen, is duidelijk dat een korte, summier gemotiveerde prioriteringsafwijzing op basis van algemeen geformuleerde criteria te kort schiet, mede in ogenschouw genomen de doelstellingen die met de Mededingingswet worden nagestreefd. Ook in vergelijking met de communautaire prioriteringsafwijzing is dit onder de maat: de Commissieafwijzing op grond van het ontbreken van een communautair belang dient aan hogere eisen te voldoen.<sup>178</sup> Dit levert spanning op met de eisen van effectieve rechtsbescherming, zoals rechtszekerheid, en met name ook de eis van voldoende toegang; primair in de zin van toegang

---

<sup>176</sup> Zie hoofdstuk 7, par. 5.3.3.

<sup>177</sup> Zie hoofdstuk 8, par. 3.4, par. 4.1 en par. 5.1.

<sup>178</sup> Zie hoofdstuk 8, par. 3.4.

tot een inhoudelijke beoordeling door de NMa, maar daardoor ook tot een inhoudelijke beoordeling van afwijzing van de klacht door de rechter. De rechter dient hier van de NMa meer te eisen. De rechter kan vanuit een oogpunt van coherentie voor concretisering van de prioriteringscriteria te rade gaan bij de communautaire regeling, toepassing en normering door het Hof. Deze aanbeveling dient te worden gezien in samenhang met de aanbevelingen die betrekking hebben op de toegang van de consument-eindgebruiker, die door de rechter dient te worden aangemerkt als belanghebbende (zie hiervoor).

De *bewijsmaatstaf* voor een prioriteringsafwijzing is licht, nu de NMa slechts inzichtelijk hoeft te beredeneren dat aan de prioriteringseisen is voldaan.<sup>179</sup> De onderzoeksverplichting is oppervlakkig en smal. Deze bewijsmaatstaf is lager dan die geldt voor de Commissie.<sup>180</sup> Wat de bewijslastverdeling betreft, geldt dat deze in het nadeel van de klager werkt, meer ook dan op EG-niveau het geval is. Verdedigd zou kunnen worden dat deze bewijslast voor de klager te zwaar is; de NMa zou moeten aantonen dat aan de prioriteringscriteria is voldaan, en niet de klager dat daaraan *niet* is voldaan.<sup>181</sup> Bewijsnood bij de klager is noch in het nationale, noch in het Europese systeem vooralsnog reden om een andere bewijslastverdeling aan te nemen: bewijsnood verplicht de toezichthouder niet tot het inzetten van onderzoeks- en toezichtsbevoegdheden.<sup>182</sup> De combinatie van een lichte bewijsmaatstaf voor de NMa en een vrij brede bewijslast voor de klager, gekoppeld aan een marginale toetsing door de rechter, betekent voor een klager echter een lastige toegang tot een inhoudelijke behandeling. Het lijkt daarbij voor de hand te liggen op zijn minst een strengere motiveringsplicht, maar ook een strengere onderzoeksplicht op de NMa te leggen, en de bewijslastverdeling niet zodanig ten nadele van de klager in te vullen dat hij daaraan niet kan voldoen. Tegelijkertijd dient de NMa de mogelijkheid te hebben – tenzij diens mankracht substantieel wordt uitgebreid, wat in de huidige praktische context niet voor de hand lijkt te liggen – klachten die nergens toe (kunnen) leiden, op grond van prioritering af te wijzen. Individuele rechtsbescherming voor de klager moet er niet toe leiden dat het mededingingsrecht niet effectief kan worden gehandhaafd. Een verbetering van de toepassing van het prioriteringsbeleid door de NMa kan worden bewerkstelligd door aan te sluiten bij de EG-rechtelijke behandeling van klachten. Dat is een opvallende conclusie, omdat over het algemeen de behandeling van klagers in het EG-mededingingsrecht kritisch wordt gezien. De nationale klager staat er echter blijkbaar nog minder goed voor.

**39. Aanbeveling voor de mededingingsbestuursrechter:** het verdient overweging om de rechter bij prioriteringsbesluiten aan de NMa een zwaardere onderzoeksplicht op te leggen, en een betere motivering van deze afwijzingsbesluiten te eisen, zowel ten aanzien van het prioriteringsbeleid als ten aanzien van de toepassing in een concreet geval.

---

179 Zie hoofdstuk 8, par. 4.1.

180 Zie hoofdstuk 8, par. 4.1.

181 Zie hoofdstuk 8, par. 4.1 en par. 4.4.

182 Zie hoofdstuk 8, par. 4.3.



**40. Aanbeveling voor de mededingingsbestuursrechter:** de klager mag niet degene zijn op wie de bewijslast rust dat aan prioriteringscriteria voor afwijzing *niet* is voldaan; het is aan de NMa om, bij een begin van bewijs van de inbreuk door de klager, aan te tonen dat aan de prioriteringscriteria wel is voldaan.

– *Inhoudelijke afwijzing*

Voordat de NMa een klacht op inhoudelijke gronden kan afwijzen, dient hij ingevolge de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter aan een zwaardere onderzoeksverplichting te voldoen, gericht op het vaststellen van de gegrondheid van de klacht. Deze onderzoeksverplichting hangt sterk samen met wat door de klager wordt aangevoerd. De bewijsmaatstaf is een aannemelijkheidsmaatstaf: de NMa dient aannemelijk te maken dat geen sprake is van een inbreuk. Deze bewijsmaatstaf is gelijk aan die van de Commissie, hoewel daar in de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter niet naar wordt verwezen. In het licht van de eisen van effectieve rechtsbescherming zijn hier geen echte knelpunten te signaleren. Wel geldt dat de rechtbank heeft goedgekeurd dat de NMa, nadat een inhoudelijke afwijzing door de rechtbank is vernietigd vanwege onvoldoende onderzoek, alsnog een prioriteringsbesluit mag nemen. Dat is verwonderlijk, zo heb ik in hoofdstuk 8 opgemerkt.<sup>183</sup> Vanuit de rechtsbescherming van de klager is er wel iets voor te zeggen om, als eenmaal de beslissing is genomen de klacht te onderzoeken, aan te nemen dat een inhoudelijk afwijzingsbesluit dient te volgen.

**41. Aanbeveling voor de mededingingsbestuursrechter:** bij een gegrond beroep tegen een inhoudelijke afwijzing van een klacht zou de rechter niet automatisch de mogelijkheid moeten accepteren dat de NMa teruggrijpt op een prioriteringsafwijzing.

– *Klager en het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming*

Hiervoor heb ik gesteld dat het onduidelijk is of het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming kan worden ingezet om een inhoudelijke behandeling van een klacht (die dan mede op basis van artikel 81 of 82 EG zal moeten zijn ingediend) af te dwingen (zie paragraaf 6.1). Een klager zou kunnen aanvoeren dat de effectieve rechtsbescherming van de aan hem toekomende EG-rechten op basis van artikel 81 of 82 EG<sup>184</sup> tekortschiet doordat het hem vrijwel onmogelijk wordt gemaakt de gegrondheid van zijn klacht onderzocht te krijgen. Bij een dergelijk pleidooi ligt het voor de hand dat over deze werking van het EG-beginsel prejudiciële vragen worden gesteld.<sup>185</sup>

---

183 Zie hoofdstuk 8, par. 3.7.

184 Maar zie hoofdstuk 2, par. 2.4.1 voor de stap die moet worden gezet van een verbodsbepaling gericht tot de een naar een subjectief recht van de ander.

185 Mits aan de voorwaarden voor het kunnen stellen van een prejudiciële vraag is voldaan, zie ook par. 5.3.

**42. Aanbeveling aan de mededingingsbestuursrechter:** in een zaak waarin toepassing van het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming als 'zwaard' wordt bepleit ter afdwinging van een inhoudelijke beoordeling van een klacht door de NMa, dient de rechter te overwegen over deze werking prejudiciële vragen te stellen.

## 7 SPECIALISATIE EN KENNIS

De wetgever heeft gekozen voor een gespecialiseerde mededingingsbestuursrechter: in eerste aanleg de rechtbank Rotterdam en in hoger beroep het CBb. Deze keuze lijkt mij vooral gezien het relatief beperkt aantal zaken ook de juiste keuze, en in die keuze voor specialisatie en het beperkte aantal zaken ligt ook een argument ter ondersteuning van (nog) verdere concentratie van rechtsmacht bij de rechtbank Rotterdam (en het CBb), zoals dit proefschrift bepleit. Het is duidelijk dat, indien eenmaal is gekozen voor specialisatie zoals in het mededingingsrecht, zowel de expertise van het collectief als van individuele rechters, juridisch medewerkers en gerechtssecretarissen gewaarborgd dient te worden. Dit continu waarborgen van kennisbehoud en kennisontwikkeling vloeit rechtstreeks voort uit de eisen van effectieve rechtsbescherming. Het garanderen van voldoende kennis en expertise ligt ten grondslag aan de keuze voor gespecialiseerde rechtspraak, maar voldoende *gepercipieerde* kennis en expertise is in het licht daarvan ook onontbeerlijk voor legitimiteit van mededingingsbestuursrechtelijke uitspraken.<sup>186</sup> Voor het kunnen garanderen van voldoende kwaliteit van rechtspraak dient het collectief van mededingingsbestuursrechters ook over voldoende kennis en expertise te beschikken om adequaat te kunnen omgaan met de omslag naar een meer economische benadering van het mededingingsrecht. Dit vergt een verandering van focus: van juridisch kwalificeren naar economisch kwalificeren van voorliggende feiten.

In dit verband komt uit dit onderzoek een beeld naar voren dat tot de vraag leidt of de rechter steeds over voldoende kennis en expertise beschikt. Deze vraag kwam hiervoor in ieder geval op naar aanleiding van het over het geheel bezien vrij lage economische gehalte van de uitspraken van de mededingingsbestuursrechter (zie par. 6.4.2), hoewel ook is aangegeven dat de reden voor dat gebrek niet per definitie aan de kant van de rechter hoeft te zijn te vinden. Het is wel de vraag of de rechter over voldoende economische deskundigheid (kan) beschikken om de economische analyses die ten grondslag zouden moeten liggen aan de voorliggende NMa-besluiten voldoende intensief te kunnen toetsen, of over voldoende expertise om te weten waar deze toets vol moet zijn en waar niet. Als de conclusie waar is, dat de reden voor het vaak ontbreken van economische toetsing is gelegen in onvoldoende economische deskundigheid, dan gaat dit ten koste van effectieve rechtsbescherming. Het vrijwel ontbreken van economische onderbouwing in uitspraken wil derhalve niet *noodzakelijkerwijs* zeggen dat het de rechter ontbreekt aan die economische kennis, maar kan daarvoor als aanwijzing gelden. Nader onderzoek, onder andere van een meer

---

<sup>186</sup> Zie ook hoofdstuk 3, par. 3.4.4.

sociaalwetenschappelijke aard – bijvoorbeeld door het volgen van zittingen en zaken – kan dit ophelderen.<sup>187</sup> Eén van de elementen die hierbij van belang zijn, is ook dat de rechter binnen het systeem van zittingsgericht werken (dat ik hier op zichzelf niet ter discussie stel) onder hoge(re) tijdsdruk kan staan. De vraag kan daardoor worden gesteld of de voor een zaak *specifiek* benodigde verdieping van kennis wel kan worden bereikt. Dit onderzoek laat immers ook enkele voorbeelden van uitspraken zien, ook buiten het veld van economische deskundigheid, ten aanzien waarvan wel enige kanttekeningen omtrent de kwaliteit kunnen worden gemaakt.<sup>188</sup> Daarnaast geldt dat het systeem van Nederlandse bestuursrechtspraak zo is vormgegeven dat voor de rechtbanken is gekozen voor een algemeen rouleringsbeleid waarin individuele rechters niet altijd langdurig binnen één sectie werkzaam zijn, wat kan leiden tot kwetsbaarheid ten aanzien van het waarborgen van kwaliteit en consistentie.

Het systeem van specialisatie leidt er toe dat in Nederland steeds maar een handjevol rechters de bestuursrechtelijke mededingingsuitspraken wijzen. Dit zijn de leden van de sector bestuursrecht in Rotterdam en het CBb; in de praktijk een deel van hen. Dit kan enerzijds tot gevolg hebben dat een individuele rechter een groot stempel drukt op het bestuursrechtelijke mededingingsrecht, vooral ook bij het CBb (omdat daar het rouleringsbeleid ontbreekt), maar het betekent anderzijds ook dat de groep rechters kwetsbaar is.<sup>189</sup> Het relatief kleine aantal mededingingsrechtelijke zaken leidt derhalve tot een dilemma: is het wenselijk de groep rechters te rouleren, zodat niet vanwege de beperkte groep een individueel persoon een te groot stempel op het mededingingsrecht drukt, of dient de nadruk te liggen op het ontwikkelen en behoud van kennis en expertise? De keuze voor specialisatie en de kwaliteitseisen van effectieve rechtsbescherming in ogenschouw nemend kan het belang van het waarborgen van kennis, expertise en continuïteit echter niet snel worden overschat.

Er zijn verschillende mogelijkheden om expertise van het collectief, of expertise ten behoeve van een specifieke zaak, te vergroten en te behouden. Door het rouleringsbeleid kan het waarborgen van de continuïteit bij de rechtbank in gevaar komen, zodat men zich op zijn minst kan afvragen of handhaving van een algemeen rouleringsbeleid in dit geval wel zo verstandig is. Ten aanzien van de economische expertise in een specifieke zaak is hiervoor aangegeven dat de mededingingsrechter

---

187 Zie ook het onderzoek naar de gespecialiseerde rechtertelijke colleges, dat recentelijk door de Radboud Universiteit Nijmegen is opgezet.

188 Zie ook paragraaf 5.2. Vgl. overigens voor de aan de rechter gestelde eisen de amusante ‘job description’ voor een nationale rechter, in een verder serieus artikel over de samenwerking tussen Hof en nationale rechter, Biondi 2009, p. 220: ‘Of graduate calibre, already an expert in his/her own system of procedural law, should have proven experience and background in delivering and applying existing EU rights. The successful candidate will have the ability to think dynamically, handle a large amount of responsibility, and make decisions under pressure with the aim of developing new and effective strategies. While independence and autonomy are indispensable, he/she should be willing to seek guidance from the European Court of Justice when needed. A working knowledge of the French language is desirable for future career prospects. A strong commitment to the EU aims and values would be an advantage but is not required’.

189 In het voorkomen van te grote kwetsbaarheid ligt overigens ook het argument besloten tegen het wel aangevoerde pleidooi (zie Kalbfleisch 2005) om alleen het CBb in eerste en enige instantie, behoudens bij sanctiebesluiten, rechtsmacht te verlenen tegen besluiten van de NMa.

in complexe zaken de benoeming van een partijneutrale deskundige op het gebied van de in de zaak aan de orde zijnde vragen van economie dient te overwegen (zie aanbeveling 29). Elders, bijvoorbeeld bij de Raad van State, wordt gewerkt met een wettelijk verankerd, maar onafhankelijk adviesorgaan, de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening.<sup>190</sup> Een vergelijkbaar instituut zou kunnen worden overdacht voor het economisch gedeelte van het mededingingsrecht. De expertise van het collectief kan daarnaast intern worden vergroot, bijvoorbeeld door het benoemen van rechters met economische deskundigheid, door het versterken van het door de rechtbank Rotterdam opgezette expertisecentrum, en door het waarborgen van voldoende (gecontinueerde) expertise in de juridische ondersteuning.

## 8 HET GEHEEL AAN AANBEVELINGEN BESCHOUWD

Het geheel aan aanbevelingen overziende, is duidelijk dat de rode draad een verhoging van rechtsbescherming is. Daarbij is de verbinding met het materiële recht, het mededingingsrecht, groot, waardoor de eisen van effectieve rechtsbescherming een sterk materiële inkleuring krijgen. De meeste aanbevelingen zijn dan ook gericht tot ofwel de mededingingsbestuursrechter, ofwel de mededingingswetgever. Tussen de aanbevelingen onderling, en tussen een individuele aanbeveling en de eisen van effectieve rechtsbescherming kan echter spanning ontstaan. Deze spanning werd ten aanzien van de eisen van effectieve rechtsbescherming in algemene zin ook in hoofdstuk 2 gesignaleerd. Zo kunnen de aanbevelingen die een ruimere toegang en een intensievere toetsing bepleiten, haaks staan op de eisen van een snelle rechtspraak; niet zozeer op individueel zaakniveau, maar eventueel wel op het niveau van de doorstroomtijden van mededingingsrechtspraak als geheel. Dat geldt ook voor de aanbeveling om in voorkomend geval deskundigen te benoemen ter economische advisering van de rechter. De aanbevelingen om af te wijken van de algemene Awb-lijn kunnen spanning opleveren met de eis van rechtseenheid, tenminste als die eenheid binnen het nationale bestuursrecht wordt verwacht. Meer toegang, meer toetsing, meer duidelijkheid: het kan allemaal leiden tot langere doorlooptijden en omvat het gevaar dat rechtsbescherming dichtslibt. Sommige van deze punten, zoals de afwijking van de Awb-lijn, heb ik hiervoor behandeld en gepareerd. Andere punten vallen, zo verwacht ik, in de praktijk mee: het openstellen van beroep voor een belanghebbende tegen de weigering te worden gehoord, bijvoorbeeld, zal niet een dramatische toeloop van zaken bij de rechtbank Rotterdam meebrengen. Bovendien, zoals genoemd, is bij een keuze tussen een betere rechtsbescherming en efficiëntie (in de zin van snelheid), in een rechtsstaat de keuze voor rechtsbescherming snel gemaakt. De wetenschapper in mij stelt dat daarmee de wetenschappelijke taak is volbracht. De pragmaticus in mij denkt aan de financiering en daarmee de haalbaarheid van de aanbevelingen. Vele van de aanbevelingen kunnen echter los van extra financiering worden doorgevoerd. Daarnaast, zo voert de idealist in mij aan, zijn de aanbevelingen gericht op het voldoen aan de eisen die voortvloeien uit

---

<sup>190</sup> Zie [www.stab.nl](http://www.stab.nl).

het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Praktische bezwaren zouden daaraan niet in de weg mogen staan.

Het centraal stellen van effectieve rechtsbescherming betekent dat de aansluiting bij het EG-recht, waarvoor in een aantal aanbevelingen wordt gepleit, met name ook in dienst daarvan staat. Tegelijkertijd wordt er voor gepleit dat de rechter zijn autonomie en die van het nationale rechtsstelsel (hier vooral betrekking hebbend op autonomie ten opzichte van het EG-recht), niet te gemakkelijk vrijwillig opgeeft. In dit verband geldt dat, enerzijds, de keuze van de wetgever voor materiële convergentie de rechterlijke vrijheid natuurlijk al beperkt. Anderzijds dient de rechter zich steeds af te vragen of de wettelijke convergentie in de voorliggende casus leidt tot een *verplichting* tot het overnemen van EG-recht. Dat is, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van Commissiebeschikkingen en -beleid uitvoerig is belicht (par. 5.4.2), niet per definitie zo. Zoals duidelijk zal zijn wil dat niet zeggen dat de keuze voor spontane convergentie niet gemaakt kan worden; daarvoor zijn goede argumenten. De hier bepleite aansluiting is echter vanuit het EG-recht gezien vooral *vrijwillig*. Dat brengt mee, subtiel maar belangrijk, dat de autonomie van de eigen rechtsorde en de beslissruimte van de rechter wel wordt beperkt, maar dat deze beperking ook weer kan worden teruggenomen.

Dat terugnemen wordt lastiger als over het materiële geconvergeerde recht *prejudiciële vragen* worden gesteld. In dit verband dient er op te worden gewezen dat de *bevoegdheid* tot het stellen van prejudiciële vragen weliswaar breed is, maar de *verplichting* daartoe beperkter.<sup>191</sup> Het regent vooralsnog geen prejudiciële vragen in het mededingingsrecht, maar toch wil ik hier – preventief (of overbodig, dat kan natuurlijk ook) – daarover het volgende opmerken. Over de wettelijk geconvergeerde mededingingsrechtelijke bepalingen kunnen op grond van de Leur-Bloem-jurisprudentie van het Hof vragen worden gesteld.<sup>192</sup> Soms ligt het stellen van een vraag bij een onduidelijke begripsinterpretatie voor de hand en is de autonomie van de rechter door de wetgever al begrensd (bijvoorbeeld bij het stellen van een prejudiciële vraag over het begrip ‘overeenkomst’). Zodra ook het EG-recht aan de orde is, wordt de keuze voor het niet stellen van prejudiciële vragen door het EG-recht natuurlijk beperkt, zoals bij de vragen over de (verplichte) werking van het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming bij decentrale toepassing van EG-mededingingsrecht (zie aanbevelingen 37 en 42, die eveneens zijn gericht op verhoogde rechtsbescherming). In andere gevallen echter, kan het *niet* stellen van een vraag enige ruimte opleveren. Zo is het bijvoorbeeld in een ‘nationale’ casus denkbaar dat bij de vraag naar de werking van belangen van niet-economische aard bij toepassing van artikel 6, lid 3 Mw, het *niet* stellen van een vraag de ruimte oplevert om op nationaal niveau een eigen accent te kunnen leggen. Anders gezegd, het *wel* stellen van een prejudiciële vraag brengt mee dat het antwoord moeilijk kan worden genegeerd. Dit geldt ook voor procedurele aspecten. Hier is de Leur-Bloem-bevoegdheid verder uit het vizier, maar het lijkt niet principieel onmogelijk om prejudiciële vragen te stellen over een door de rechter in het mededingingsrecht overeenkomstig het EG-recht

---

191 Zie hoofdstuk 3, par. 4.

192 Zie hoofdstuk 3, par. 4.

uitgelegd procedureel voorschrift.<sup>193</sup> Dit neemt niet weg dat de ruimte die de rechter nu kan kiezen in te vullen door *spontane* aansluiting, door het stellen van een prejudiciële vraag wordt beperkt: de rechter kan een antwoord van het Hof moeilijk als onwenselijke uitleg naast zich neerleggen.

In feite kom ik hier, wat de rechter betreft, terug bij de eerste aanbeveling: de rechter dient een coherent rechterlijk beleid ten aanzien van convergentie te ontwikkelen. Daaraan kan, aan het einde van dit hoofdstuk, worden toegevoegd: de eisen van effectieve rechtsbescherming dienen daarbij als leidraad.

## 9 CONVERGENTIE, EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING EN HET ONTSTAAN VAN EEN IUS COMMUNE

Het mededingingsbestuursprocesrecht is meer dan de meeste andere terreinen van bestuursrecht vanwege de Europabrede materiële convergentie – ook andere Europese landen hebben materieel vergelijkbare mededingingswetgeving – en de verbinding met een handhavingssysteem op Europees niveau, verbonden met dat Europese niveau. Een van de algemene, aan dit onderzoek ten grondslag liggende veronderstellingen was dat procedure de materie volgt, omdat het procedurele recht ten dienste staat van het materiële recht en dient ter realisering daarvan.<sup>194</sup> Het is onder andere vanwege deze verbinding dat zou kunnen worden verwacht dat als gevolg van een materieelrechtelijk ontstaand *ius commune* zich spontaan ook een procedureel *ius commune* zal vormen.<sup>195</sup> Toegespitst op het bestuursprocesrecht is het in deze visie de verwachting dat zich een Europees bestuursprocesrecht zal ontwikkelen. Hoewel in dit proefschrift vooral de nationale ontwikkelingen als object van onderzoek zijn gekozen, kan deze hypothese in ieder geval voor een deel – het bestuursrechtelijk mededingingsrecht in Nederland – worden getoetst. Uit dit mededingings-specifieke onderzoek kunnen echter ook ten aanzien van het bredere perspectief opmerkingen worden gemaakt.

Zo blijkt uit dit onderzoek dat, hoewel sprake is van een *materieel* mededingingsrechtelijk *ius commune*, het veel minder duidelijk is dat er ook sprake is van een zich vormend *procedureel* *ius commune*. In het Nederlandse systeem is in ieder geval in het afgelopen decennium van mededingingsbestuursrechtspraak slechts *op onderdelen* van het mededingingsrechtelijke bestuursprocesrecht een dergelijke ontwikkeling te zien. De Nederlandse context, de wijze waarop de relaties tussen NMa en rechter zijn vormgegeven, is daarbij al vergelijkbaar met de Europese context waarin het mededingingsrecht wordt gehandhaafd.<sup>196</sup> Dat hoeft elders niet het geval te zijn.<sup>197</sup> Als in het Nederlandse systeem, dat op grote lijnen systeemovereenkomsten vertoont met het Europese systeem en waar bovendien de houding ten opzichte van het EG-recht in ieder geval als vanouds open wordt genoemd, de materiële conver-

---

193 Zie hoofdstuk 3, par. 4.

194 Zie hoofdstuk 1, par. 3.

195 Zie hoofdstuk 3, par. 5.2 en par. 5.3.

196 Zie hoofdstuk 4, par. 2.1.

197 Zie de landenbijdragen in Lavrijssen, Essens & Gerbrandy 2009.

gentie al niet leidt tot procedurele convergentie, dan zal dat in landen met een divergerende context en traditioneel soms sceptischer houding ten opzichte van het EG-recht waarschijnlijk niet sneller het geval zijn.<sup>198</sup> Deze conclusie zou echter met nader onderzoek dienen te worden onderbouwd, waarbij dat onderzoek zich zou richten op eenzelfde diepteboring in andere lidstaten als deze dissertatie heeft getracht te laten zien voor Nederland.

Als ook elders blijkt van het niet, of slechts zeer langzaam, ontstaan van een door spontane convergentie totstandgebracht bestuursprocesrechtelijk *ius commune*, zou vanwege de intieme relatie tussen nationaal en Europees mededingingsrecht harmonisatie van procesrecht in dit rechtsgebied gerechtvaardigd kunnen zijn. Maar harmonisatie kan ook tot *nivellering* van rechtsbescherming leiden, en is dan niet noodzakelijkerwijs winst. Uit deze dissertatie blijkt dat een beweging naar convergentie met het EG-recht niet noodzakelijkerwijs steeds aan de eisen van effectieve rechtsbescherming tegemoet komt. Ook kan in tijden van hernieuwde aandacht voor differentiatie als Europees principe niet te gemakkelijk voorbijgegaan worden aan de nationale context, de nationale rechtscultuur, en het algemene belang van verschillende stelsels, in dit geval die binnen de marges van het EG-beginsel van effectieve rechtsbescherming. De autonomie van een rechtsstelsel, binnen de grenzen van het EG-recht waardoor gelijkwaardigheid tot op zekere hoogte wordt gewaarborgd, hoeft binnen dit Europese *multi-level* rechtssysteem niet verder dan nodig te worden opgegeven. Deze elementen tegen elkaar afwegend, komt wat mij betreft *niet* noodzakelijkerwijs naar voren dat *top-down* harmonisatie van mededingingsrechtelijk bestuursprocesrecht gewenst is. Harmonisatie is vanuit een *nationaal* perspectief waarin coherentie als waarde wordt gezien, maar convergentie niet als een op zichzelf staand doorslaggevend argument voor het overnemen van communautaire oplossingen geldt, ook zeker niet noodzakelijk, gezien de aanbevelingen die ik hiervoor heb gedaan. De oplossingen om te voldoen aan de eisen van effectieve rechtsbescherming kunnen veelal via het *nationale* bestuursrecht en de *nationale* mededingingsbestuursrechter vorm krijgen; dat lijkt op korte termijn bovendien effectiever. Deze oplossingen bieden voldoende mogelijkheden om de mededingingsrechtelijke rechtsbescherming op een hoog niveau te waarborgen en zo aan de eisen van het beginsel van effectieve rechtsbescherming steeds te voldoen.

---

198 Zie voor de verbinding met cultuur ook hoofdstuk 3, par. 2.4 en 5.2.





## Summary

### *Convergence in Competition Law*

#### *The influence of EC law on substantive application, access, evidence and review by the Dutch administrative competition court, viewed in the light of effective judicial protection*

##### *– Introduction*

The Dutch Competition Act includes provisions intended to regulate the market behaviour of companies. The substantive provisions are nearly identical to the substantive provisions of EC competition law. This statutory substantive convergence (in the substantive provisions set forth in the law, which are derived from EC law) is the result of a deliberate choice by the Dutch legislator. These substantive provisions of national competition law, from which rights are derived, need to be actualised through procedural law. The same holds true for EC competition rules which are directly applicable at the national level. Procedural law governs both the proceedings before the regulatory body, the Netherlands Competition Authority (the NMa), and before the competition courts, the Rotterdam District Court and the Trade and Industry Appeals Tribunal, and is predominantly national in nature. The central thesis underlying this PhD research project is that statutory substantive convergence gives rise to procedural convergence. This thesis is researched with regard to (a part of) administrative competition law. The research primarily focuses on procedural law as applied in court proceedings. A dynamic layer is added here to the general relationship between substantive law and procedural law: not only influence between substantive law and procedural law, but also between substantive and procedural law at various levels. This is because European competition law is not only applied at the national level, but also enforced at the EC level by the regulatory authority, the Commission, and the courts, the Court of First Instance and the European Court of Justice, in proceedings covered by European procedural administrative law. The national administrative competition court can rely on this procedural law that is a parallel of its own procedural law, for inspiration or guidance. This may lead to further convergence at the level of the national judiciary.

##### *– Research question and design*

The research question consists of two parts. The *first part* concerns the question how substantive convergence is dealt with by the Dutch administrative competition courts and whether the statutory and judicial substantive convergence results in convergence in procedural law, in areas of access, evidence and review, at the level of the courts. To ground this part of the research, the principles of convergence are explained, the rules relating to access to court, evidentiary law and judicial review are described, and the judgments of the administrative competition courts are analysed. This involves analysis of judgments regarding the access concepts ‘interested party’ (relating to standing rights) and ‘decision’ (relating to reviewable acts) which

generally govern access in Dutch administrative proceedings. It also involves an analysis of substantive judicial convergence with respect to the prohibition on cartels and procedural convergence concerning evidentiary law and review by the court of decisions relating to the cartel prohibition. A similar analysis is undertaken with regard to merger control and the rejection of competition complaints, which includes the rejection based on a priority policy of the NMa. The *second part* of the research question concerns an evaluation of judicial substantive and procedural convergence in the light of the principle of effective judicial protection. The framework for this evaluation is discussed at length. This framework consists of requirements ensuing from the European law principle of effective judicial protection and the national principle of effective judicial protection. The two themes then come together at the end of the dissertation: the research pertaining to convergence by the national administrative competition court and the requirements of effective judicial protection.

– *Substantive judicial convergence*

The substantive convergence laid down in the Competition Act is followed by the national administrative competition court: there is substantive judicial convergence. Even when the national statutory provisions grant courts latitude, the courts utilise analogous EC law examples. In those instances where the Competition Act does not provide any guidance, for example, with respect to the ‘substantive’ powers of the NMa – powers which are closely related to the substantive provisions to be applied as is the case with the rejection of complaints and priority policy – the courts tend to adopt the equivalent of powers of the Commission for the NMa, although the equivalence of such an adoption is not always made explicit. Case law of the Court of Justice serves as a precedent for substantive law, both in a legal and factual sense. Commission decisions fulfil the role of precedent as well. Generally, it can be concluded that the administrative competition courts – both the Rotterdam District Court and the Trade and Industry Appeals Tribunal – tend to lean towards an attitude that is European law-friendly when it comes to substantive competition law provisions. Nevertheless, sometimes there is unintentional divergence. In addition, one could hold that convergence sometimes occurs at the wrong level in the sense that the national court follows European competition law at the level of a specific case, instead of following European competition law at the level of the overarching economic approach to competition law. Apart from applying Commission decisions, the national administrative competition courts also use Commission policy instruments in their judgements. Such use of Commission decisions and Commission policy instruments must be considered critically: especially the status of the different Commission policy instruments in the context of a national competition law proceeding need to be clarified.

– *Procedural judicial convergence*

Substantive convergence does not result in overall procedural convergence. In the context of this dissertation there are two aspects to procedural convergence: one pertaining to convergence in powers and one pertaining to convergence in terms of access, review and evidence and proof. The NMa’s ‘procedural’ powers – powers which are not specifically related to substantive law – as to which the Competition Act is sometimes silent while EC law grants powers to the Commission, are some-

times interpreted by the court in consistency with powers granted to the Commission. At the same time, the competition court holds that the legislator's intention towards substantive convergence does not necessarily extend to procedure or powers. In any event, where the Competition Act or General Administrative Law Act (which governs all procedures in administrative law, including competition law procedures) includes provisions which diverge from EC law, the provisions of national law apply. General rules of administrative law concerning access, evidence and review appear to be quite similar at the national and European levels though; the systems of administrative law themselves do not sharply diverge. In some respects, however, the rules and nuances of these rules are different. Several doctrines, specifically those regarding evidentiary law and review, have not been developed fully at the national level. A difference in approach at the European and national levels can sometimes create tension for the national competition court. To resolve this tension, courts may or may not have recourse to European case law or other EC instruments in interpreting access concepts, evidentiary rules and the necessary intensity of judicial review. Adherence to European law is not always stated explicitly, so that it has to be inferred from the judgment. In this respect it is also clear that the administrative competition courts sometimes reject procedural convergence. Especially the Trade and Industry Appeals Tribunal seems to retain a general attitude concerning access, evidence and review in which rules of national law, which have only partly been codified in statutory law, are paramount. Concerning procedural administrative competition law, there is much less of a European attitude than in the application of substantive competition law. Given the premise on which this research project was based, that procedural convergence follows substantive convergence because procedural law is subsidiary to substantive law, the somewhat surprising answer is therefore that *this* investigation does not support this premise, at least not completely.

– *Evaluation in the light of effective judicial protection*

The results of the research into judicial convergence in competition administrative court proceedings have been evaluated in the light of the requirements of effective judicial protection. The following picture thus emerges.

First, *access* to the court must be sufficient. This means: sufficient in light of the underlying substantive law. Therefore standing rights must be accorded to the proper circle of persons and undertakings, and the concept of reviewable acts must be interpreted so as to grant a right of access with respect to decisions by the NMa which should be held reviewable acts. Clearly, the system of legal protection as a whole however, should not be jeopardised. Concerning administrative competition review proceedings the research shows that the requirement of sufficient access to court is not always satisfied. This is due to the fact that the concept of 'interested party' (to grant standing rights) is not always interpreted broadly enough. The term 'decision' (relating to reviewable acts) is likewise interpreted narrowly. Moreover, even when interpreted broadly, the term 'decision' has inherent limitations. To remedy this problem of limited access, specific recommendations have been formulated to grant access to the administrative competition courts which is adequate in the light of the general principle of effective judicial protection. Effective judicial protection also requires that there must be a *clear system* of judicial protection. Also this requirement is not always satisfied, due particularly to fragmented judicial

protection, in which different courts – including administrative courts which are not competition law courts and non-administrative courts – have jurisdiction over different aspects of competition law decisions by the NMa. In the concluding chapter of the dissertation concrete recommendations have been given to remedy this problem. In addition, procedures need to be *effective*, in the sense of recourse to the right procedure for the desired result. Recommendations have been put forward to remedy this issue as well. Access also means that the NMa's decisions must comply with the general duty to provide *reasoned* decisions. In this respect the competition courts do not require very much from the NMa when it comes to the rejection of complaints for priority-reasons.

In addition to the requirements mentioned above, relating to access, there are requirements flowing from the principle of effective judicial protection that relate to the 'intermediate stage' of court procedure, such as evidentiary law requirements and review. Stemming from this, the allocation of the *burden of proof*, for example, must not make it impossible for the NMa to enforce competition law effectively, but must also, specifically in administrative law proceedings concerning a criminal charge, not be shifted to the undertaking accused. Furthermore, the burden of proof must not be so onerous for complainants that access to a substantive hearing before the NMa becomes impossible. Many of the possible rules on evidence in competition law have not yet been dealt with in judgments by the national courts. Having regard to the principle of legal certainty, however, an important requirement regarding rules on evidence is that they should be *clear*. This clarity is lacking in several respects. For example, the requisite *standard of proof* is far from clear, and where evidentiary rules are related specifically to the underlying provision of substantive competition law its application becomes less certain. In this dissertation quite a few recommendations have been put forward which might promote clarity in rules on evidence. Apart from rules on evidence and proof, requirements relating to the intermediate stage concern *judicial review* by the courts. Judicial review must be sufficiently *intensive*. One of the conclusions of this dissertation holds that it can be questioned whether this is always so in administrative competition procedures. Doubts particularly concern the review of economic evidence. Judicial review must also encompass the *rights of defence*, which may not always receive adequate attention. Complying with the principle of *legal certainty* also merits attention.

From the principle of effective judicial protection also follow requirements with respect to the *judges* themselves, who must be active and involved, and should concentrate on the central, usually substantive, issue of the dispute. To that end, competition courts need to have (recourse to) sufficient *expertise*. Recommendations concerning the fulfilment of these requirements have been formulated as well.

Finally, from the principle of effective judicial protection flow requirements that are imposed on the 'final product'. In this regard, the court should have sufficient *options* for different types of ruling, judgments should of course be properly *reasoned*, and the *quality* of the judgment should be sufficiently high, with the judgment focusing as much as possible on *substantive finality*. These requirements are not satisfied in every case and recommendations have been put forward to ameliorate the situation.

To sum up: based on the requirements of effective judicial protection, problem areas can be identified. These primarily concern procedural issues regarding access, evidence and review. Identification of problem areas leads to specific recommendations, mainly directed towards the administrative competition courts, sometimes towards the legislator in dealing with competition matters, and, in a few instances, towards the legislator in addressing questions concerning the General Administrative Law Act.

– *Recommendations*

The themes of convergence and effective judicial protection intersect again in the formulation of the recommendations, because some of the problems relating to procedural law can be resolved *through spontaneous judicial convergence* with EC competition law. Following EC law, though, is sometimes insufficient to satisfy the requirements of effective judicial protection. At the same time, it should be noted that convergence in procedural law is not a goal in and of itself. Convergence should, if it is not mandatory under EC law or national law, serve the purpose of achieving effective judicial protection, and cannot be the sole argument justifying, for example, a deviation from general national administrative law. Convergence can, though, be an argument to support the legitimacy of such a deviation in national law, because of the requirement of consistency and coherence in the system of administrative competition law: if convergence results in the requirements of effective judicial protection being met, this enhances the consistency and coherence of the system of European and national competition law.



## Gearfetting

### *Konverginsje yn it meitingrjocht*

*De ynfloed fan it Europeesk rjocht op materiële tapassing, tagong, bewiis en hifking by de Nederlânske meitingbestjoersrjochter, sjoen yn it ljocht fan effektive rjochtsbeskerming*

#### *–Ynlieding*

De Meitingwet jout noarmen dy't ta doel hawwe om it gedrach fan ûndernimmingsen op 'e merk te regulearjen. Dy nasjonale materiële noarmen binne likernôch gelyk oan de materiële noarmen sa't dy dellein binne yn it Europeesk ferdrach (it Ferdrach fan de Europeeske mienskip). De nasjonale wetlike materiële konverginsje (yn de wet delleine materieelrjochtlike noarmen, dy't oan it Europeesk rjocht ûntliend binne) is basearre op in bewuste kar fan de wetjouwer. Dy materiële noarmen, dêr't rjochten oan ûntliend wurde, wurde fia it prosesrjocht ferwurklike. Dat jildt ek foar de Europeeske meitingregels, dy't streekrjocht op nasjonaal nivo tapast wurde. Dat prosesrjocht is fan tapassing op de prosedueres by de tafersjochhâlder, de NMa (Nederlânske Meitingautoriteit) en by de rjochter, rjochtbank Rotterdam en CBb (it kolleezje fan Berop foar it bedriuwslibben), en is foar it grutste part nasjonaal fan aard.

De sintrale tese dy't de grûnslach foarmet foar it ûndersyk foar dizze dissertaasje, is dat troch wettlike materiële konverginsje sprake wêze sil fan prosedurele konverginsje. Dy tese wurdt yn dizze dissertaasje ûndersocht foar (in part fan) it meitingbestjoersrjocht. It ûndersyk is fral rjochte op it prosesrjocht dat him ôfspilet yn de faze by de rjochter. Oan de algemiene relaasje tusken it materiële rjocht en it prosesrjocht wurdt hjir ek noch in dynamyske laach taheakke: net allinnich beynfloedzje materieel rjocht en prosesrjocht inoar, mar likegoed it materiële rjocht en it prosedurele rjocht fan ferskate nivo's. It Europeeske meitingrjocht wurdt net allinnich desintraal tapast, mar wurdt ek bewarre op kommunautêr nivo troch de tafersjochhâlder, de Kommisje (de Kommisje fan de Europeeske mienskip) en de rjochter, it Gerjocht fan Earste Oanlis en it Hof fan Justysje, yn in omjouwing fan Europeesk administratyf prosesrjocht. Oan dit hanthavenjen kin de nasjonale rjochter foarbyld nimme, yn in proses fan spontane konverginsje.

#### *– Undersyksfraach en opset*

De ûndersyksfraach bestiet út twa parten. It *earste* part belanget de fraach oan hoe't de materiële konverginsje foarm kriget by de Nederlânske meitingbestjoersrjochter en of de materiële konverginsje fan sawol de wet as de rjochter liedt ta konverginsje op it prosedurele mêd fan tagonklikheid, bewiis en hifking. Om dit part te ûndersykjen wurde de útgongspunten fan konverginsje dy't dêrfoar nedich binne útlein. De stân fan saken foar tagong, bewiisrjocht en hifking wurde ek sketst. Dêrnei wurde de útspraken fan de meitingbestjoersrjochter analysearre. It giet it derby yn it foarste plak oer in analyse fan útspraken oer de tagongsbegripen 'belanghawwer' en 'be-

slút'. Twad folget in analyse fan de materiële konverginsje oangeande it kartelferbod en prosedurele konverginsje op it mêd fan bewiisrjocht en hifking troch de rjochter yn útspraken oer dy meitingrjochtlike noarm. Tred folget in selde analyse oangeande it konsintraasjetafersjoch en ta beslút in analyse oangeande de ôfwizing fan klachten, ynklusyf it prioritearringsbelied fan de NMa.

It *twadde* part fan de ûndersyksfraach giet oer de fraach, hoe't it ynsjoch yn ûntwikkeling fan konverginsje dat op dizze wize krigen is beoardiele wurde moat yn it ljocht fan de easken fan it begjinsel fan effektive rjochtsbeskerming. Foar dit doel wurdt it ramt dat effektive rjochtsbeskerming jout wiidweidich sketst. Dat ramt bestiet út easken dy't fuortfloei út it begjinsel fan effektive rjochtsbeskerming fan it Europeeske rjocht en it nasjonale begjinsel fan effektive rjochtsbeskerming. Oan de ein fan dizze dissertaasje komme dy twa linen gear: it ûndersyk nei rjochterlike konverginsje en de easken fan effektive rjochtsbeskerming.

– *Materiële rjochterlike konverginsje*

De materiële konverginsje, sa't dy yn de Meitingwet dellein is, wurdt troch de nasjonale meitingbestjoersrjochter folge: der is materiële rjochterlike konverginsje. Ek dêr, wêr't de wet romte lit foar de rjochter, follet er dy yn neffens foarbylden fan it Europeesk rjocht. Dêr't de Meitingwet gjin regeling jout, bygelyks oangeande in 'materieel' foech fan de NMa – in foech, dat nau ferbûn is mei de ta te passen materiële wetjouwing, sa as oan 'e oarder by de ôfwizing fan klachten en it prioritearringsbelied – slút de rjochter lyksa oan by in ekwivalint foech fan it Europeeske rjocht, ek al wurdt dy oansluting net altiten eksplisitearre. Jurisprudinsje fan it Hof fungearret foar it materiële rjocht as presedint, sawol yn juridyske sin as yn feitlike sin. Beskikkingen fan de Kommissje ferfolje de rol fan presedint ek. Yn algemiene sin kin sein wurde, dat foar it materiële rjocht sprake is fan in Europeeskrjochtlike attitude by de nasjonale meitingbestjoersrjochter, sawol by de rjochtbank yn Rotterdam as it CBb. Dat nimt net wei, dat der soms ûnbedoelde diverginsje is. Soms is der ek konverginsje op in ferkeard nivo: de rjochter slút oan by it Europeeske rjocht op it nivo fan de saak yn stee fan op it nivo fan de ekonomyske oanpak fan it meitingrjocht. De nasjonale meitingbestjoersrjochter brûkt dernêst Kommissjebelied yn syn útspraken. Op dat brûken fan Kommissjebesikkingen en Kommissjebelied kin krytyk útoefene wurde: benammen de status fan Kommissjebelied sil ferdúdlike wurde moatte.

– *Prosedurele rjochterlike konverginsje*

De materiële konverginsje liedt net op elk mêd ta prosedurele konverginsje. De prosedurele konverginsje hat yn dizze dissertaasje yn elts gefal twa kanten: de kant fan de konverginsje oangeande it foech en de kant fan de konverginsje oangeande tagong, hifking en bewiis. Oer it 'prosedurele' foech fan de NMa, dat minder spesifyk ferbûn is oan it materiële rjocht, seit de Meitingwet bytiden neat. Wylst it Europeeske rjocht yn foech foar de Kommissje foarsjocht, wurdt it prosedurele foech troch de rjochter soms ynfolle yn oerienstimming mei it kommunautêre foech. Tagelyk jildt foar de rjochter ek it adagium, dat de konverginsjebedoeling fan de wetjouwer net fanselsprekkend jildt foar prosedures of foech. Yn elts gefal dêr, wêr't de Meitingwet of de Awb (Algemiene wet bestjoersrjocht) yn in eigen, fan it Europeeske rjocht divergearjende regeling foarsjocht, jildt dy eigen regeling. De algemiene bestjoersrjochtlike regels oangeande tagong, bewiis en hifking blike op nasjonaal en



Europeesk nivo foar in grut part oerien te kommen, yn elts gefal op it nivo fan it systeem. Mar se wike op guon punten ek dúdlik ôf. In oantal learstikken, benammen yn it bewiisrjocht en oangeande de hifking, is fral op nasjonaal nivo net útkristallisearre. In ferskil yn wurkwize op Europeesk nivo en nasjonaal nivo kin spanning jaan foar de nasjonale meitingbestjoersrjochter. Om dy spanning op te lossen slút de rjochter foar de ynterpretaasje fan de tagongsbegripen, foar de bewiisregels en foar de yntinsiteit fan de hifking bytiden wol, en bytiden net oan by de jurisprudinsje fan it Europeesk rjocht of oare kommunautêre ynstruminten. De oansluting wurdt net altiten eksplisitearre. Likegoed is dúdlik, dat de nasjonale meitingbestjoersrjochter bytiden prosedurele konverginsje krekt ôfwiist; fral by it CBb kin in algemiene hâlding oangeande tagong, bewiis en hifking ôflaat wurde, dêr't it eigen nasjonale rjocht, op dizze punten mar foar in part wetlik normearre, by foarop stiet. Foar it prosedurele bestjoersrjochtlike meitingrjocht is dêrom folle minder sprake fan in Europeeske attitude as foar it materiële rjocht. Yn it ljocht fan de premisse, dy't de grûnslach foarme foar dit dissertaasje-ûndersyk, dat prosedurele konverginsje folget op materiële konverginsje omdat it prosedurele rjocht him foeget nei en yn tsjinst stiet fan it materiële rjocht, is dêrom it ferrassende antwurd, dat dit ûndersyk dizze premisse net, alteast net folslein, stipet.

– *Evaluaaasje yn it ljocht fan effektive rjochtsbeskerming*

De útkomsten fan it ûndersyk nei konverginsje by de meitingbestjoersrjochter wurde evaluatearre yn it ljocht fan de easken fan effektive rjochtsbeskerming. Dat levert it neifolgjende byld op.

Ut effektive rjochtsbeskerming folget yn it foarste plak dat de tagong ta de rjochter, yn it ljocht fan it ûnderlizzende materiële rjocht, foldwaande wêze moat. Der binne ferskate tagongseasken dy't yn it ramt fan it ûndersyk relevant binne. Sa wol foldwaande tagong sizze dat de tagong garandearre wurde moat foar de goede groep fan persoanen en ûndernimmingsen en dat der tsjin genôch beslismominten berop ynstelt wurde kin, mar sûnder it gehiel oan rjochtsbeskerming yn gefaar te bringen. Oan dizze eask wurdt dúdlik net altiten foldien, sa komt út ûndersyk nei foaren. Dat komt trochdat it begryp 'belanghawwer' net altiten romhertich genôch útlein wurdt. Dat komt ek trochdat it 'beslútbegryp' restriktyf útlein wurdt. It 'beslútbegryp' hat boppedat, sels by in romhertige útlis troch de rjochter, ynherinte beheiningen. Om dizze knyp punten út de wei te romjen, binne konkrete oanrekommandaasjes formulearre. Effektive rjochtsbeskerming bringt oangeande de tagong ek de eask fan in *helder stelsel* fan rjochtsbeskerming mei. Oan dizze eask is net altiten foldien, benammen troch fersnipperere rjochtsbeskerming. Hjirta wurde ek oplossingen formulearre dy 't dizze fersnippering tsjingean kinne. Dêrnjonken jildt de eask fan *effektive prosedueres*, yn de betsjutting fan in goede prosedure foar it materieel winske resultaat. Om dêr oan te foldwaan binne ek oanrekommandaasjes formulearre. In tagongseask is boppedat, dat der sprake is fan foldwaande *motivearre besluten* fan de NMa. Fral mei it each op prioritearringsbesluten stelt de rjochter net bot hege easken oan de NMa.

Dêrnjonken jilde 'midden-easken' dy't út it begjinsel fan effektive rjochtsbeskerming ôflaat wurde kinne. De easken geane yn elts gefal ek oer *it bewiisrjocht*. De bewiislêstferdieling bygelyks mei it net ûnmooglik meitsje, dat de NMa it meitingrjocht net effektyf bewarje kin, mar mei yn it punitive bestjoersrjocht ek net ôfwimpele wurde

op in beskuldige ûndernimming. Dy bewiislêstferdieling mei boppedat foar kleiende partijen net sa swier wêze, dat tagong ta in ynhâldlike behanneling by de NMa ûnmooglik makke wurdt. It meitingrjochtlike bewiistrjocht ken in protte aspekten, dy't foarearst noch net yn útspraken útkristallisearre binne. In wichtige eask oan bewiis, mei yn it ljocht fan it rjochtswissichheidsbegjinsel, is lykwols dat *de bewiisrigels dúdlik* wêze moatte. Dy dúdlikheid ûntbrekt op in oantal punten, bygelyks oangeande de bewiismjittêf en dêr, wêr't de bewiisregels mear spesifyk ferbûn binne mei it ûnderlizzende materiële meitingrjocht. Yn dizze dissertaasje is in grut tal oanrekommandaasjes formulearre dy 't ta in gruttere ferdúdliking liede.

Oare midden-easken geane oer *de hifking* troch de rjochter. Dy moat foldwaande yntinsyf wêze. De fraach is oft dat altiten it gefal is, wêrby't benammen ek kanteekeningen set wurde kinne by de hifking fan ekonomyske oardielen fan de NMa. De hifking heart *de rjochten fan ferdigening* te omfiemjen, mar de oandacht dêrfoar is net altiten foldwaande. Der moat boppedat ek by de rjochter foldwaande oandacht wêze foar *rjochtswissichheid*. Ut effektive rjochtsbeskerming folgje yn dit ramt ek easken, dy't steld wurde oan de *persoan fan de rjochter*: hy moat aktyf en belutsen wêze en hy moat him rjochtsje op de kearn fan it skeel. Dêrfoar moat de rjochter oer genôch *saakkundigens* beskikke (kinne). Oangeande it foldwaan oan dy easken binne ek oanrekommandaasjes formulearre.

Dêrnjonken jilde easken dy't steld wurde oan it 'einprodukt'. Yn dat ramt moat de rjochter oer foldwaande *útspraakmooglikheden* beskikke. Utspraken moatte fansels ek foldwaande *motivearre* wurde en genôch *kwaliteit* hawwe. Se moatte safolle mooglik rjochte wêze (kinne) op materiële *finaliteit*. Net altiten wurdt oan dy easken foldien en foar dizze tûkelteammen wurde ek oanrekommandaasjes dien.

Gearfetsjend blykt dat út de easken fan effektive rjochtsbeskerming wei dêrom knyp punten sinjalearre wurde kinne, dy 't benammen op it prosedurele flak fan tagong, bewiis en hifking lizze. It sinjalearren fan tûkelteammen liedt ta konkrete oanrekommandaasjes, dy't fral bedoeld binne foar de meitingbestjoersrjochter, soms foar de meitingwetjouwer, en yn in inkeld gefal ek foar de Awb-wetjouwer.

#### – *Oanrekommandaasjes*

De linen fan konverginsje en effektive rjochtsbeskerming komme op 'e nij gear yn it formulearren fan oanrekommandaasjes, omdat de tûkelteammen dy't op it mêd fan it prosedurele rjocht lizze yn guon gefallen troch rjochterlike konverginsje mei it kommunautêr meitingrjocht oplost wurde kinne. Bytiden is dy oansluting lykwols net foldwaande om oan de easken fan effektive rjochtsbeskerming foldwaan te kinnen. Tagelyk jildt dat konverginsje yn it prosedurele rjocht gjin doel op himsels is. Konverginsje tsjinnet, as hy net ferplichte is op grûn fan Europeesk rjocht of nasjonale wet, it foldwaan oan de easken fan effektive rjochtsbeskerming, mar kin normatyf as in op himsels steand argumint lykwols net de wichtichste grûn wêze foar, bygelyks, in ôfwiking fan it algemiene bestjoersrjocht. Konverginsje kin wol tsjinje as stypjend argumint foar de legitimaasje fan sa'n ôfwiking fanwege de ferbining mei de eask fan koherinsje: as troch konverginsje temjitte kommen wurdt oan de easken fan effektive rjochtsbeskerming, ferheget dat de koherinsje fan it systeem fan it Europeeske en it nasjonale meitingrjocht.

## Bibliografie

- Accetto, M., and S. Zleptnig. 2005. 'The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law.' *European Public Law*, 11, no. 3: 375-403.
- Afilalo, A. 1998-1999. 'Towards a "Common Law" of Europe: Effective Judicial Protection, National Procedural Autonomy, and the Standing to Litigate Diffuse Interests in the European Union.' *Suffolk Transnat'l L. Rev.*, 22: 349-404.
- Albers, C.L.G.F.H. 2004. 'Annotatie bij Afdeling Bestuursrechtspraak RvS 30 juni 2004.' *JB 2004/293*.
- Albors-Llorens, A. 2003. 'The Standing of Private Parties to Challenge Community Measures: Has the European Court Missed the Boat?' *Cambridge Law Journal*, 62, no. 1: 77-92.
- Alese, F. 1999. 'The Economic Theory of Non-Collusive Oligopoly and the Concept of Concerted Practice Under Article 81.' *ECLR*, 20, no. 7: 379-83.
- Algera, W.T. 2007. 'Arrest Van der Weerd: ambtshalve toetsing van EG-recht ingeperkt.' *M&M*, afl. 5/6: 163-69.
- Allewijn, D. 1998. 'Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter.' *RM Themis*, afl. 9: 291-98.
- Allewijn, D., A. Brenninkmeijer, P.J.J. van Buuren, E.J. Daalder, J. Polak, M. Scheltema, A.J.C. de Moor-van Vugt, J. Schilder, B. Schueler, en A.Q.C. Tak. 2003. 'Het besluitbegrip moet afgeschaft.' *NJB*, afl. 20: 1023-26.
- Allison, J.W.F. 1996. *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*. Oxford: Clarendon Press.
- . 1998. 'Transplantation and Cross-Fertilisation in European Public Law.' In *New Directions in European Public Law*, edited by J. Beatson and T. Tridimas, 169-82. Oxford: Hart Publishing.
- Alter, K. 1998. 'Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration.' In *The European Court and the National Courts – Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in Its Social Context*, edited by A-M. Slaughter, A. Stone Sweet, and J.H.H. Weiler, 227-51. Oxford: Hart Publishing.
- Amato, G. 1997. *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*. Oxford: Hart Publishing.
- Ameye, E.M. 2004. 'The Interplay Between Human Rights and Competition Law in the EU.' *ECLR*, 25, no. 6: 332-41.
- Anderson, D. 2000. 'Shifting the Grundnorm and Other Tales.' In *Judicial Review in European Union Law: Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, edited by D. O'Keefe, 343-62. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- Andreangeli, A. 2007. 'The Enforcement of Article 81 EC Treaty Before National Courts After the House of Lords' Decision in *Inntrepreneur Pub Co Ltd v Crehan*.' *ELRev*, 32, no. 2: 260-70.
- Van Angeren, J.A.M. 1996. 'Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?' *RM Themis*, afl. 10: 367-75.

- Van Angeren, J.R., en J.E.M. Polak. 2000. 'Awb-kernbegrippen en Mededingingswet: een moeizame relatie in het nationale Mededingingsland.' *M&M*, afl. 4: 138-46.
- Arnall, A. 1995. 'Private Applicants and the Action for Annulment under Article 173 of the EC Treaty.' *CMLR*, 32, no. 1: 7-49.
- . 1996. 'The European Court and Judicial Objectivity: A Reply to Professor Hartley.' *LQR*, 112, Jul: 411-23.
- . 1997. 'Rights and Remedies: Restraint or Activism?' In *Remedies for Breach of EC Law*, edited by J. Lonbay and A. Biondi, 15-24. Chichester: John Wiley & Sons Ltd.
- . 1999. 'Judicial Architecture or Judicial Folly?' *ELRev*, 24, no. 5: 516-24.
- . 2000. 'The Action for Annulment: A Case of Double Standards?' In *Judicial Review in European Union Law: Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, edited by D. O'Keefe, 177-90. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- . 2001. 'Private Applicants and the Action for Annulment Since Codorniu.' *CMLR*, 38, no. 1: 7-52.
- . 2006. *The European Union and Its Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- . 2007. 'Case C-432/05, Unibet (London) Ltd and Unibet (International) Ltd v. Justitiekanslern, Judgment of the Grand Chamber of 13 March 2007.' *CMLR*, 44, no. 6: 1763-80.
- Asser, C., en P. Scholten. 1954. *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht: Algemeen Deel*. Zwolle: Tjeenk Willink.
- Asser, W.D.H. 1992. *Bewijslastverdeling*. Deventer: Kluwer.
- . 2004. *Bewijslastverdeling*. Deventer: Kluwer.
- Azoulay, L. 2002. 'The Judge and the Community's Administrative Governance.' In *Good Governance in Europe's Integrated Market*, edited by C. Joerges and R. Dehousse, 109-37. Oxford: Oxford University Press.
- Bailey, D. 2003. 'Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective.' *CMLR*, 40, no. 4: 845-88.
- . 2004. 'Scope of Judicial Review Under Article 81 EC.' *CMLR*, 41, no. 5: 1327-60.
- . 2007. 'Damages Actions Under the EC Merger Regulation.' *CMLR*, 44, no. 1: 101-39.
- Baker, J.B. 2006. *Market Definition: An Analytical Overview*. Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=854025>.
- Baker, J.B., and T.F. Bresnahan. 2006. 'Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power.' John M. Olin Program in Law and Economics, Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 328. Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=931225>.
- Ballegooij, G.A.C.M., T. Barkhuysen, A.F.M. Brenninkmeijer. 2004. *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*. Deventer: Kluwer.
- Barbier de La Serre, E. 2006. 'Procedural Justice in the European Community Case-Law Concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends.' *European Public Law*, 12, no. 2: 225-50.
- Barbier de La Serre, E., and A.L. Sibony. 2008. 'Expert Evidence Before the EC Courts.' *CMLR*, 45, no. 4: 941-85.
- Barents, R. 2005. *Procedures en procesvoering voor het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg van de EG*. Deventer: Kluwer.
- Barkhuysen, T. 2004. *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, VAR-reeks 132. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- . 2006. *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde (Oratie Leiden)*. Deventer: Kluwer.

- Barkhuysen, T., L.J. Damen, K.J. de Graaf, A.T. Marseille, W. den Ouden, Y.E. Schuurmans, A. Tollenaar. 2007. *Feitenvaststelling in beroep*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Barkhuysen, T., W. den Ouden en E. Steyger (red.). 2007. *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*. Alphen aan de Rijn: Kluwer.
- Barkhuysen, T., en M.L. van Emmerik. 2008. 'Annotatie bij EHRM 29 juni 2007, nr. 15809/02, nr. 25624/02, O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk.' *AB* 2008/234.
- Barkhuysen, T., M.L. van Emmerik, en J.H. Gerard. 2009. *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet? Behoeft de Nederlandse Grondwet aanvulling met een recht op toegang tot een eerlijk proces?* Alphen aan de Rijn: Kluwer.
- Battjes, H. 2007. 'Het Awb- en het communautaire besluitbegrip.' In *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), 47-72. Alphen aan de Rijn: Kluwer.
- Bavasso, A., and A. Lindsay. 2007. 'Causation in EC Merger Control.' *Journal of Competition Law and Economics*, 3, no. 2: 181-202.
- Bay, M.F., and J. Ruiz Calzado. 2005. 'Tetra Laval II: The Coming of Age of the Judicial Review of Merger Decisions.' *World Competition*, 28, no. 28: 433-53.
- Beddington, E. 2007. 'Legislation: Merger Control. Commission Notices.' *ECLR*, 28, no. 4: 46-48.
- Beeston, S.J. en S.J. Sterk. 2008. 'Coats/Commissie. Wie moet wat bewijzen en hoe?' *NTER*, 14, afl. 6: 149-152.
- Beljaars, B.F., en J.L.M. Gribnau. 2003. 'De rechtsstaat: als ideaal onomstreden, als praktijk steeds in beweging.' *NJB*, 78, afl. 25, 1290.
- Bell, J. 1998. 'Mechanisms for Cross-Fertilisation of Administrative Law in Europe.' In *New Directions in European Public Law*, edited by J. Beatson and T. Tridimas, 147-68. Oxford: Hart Publishing.
- Bellamy, C. 1993. 'Round Table: Antitrust and the Courts.' In *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 1993*, edited by B.E. Hawk, New York: Juris Publishing Inc.
- Bellamy, C., and G. Child. 2001. *EC Law of Competition*. Edited by P.M. Roth. Londen: Sweet & Maxwell.
- Bengoetxea, J. 1993. *The Legal Reasoning of the European Court of Justice: Towards an European Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press.
- Bengoetxea, J., N. MacCormick, and L. Moral Soriano. 2001. 'Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice.' In *The European Court of Justice*, edited by G. De Búrca and J.H.H. Weiler. Oxford: Oxford University Press.
- Benjamin, V.O. 2006. 'The Application of EC Competition Law and the European Convention on Human Rights.' *ECLR*, 27, no. 12: 693-99.
- Van der Berg, B. 2004. 'Carglass onder een vergrootglas: zoektocht naar het procesbelang van een geadresseerde van een besluit in het kader van bestuursrechtelijke handhaving.' *M&M*, afl. 2: 40-48.
- Berg, W. 2003-2004. 'The New EC Merger Regulation: A First Assessment of Its Practical Impact.' *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 24: 683-713.
- Ten Berge, J.B.J.M. en A.Q.C. Tak. 1990. *Hoofdlijnen van het Nederlands administratief procesrecht*. Zwolle: Tjeenk Willink.
- Van den Bergh, G.C.J.J. 1992. 'Ius Commune, a History with a Future?' In *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, edited by B. de Witte and C. Forder, 593-608. Deventer: Kluwer.

- Berlin, I. 1969. *Four Essays on Liberty*. London/Oxford/New York: Oxford University Press.
- Bestuursrecht I. 2005. *Bestuursrecht 1. Systeem, bevoegdheid, bevoegheidsuitoefening, handhaving*. L.J.A. Damen, H.E. Bröring, A.T. Marseille, A.J.G.M. van Montfort, P. Nicolai, B.J. Schueler, en H.B. Winter. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Bestuursrecht II. 2002. *Bestuursrecht 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*. L.J.A. Damen, H.E. Bröring, A.T. Marseille, A.J.G.M. van Montfort, P. Nicolai, B.J. Schueler, en H.B. Winter. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Betlem, G. 1999. 'Case C-28/95, Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/ Ondernemingen Amsterdam 2, [1997] ECR. I 4161; Case C-130/95, Giloy v. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost, [1997] ECR I-4291.' *CMLR*, 36, no. 1: 165-78.
- Biernat, E. 2003. *The Locus Standi of Private Applicants Under Article 230(4) EC and the Principle of Judicial Protection in the European Community*. Jean Monnet Working Papers, vol. 12/03. New York.
- Biondi, A. 1999. 'The European Court of Justice and Certain National Procedural Limitations: Not Such a Tough Relationship.' *CMLR*, 36, no. 6: 1271-87.
- . 2009. 'How to Go Ahead as an EU Law National Judge.' *European Public Law*, 15, no. 2: 225-38.
- Bishop, S. 2003. 'Pro-Competitive Exclusive Supply Agreements: How Refreshing.' *ECLR*, 24, no. 5: 229-32.
- De Bock, R.H. 2004. *De omvang van het geding. Over de betekenis en toepassing van art. 8:69 Awb (diss. Nijmegen)*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Boes, M. and J. Stuyck. 1996. 'Belgian Report.' In *Administrative Law Under European Influence*, edited by J. Schwarze, 333-76. Londen: Sweet & Maxwell.
- Von Bogdandy, A. 2006. 'Constitutional Principles.' In *Principles of European Constitutional Law*, edited by A. von Bogdandy and J. Bast, 3-52. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.
- Von Bogdandy, A. and J. Bast. 2006. *Principles of European Constitutional Law*. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.
- Bone, R.G. 2008. 'Making Effective Rules: the Need for Procedure Theory.' Boston University School of Law Working Paper No. 08-35.  
Beschikbaar via <http://www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers>.
- Boogers, M.H. 2001 a. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 20 september 2000, Wegener.' *AB* 2001/93.
- . 2001 b. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 21 juni 2001, Essent.' *AB* 2001/331.
- Bork, R.H. 1978. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books.
- Bornkamm, J. 2003. 'Judicial Control and Review of Antitrust Administrative Authorities.' In *International Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law Institute*, edited by B.E. Hawk, 369-80. New York: Juris Publishing Inc.
- Bos, A.M. 2001. *Geregeld recht: een rechtspositivistische analyse van de rechtsstaat*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Van den Bossche, A.M. 2001. *Europees recht in de kering. Over winterbedding, potpolder en schorre*. Antwerpen: Kluwer.
- Botteman, Y. 2006. 'Mergers, Standard of Proof and Expert Economic Evidence.' *Journal of Competition Law and Economics*, 2, no. 1: 71-100.
- Boukema, P.J. 2001. 'Effectieve rechtsbescherming.' *NTB*, afl. 3: 70.
- Bourgeois, J., and J. Bocken. 2005. 'Guidelines on the Application of Article 81 (3) of the EC Treaty or How to Restrict a Restriction.' *LJoEI*, 32, no. 2: 111-21.

- Bouterse, R.B. 1994. *Competition and Integration – What Goals Count?*. Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Bovend'Eert, P.P.T., en C.A.J.M. Kortmann. 2000. 'Het court-packing plan van het kabinet-Kok.' *NJB*, 70, afl. 36: 1769-75.
- Bovens, M.A.P. 2000. *De vierde macht revisited. Over ambtelijke macht en publieke verantwoording (Oratie Utrecht)*. Utrecht: Universiteit Utrecht.
- Boxum, J.L. 1989. 'Zelfstandige bestuursorganen en de greep van ministers op de bestuurlijke organisatie.' In *De rechtsstaat herdacht*, J.W.M. Engels, C. Lambers, E. Niemeijer, M. Scheltema, K.F. Schuiling, B.C. Vis, en R.L. Vucsan (red.). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Brants, W.J. 2008. 'Vergaande toerekening van kartelinbreuken aan moedermaatschappijen.' *NTER*, afl. 6: 153-58.
- Breadley, M. 1995. 'Business Secrecy and Confidentiality.' In *Procedural Aspects of EC Competition Law*, edited by Lord Slynn of Hadley and S.A. Pappas, 67-76. Maastricht: EIPA.
- Brealey, M. 1985. 'The Burden of Proof before the European Court.' *ELRev*, 10: 250-62.
- Breninkmeijer, A.F.M. 1987. *De toegang tot de rechter. Een onderzoek naar de betekenis van onafhankelijke rechtspraak in een democratische rechtsstaat*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- . 1990. *Reorganisatie van de rechtelijke organisatie. Reorganisatie van de rechtsstaat*. Beschikbaar via <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/3060>.
- . 1992. 'Het primaat van de politiek bestaat niet meer. Over politieke rechtspraak, rechterlijk activisme en de legitimatie van rechterlijke oordeelsvorming.' *AA*, 41, afl. 11: 24-41.
- . 1993. 'De invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie op het procesrecht van de lidstaten.' In *Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland*, J.A.E. Vervaele (red.), 107-22. Deventer: Kluwer.
- . 1998. *Gedeelde Rechtsorde (Oratie Leiden)*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- . 2001. 'Bestuursrechtspraak effectief? Bespreking van de VAR-preadviezen.' *NJB*, 76, afl. 18: 835-40.
- . 2002. 'Vooraf: de rechtsstaat.' *NJB*, 77, afl. 33: 2173.
- Brinkhorst, L.J. 2008. *Europese Unie en nationale soevereiniteit (Oratie Leiden)*. Leiden: Universiteit Leiden.
- Brkan, M. 2005. 'Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law: Heading Toward New Reforms?' *World Competition*, 28, no. 4: 479-506.
- Brodley, J.F. 1987. 'The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress.' *N.Y.U.L. Rev.*, 62: 1020-53.
- Van den Broek, N. 2003. 'A Long Hot Summer for Individual Concern? The European Court's Recent Case Law on Direct Actions by Private Parties... and a Plea for a Foreign Affairs Exception.' *LJoEI*, 30, no. 1: 61-79.
- Bröring, H.E. 1993. *Richtlijnen. Over de juridische betekenis van circulaires, leidraden, aanbevelingen, brochures, plannen (Diss. Groningen)*. Deventer: Kluwer.
- . 1998. *Beleidsregels*. Deventer: Kluwer.
- Brouwer, J.G. en A.E. Schilder. 1999. 'Het voorlopig oordeel van de NMa: dwalen in de schemerzone.' *NJB*, 74, afl. 30: 1417-22.
- Brouwer, A.A. 2005. 'Grote beurt concentratieregels: wijzigingen concentratietoezicht Mededingingswet op handen.' *M&M*, afl. 3: 108-11.
- Brouwer, M.T. 2008. 'Horizontal Mergers and Efficiencies; Theory and Anti Trust Practice.' *Eur. J Law Econ*, 26, no. 1: 11-26.

- Brouwer, O.W. 1999. 'Interactie bestuursrecht en mededingingsrecht: de rechten van de verdediging.' *M&M*, afl. 1: 10-13.
- . 2001 a. 'Bewijsproblemen bij de toepassing van het EG-mededingingsrecht in de nationale context.' In *Europees bewijsrecht: een verkenning*, S. Prechal en L. Hancher (red.), 101-16. Deventer: Kluwer.
- . 2001 b. 'Toegang tot het dossier van de Europese Commissie in EG-kartelzaken.' *M&M*, afl. 6: 201-08.
- Brown, C. 1997. 'National Protection of Community Rights: Reconciling Autonomy and Effectiveness.' In *Remedies for Breach of EC Law*, edited by J. Lonbay and A. Biondi, 67-72. Chichester: John Wiley & Sons Ltd.
- Brown, C., and J. Morijn. 2004. 'Case Note, Case C-263/02 P, Commission v. Jégo-Quéré & Cie SA, Judgement of the Sixth Chamber, 1 April 2004.' *CMLR*, 41, no. 6: 1639-59.
- Brunt, M. 1999. 'Antitrust in the Courts: The Role of Economics and of Economists.' In *Fordham Corporate Law Institute*, edited by B.E. Hawk, 357-67. New York: Juris Publishing Inc.
- Budzinski, O. 2003. 'Pluralism of Competition Policy Paradigms and the Call for Regulatory Diversity.' Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=452900>.
- Van der Burg, W. 2005. 'De rechtsstaat: heilig voor ons?' *NJB*, 80, afl. 42: 2196.
- Burkens, M.C. 1989. 'Problemen van de rechtsstaat.' In *De rechtsstaat herdacht*, J.W.M. Engels, C. Lambers, E. Niemeijer, M. Scheltema, K.F. Schuiling, B.C. Vis en R.L. Vucsán (red.), 11-25. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Burkens, M.C., H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, en R.J.G.M. Widdershoven. 2001. *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Burnley, R. 2007. 'Conglomerate Mergers; A Comparison of the EU and US Approaches.' In *EC Competition Law: A Critical Assessment*, edited by G. Amato and C.D. Ehlermann, 495-518. Portland: Hart Publishing.
- Buttigieg, E. 2005. 'Consumer Interests Under the EC's Competition Rules on Collusive Practices.' *EBLR*, 16, no. 3: 643-718.
- Van Buuren, P.J.J. 1992. 'Belanghebbende en de Algemene wet bestuursrecht.' *NJB*, 67, afl. 19: 608-11.
- Van Buuren, P.J.J. en T.C. Borman. 2003. *Algemene wet bestuursrecht, tekst en commentaar*. Deventer: Kluwer.
- Van Buuren, P.J.J., G.T.J.M. Jurgens, en F.C.M.A. Michiels. 2005. *Bestuursdwang en dwangsom*. Deventer: Kluwer.
- Capobianco, A. 2007. 'Agreements, Concerted Practices (Horizontal Side). Collusion, Agreements and Concerted Practices: An Economic and Legal Perspective.' In *EC Competition Law: A Critical Assessment*, edited by G. Amato and C.D. Ehlermann, 25-80. Portland: Hart Publishing.
- Cappelletti, M. 1987. 'Is the European Court of Justice "Running Wild?"' *ELRev*, 12, no. 1: 3-17.
- Caranta, R. 1995. 'Judicial Protection Against Member States: A New Jus Commune Takes Shape.' *CMLR*, 32: 703-26.
- Carlton, D.W. 2007. 'Market Definition: Use and Abuse.' *Competition Policy International*, 3, no. 1: 3-27.
- Cartigny, G. 2000. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 24 januari 2000, VBBS.' *AB* 2000/411.
- . 2003. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 11 september 2002, Vodafone Libertel.' *AB* 2003/364.



- 2004 a ‘Annotatie bij voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 24 december 2002, Snitjer.’ *AB* 2004/65.
- 2004 b. ‘Annotatie bij CBb 26 mei 2004, Vodafone/NMa.’ *AB* 2004/316.
- 2005. ‘Annotatie bij CBb, 17 november 2004, Carglass.’ *AB* 2005/81.
- 2007. ‘Annotatie bij CBb 28 november 2006, Nuon Reliant.’ *AB* 2007/316.
- Chalmers, D. 1997. ‘Judicial Preferences and the Community Legal Order.’ *Modern Law Review*, 60: 164-99.
- Chase, O.G. 1997. ‘Legal Processes and National Culture.’ *Cardozo J. Int’l & Comp. L.*, 5: 1-24.
- Chellingsworth, T.E.M. 2001. ‘Het Bayer-arrest. Eenzijdige maatregelen tegen parallelhandel: een keerpunt in de rechtspraak?’ *NTER*, afl. 4: 73-79.
- Claes, M., and B. de Witte. 1998. ‘Report on the Netherlands.’ In *The European Court and the National Courts – Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in Its Social Context*, edited by A-M. Slaughter, A. Stone Sweet, and J.H.H. Weiler, 171-95. Oxford: Hart Publishing.
- Cliteur, P.B. 2005. *Natuurrecht, cultuurrecht en conservatisme*. Leeuwarden: Damon.
- Clough, M. 2003-2004. ‘The Role of Judicial Review in Merger Control.’ *Nw. J. Int’l L. & Bus.*, 24: 729-54.
- Coate, M.B. 2005. ‘Economic Models in Merger Analysis: A Case Study of the Merger Guidelines.’ Potomac Law and Economics Working Paper No. 05-04. Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=726515>.
- Coate, M.B., and J.H. Fischer. 2007. ‘A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition.’ Potomac Papers in Law and Economics 06-01. Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=940667>.
- Coing, H. 1978. ‘European Common Law: Historical Foundations.’ In *New Perspectives for a Common Law of Europe*, edited by M. Cappelletti, 31-44, Florence: LeMonnier.
- Commissie Evaluatie Awb III. 2007. *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Commission. 2006. ‘Roundtable on Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement.’ Contribution from the European Commission. OECD Global Forum on Competition, 1-10. Beschikbaar via [www.oecd.org](http://www.oecd.org).
- Conant, L. 2002. *Justice Contained: Law and Politics in the European Union*. Ithaca/London: Cornell University Press.
- Connors, J.W. 2008. ‘Treating Like Subdecisions Alike: The Scope of Stare Decisis as Applied to Judicial Methodology.’ *Columbia Law Review*, 108, no. 3: 681-715.
- Constantinesco, V. 2000. ‘The ECJ as a Law-Maker: Praeter Out Contra Legem?’ In *Judicial Review in European Union Law, Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, edited by D. O’Keeffe, 73-80. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- Cook, C.J. 2006. ‘Commitment Decisions: The Law and Practice Under Article 9.’ *World Competition*, 29, no. 2: 209-28.
- Cook, J.D., and C.S. Kerse. 2000. *E.C. Merger Control*. London: Sweet and Maxwell.
- Corstens, G.J.M. 2005. *Het Nederlands strafprocesrecht*. Deventer: Kluwer.
- Costello, C. 2006. ‘The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe.’ *Human Rights Law Review*, 6, no. 1: 87-130.
- Cotterrell, R. 2007. ‘Culture, Comparison, Community: Social Studies of Law Today.’ In *Enculturing Law. New Agendas for Legal Pedagogy*, edited by M. John and S. Kakarala, 22-34. New Delhi: Tulika Books.
- Craig, P. 2003. ‘Standing, Rights, and the Structure of Legal Argument.’ *European Public Law*, 9, no. 4: 494-508.

- Craufurd Smith, R. 1999. 'Remedies for Breaches of EU Law in National Courts: Legal Variation and Selection.' In *The Evolution of European Law*, edited by P. Craig, G. De Búrca, 287-320. Oxford: Oxford University Press.
- Crommelin, R.W.J. 2007. *Het aanvullen van de rechtsgronden: de betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv (Diss. Leiden)*. Alphen aan de Rijn: Kluwer.
- Cucinotta, A., R. Pardolesi, and R. van den Bergh (eds). 2002. *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, Inc.
- Cumming, G. 1998. 'Automobiles Peugeot SA v. Commission of the European Communities, Case T-90/96.' *ECLR*, 19, no. 2: 106-08.
- . 2005. 'Procedural Comment. Privilege Against Self-Incrimination.' *ECLR*, 26, no. 7: 345-79.
- Curtin, D.M., and K.J.M. Mortelmans. 1994. 'Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script.' In *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers, Volume II*, edited by D.M. Curtin, T. Heukels, 423-66. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers.
- Curtin, D.M. 2006. 'European Legal Integration: Paradise Lost?' In *European Integration and Law*, edited by D.M. Curtin, A. Klip, J. Smits, and J.A. McCahery, 1-54. Antwerpen: Intersentia.
- Daalder, E.J. 1998. 'Laten we het besluit maar gewoon houden.' *RM Themis*, afl. 6: 190-193.
- Damen, L.J.A. 1998. 'Van rechtsstaat naar rechterstaat? De bestuursrechter onder vuur, deel II.' *Trema*, 21, afl. 9: 241-49.
- . 2005. 'Juridische kwaliteit: de burger centraal.' In *Alles in één keer goed*, M. Herweijer, A.T. Marseille, F.M. Noordam, en H.B. Winter (red.), 13-32. Deventer: Kluwer.
- . 2006. 'The Long and Winding Road.' In *Het bestuursrecht beschermd. Liber Amicorum F.A.M. Stroink*, A.W. Heringa, A.M.L. Jansen, E.C.H.J. van der Linden, en L.F.M. Verhey (red.), 85-98. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Damen, L.J.A., H.E. Bröring, A.T. Marseille, A.J.G.M. van Montfort, P. Nicolai, B.J. Schueler, en H.B. Winter. 2002. *Bestuursrecht 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- . 2005. *Bestuursrecht 1. Systeem, bevoegdheid, bevoegheidsuitoefening, handhaving*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Damen, L.J.A. 2005. 'Annotatie bij Afdeling Bestuursrechtspraak RvS, 8 december 2004.' *AB* 2005/131.
- Dashwood, A. 2005. 'The Relationship Between the Member States and the European Union/European Community.' In *A Review of Forty Years of Community Law. Legal Developments in the European Communities and the European Union*, edited by A. McDonnell, 37-63. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- De Búrca, G. 1997. 'National Procedural Rules and Remedies: The Changing Approach of the Court of Justice.' In *Remedies for Breach of EC Law*, edited by J. Lonbay and A. Biondi, 37-46. Chichester: John Wiley & Sons Ltd.
- . 2000. 'Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market.' In *Constitutional Change in the EU. From Uniformity Tot Flexibility?* edited by G. de Búrca and J. Scott, 133-71. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.
- De Búrca, G., and J. Scott. 2000. *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?* Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.

- Defares, K.J., J. Langer, en S. Goossens. 2007. 'Kroniek rechtspraak Mededingingswet in 2006.' *M&M*, afl. 5/6: 137-55.
- Defares, K.J., C.E. Moolenburgh, en M.M. Kaajan. 2006. 'Rechtspraak over de Mededingingswet in 2005.' *M&M*, afl. 3: 68-87.
- DeHousse, R. 2000. 'Integration Through Law Revisited: Some Thoughts on the Juridification of the European Political Process.' In *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, edited by F. Snyder, 15-30. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.
- Dekker, C.T. 2002 a. 'Mededingingsafspraken, machtsposities en procedures: NMa-besluiten in 2001.' *M&M*, afl. 5/6: 178-89.
- . 2002 b. *Nederlands Mededingingsprocesrecht*. Deventer: Kluwer.
- . 2004. 'De inzagebevoegdheid van de NMa: verduidelijking gewenst bij uitbreiding bevoegdheden.' *M&M*, afl. 6: 195-201.
- . 2006. 'Onrechtmatig verkregen bewijs (annotatie bij rechtbank Rotterdam, 21 november 2005).' *M&M*, afl. 8: 242-45.
- Dekker, C.T., en N. Kolthof. 2003. 'Mededingingsafspraken, machtsposities en procedures: NMa-besluiten in 2002.' *M&M*, afl. 3: 92-104.
- Delicostopoulos, J.S. 2003. 'Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems.' *ELJ*, 9, no. 5: 599-613.
- Demetriou M., and M. Gray. 2007. 'Developments in EC Competition Law in 2006: An Overview.' *CMLR*, 44, no. 5: 1429-62.
- De Smith, S., Lord Woolf, and J. Jowell. 1995. *Judicial Review of Administrative Action*. Londen: Sweet & Maxwell.
- Dingemans, R.P.B.A., en R.J.G.M. Widdershoven. 2005. 'De Schutznormleer in communautair perspectief: het Duitse debat.' *NTB*, afl. 10: 327-37.
- Van Dijk, B.J. 2002. 'Annotatie bij rechtbank Den Haag 1 oktober 2002, Vodafone.' *AM* 2002/8.
- Doherty, B. 1994. 'Playing Poker with the Commission: Rights of Access to the Commission's File in Competition Cases.' *ECLR*, 15, no. 1: 8-15.
- Donner, J.P.H. 2003. 'Het debat gaat door, ook na honderd jaren: toespraak ter gelegenheid van de viering van 100 jaar Centrale Raad van Beroep.' *NTB*, afl. 6: 155-57.
- Dougan, M. 2004. *National Remedies before the Court of Justice: Issues of Harmonisation and Differentiation*. Oxford: Hart Publishing.
- Douglass-Scott, S. 2006 a. 'Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, appl. No. 45036/98, judgment of the European Court of Human Rights (Grand Chamber) of 30 June 2005 (2006) 42 EHRR 1.' *CMLR*, 43, no. 1: 243-54.
- . 2006 b. 'A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis.' *CMLR*, 43, no. 3: 629-65.
- Downes, T.A., and C. Hilson. 1999. 'Making Sense of Rights: Community Rights in EC Law.' *ELRev*, 24, no. 2: 121-38.
- Drabek, L. 2001. 'A Fair Hearing Before EC Institutions.' *European Review of Private Law*, no. 4: 529-63.
- Drake, S. 2006. 'Scope of Courage and the Principle of "Individual Liability" for Damages: Further Development of the Principle of Effective Judicial Protection by the Court of Justice.' *ELRev*, 31, no. 6: 841-64.
- Drijber, B.J. 2005. 'Annotatie bij Hof van Justitie, 22 februari 2005, Commissie/Max.Mobil Telekommunikationservice GmbH, zaak C-141/02P.' *M&M*, afl. 6: 179-82.

- Drupsteen, Th.G. 2004. 'Marktwerking en juridisering.' In *Overheid en Markt. Bundel aangeboden aan Mr R. Samkalden*, N.S.J. Koeman, A. ten Veen, en J.R. van Angeren (red.), 11-22. Deventer: Kluwer.
- Duk, W. 1988. 'Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid.' *RM Themis*, afl. 4: 156-69.
- . 1996. 'De burger als underdog.' In *De Awb-mens: boeman of underdog? Opstellen aangeboden aan Leo Damen*, R.L. Vucsan (red.), 31-44. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- . 1999. *Recht en slecht: beginselen van een algemene rechtsleer*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Dworkin, R.M. 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press.
- . 1998. *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing.
- Dwyer, D. 2008. 'Beyond Kelsen and Hart? McCormick's Institutions of Law.' *Modern Law Review*, 71, no. 5: 822-39.
- Eckes, C. 2007. 'Does the European Court of Human Rights Provide Protection from the European Community? The case of Bosphorus Airways.' *European Public Law*, 13, no. 1: 47-67.
- Edward, D. 1996. 'Judicial Activism. Myth or Reality?' In *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law: Essays in Honour of Lord Mackenzie-Stuart*, edited by A. Campbell and M. Voyatzi, 29-68. Trenton Publishing.
- Edwardson, E. 2009. 'Judicial Review in Economic Regulation and Competition Law in Sweden.' In *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, edited by S.C.M. Lavrijssen, O.F. Essens, and A. Gerbrandy. Groningen: Europa Law Publishing.
- EGE, M.G., M.F. Bay, and J. Ruiz Calzado. 2004. 'The New EC Merger Regulation: A Move to Convergence.' *Antitrust*, 19 – fall: 37-42.
- Ehlermann, C.D. 2000. 'The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution.' *CMLR*, 37, no. 3: 537-90.
- Ehlermann, C.D., and I. Atanasiu. 2002. 'The Modernization of EC Antitrust Law: Consequences for the Future Role and Function of the EC Courts.' *ECLR*, 23, no. 2: 72-80.
- Ehlermann, C.D., and L.L. Laudati. 1998. *European Competition Law Annual 1997: Objectives of Competition Policy*. Oxford: Hart Publishing.
- Van Eikema Hommes, H.J. 1972. *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap: een juridische methodologie*. Deventer: Kluwer.
- Eilmansberger, T. 2004. 'The Relationship between Rights and Remedies in EC Law: In Search of the Missing Link.' *CMLR*, 41, no. 5: 1199-246.
- Elias, E.D., en T.O.E. Pekelharing. 2004. 'Kroniek Mededingingsrecht 2003.' *M&M*, afl. 5: 170-82.
- Ellis, E. 2003. 'Publication Review: Convergence and Divergence in European Public Law.' *ECLR*, 28, no. 2: 294-96.
- Embregts, M.C.D. 2000. 'Alternatieve bewijsverkrijging: over de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs dat ook op rechtmatige wijze had kunnen worden verkregen.' In *Onrechtmatig verkregen bewijs*, H.J.R. Kaptein (red.), 9-24. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- . 2003. *Uitsluitel of bewijsuitsluiting: Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht (Diss. Tilburg)*. Deventer: Kluwer.
- . 2005. 'Toegang voor de afgeleid-belanghebbende: is dat nodig?' *NTB*, afl. 1: 10-14.
- Van Empel, M. 2002. 'Annotatie bij CBb 5 december 2001, Wegener.' *M&M*, afl. 12: 32-35.

- Engels, J.W.M. 1989. 'Rechtsstaat en staatsrecht.' In *De rechtsstaat herdacht*, J.W.M. Engels, C. Lambers, E. Niemeijer, M. Scheltema, K.F. Schuiling, B.C. Vis, en R.L. Vucsán (red.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Erlandsson, A. 1998. 'The Defendant's Right of Access to the Commission's File in Competition Cases.' *LioEI*, 25, no. 2: 139-86.
- Ersboll, N.C. 2001. 'Commitments Under the Merger Regulation.' *ECLR*, 22, no. 9: 357-64.
- Van Eteekoven, B.J., M.A. Pach, en I.C. van der Vlies. 2001. *Alternatieven van en voor de bestuursrechter*, VAR-reeks 126. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Evans, D.S. 2005. 'How Economists Can Help Courts Design Competition Rules: An EU and US Perspective.' *World Competition*, 28, no. 12: 93-99.
- Evans, S.E. 2008. 'Legal privilege na het Akzo-arrest: goed nieuws voor de "happy few?".' *NTER*, afl. 2: 49-54.
- Everling, U. 2000. 'On the Judge-Made Law of the European Community's Courts.' In *Judicial Review in European Union Law, Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, edited by D. O'Keefe, 29-45. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- Ewald, W. 1995. 'Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants.' *Am. J. Comp. L.*, 43: 489-510.
- Fallon Jr., R.H. 2004. 'The Linkage Between Justiciability and Remedies – and Their Connections to Substantive Rights.' *Va. L. Rev.*, 92: 633-706.
- Fernandez Esteban, M.L. 1999. *The Rule of Law in the European Constitution*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- Faull, J., and A. Nikpay 1999, *The EC Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press.
- Ferry, J.E. 1981. 'Selective Distribution and Other Post-Sales Restrictions (EEC).' *ECLR*, 2, no.2: 209-17.
- Fiebig, A. 2005. 'Modernization of European Competition Law as a Form of Convergence.' *Temp. Int'l & Comp. L.J.*, 19: 63-86.
- Fierstra, M.A. 2001. 'Precisering van verhouding nationale rechter enerzijds en Commissie en Hof van Justitie anderzijds bij toepassing van het communautaire mededingingsrecht.' *NTER*, 6: 159-63.
- Flynn, J. 2000. 'Competition Appeals.' In *Judicial Review in European Union Law, Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, edited by D. O'Keefe, 611-24. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- Flynn, L. 2000. 'Whatever Happened to Emmott? The Perfecting of Community Rules on National Time-Limits.' In *The Future of Remedies in Europe*, edited by C. Kilpatrick, T. Novitz, and P. Skidmore, 51-68. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.
- Forbes Pirie, M. 2000. 'The Complainant in EC Competition Law.' *World Competition*, 23, no. 1: 107-40.
- Friedberg, J.J. 1990-1991. 'The Convergence of Law in an Era of Political Integration: The Wood Pulp Case and the Alcoa Effects Doctrine.' *U. Pitt. L. Rev.*, 52: 289-326.
- Friedman, T.L. 2000. *The Lexus and the Olive Tree*. New York: Anchor Books.
- Fukuyama, F. 1992. *The End of History and the Last Man*. New York: Penguin.
- Furse, M. 2004. 'The Decision to Commit: Some Pointers from the US.' *ECLR*, 25, no. 12: 5-10.
- Gaasbeek, P.B. 1998. 'Mededingingswet, beschermheer van de consument?' *TvC*, afl. 1: 13-21.
- Gerber, D.J. 1994. 'Constitutionalizing the Economy, German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe.' *American Journal of Comparative Law*, 42: 25-84.

- . 1998. *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford: Clarendon Press.
- Gerbrandy, A., en B. Hessel. 2004. *Mededingingsrecht voor decentrale overheden*. Deventer: Kluwer.
- Gerbrandy, A., en E. Pietermaat. 2005. *De toepassing van de Mededingingswet door de Nederlandse bestuursrechter 2000-2004*. Deventer: Kluwer.
- Van Gerven, W. 1995 a. 'Bridging the Gap between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies?.' *CMLR*, 32, no. 3: 679-702.
- . 1995 b. 'Het proportionaliteitsbeginsel.' In *De norm achter de regel: wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, 1-18. Deurne: Kluwer Rechtswetenschappen België.
- . 2000. 'Comparative Law in a Texture of Communitarization of National Laws and Europeanization of Community Law.' In *Judicial Review in European Union Law: Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, edited by D. O'Keefe, 433-46. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- . 2000. 'Of Rights, Remedies and Procedures.' *CMLR*, 37, no. 3: 501-36.
- . 2005. 'Harmonization of Private Law: Do We Need It?' In *A Review of Forty Years of Community Law: Legal Developments in the European Communities and the European Union*, edited by A. McDonnell, 227-54. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- Geursen, W.W. 2006. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 22 december 2005, Boontje c.s./NMa.' *M&M*, afl. 4: 122-26.
- Geus, M.J. 2002. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 7 januari 2002, Versatel/Opta.' *Mediaforum*, 14, afl. 3: 98.
- Giesen, I. 2001. *Bewijs en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Gil Ibáñez, A.J. 1999. *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits*. Oxford: Hart Publishing.
- Gilliams, H.M. 2003. 'Modernisation: From Policy to Practice.' *ELRev*, 28, no. 42: 451-74.
- Van Ginneken, P.P.J. 2001. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 20 september 2000, Wegener.' *M&M*, afl. 1: 34-37.
- . 2002. 'Annotatie bij Metropole Television e.a. /Commissie, zaak T-112/98.' *M&M*, afl. 2: 79-82.
- . 2007. 'Annotatie bij GlaxoSmithKline/Commissie, zaak T-198/01.' *M&M*, afl. 2: 56-60.
- Graaf, K.J. en A.T. Marseille. 2007. 'Een weg uit de doolhof? Het voorontwerp overheidsaansprakelijkheid gewogen.' *NJB*, 82, afl. 32: 2010-17.
- Granger, M.P. 2003. 'Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jégo-Quéré et Cie SA v. Commission and Unión de Pequeños Agricultores v. Council.' *Modern Law Review*, 66: 124-38.
- De Grave, D.J.M. 2003. 'Annotatie bij Gerechtshof Den Haag 25 september 2003, Vodafone.' *AM* 2003/8.
- De Grave, D.J.M., en E.P. Jorritsma. 2001. 'Het derde jaar geconsolideerd concentreren.' *M&M*, afl. 3: 89-106.
- Gray, J. 2004. *Heresies. Against Progress and Other Illusions*. Londen: Granta Books.
- Van de Griend, B.J. 2007. *Trechters in het bestuursprocesrecht (Diss. Utrecht)*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

- Van de Gronden, J.W. 1998. *De implementatie van het EG-milieurecht door Nederlandse decentrale overheden (Diss. Utrecht)*. Utrecht: Kluwer.
- De Groot, G.R. 1992. 'European Education in the 21st Century.' In *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, edited by B. de Witte and C. Forder, 7-30. Deventer: Kluwer.
- De Groot, R. 2008. *Onderling Afgestemde Feitelijke Gedragingen en Bewijsvermoedens*. Masterscriptie Utrecht.
- Groussot, X. 2006. *General Principles of Community Law*. Groningen: Europa Law Publishing.
- Guerrero, K. 2003-2004. 'A New "Convincing Evidence" Standard in European Merger Review.' *U. Cin. L.Rev.*, 72: 250-84.
- Gundelach, J., en F.C.M.A. Michiels. 2003. *Ongegronde vrees: een onderzoek naar de rechtspraak inzake handhavingsbesluiten*. Deventer: Kluwer.
- Gutiérrez, J.D. 2007. 'Expert Economic Testimony, Economic Evidence and Asymmetry of Information in Antitrust Cases.'  
Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=1023494>.
- Haersolte-van Hof, J.J., en P.J. Kreijger. 2007. 'Mostaza Claro/Centro Móvil.' *NTER*, afl. 1/2: 23-26.
- Hall, D.F. 1995. 'Rights of Defence.' In *Procedural Aspects of EC Competition Law*, edited by Lord Slynn of Hadley and S.A. Pappas, 33-42.
- Hampshire, S. 1999. *Justice is Conflict*. Princeton/Oxford: Princeton University Press.
- Handboek Awb. Koeman, N.S.J. (red.). 2007. *Handboek Algemene wet bestuursrecht. Artikelsgewijze toelichting en commentaar*. Deventer: Kluwer.
- Harding, C., and J.M. Joshua. 2003. *Regulating Cartels in Europe: A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*. Oxford: Oxford University Press.
- Harding, C., and A. Gibbs. 2005. 'Why to Go to Court in Europe? An Analysis of Cartel Appeals 1995-2004.' *ECLR*, 30, no. 31: 349-69.
- Van Harinxma thoe Slooten, B.F. 2004. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 17 augustus 2004, VRP.' *AM*, 9: 205-13.
- Harlow, C. 1999. 'European Administrative Law and the Global Challenge.' In *The Evolution of European Law*, edited by P. Craig, G. De Búrca, 261-85. Oxford: Oxford University Press.
- . 2000. 'A Common European Law of Remedies?' In *The Future of Remedies in Europe*, edited by C. Kilpatrick, T. Novitz, and P. Skidmore, 69-86. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.
- . 2002. 'Proceduralism in English Administrative Law.' In *The Europeanisation of Administrative Law*, edited by K.H. Ladeur, 46-67. Aldershot: Dartmouth Publishing Company.
- Harpaz, G. 2009. 'The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights. The Quest for enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy.' *CMLR*, 46, no. 1: 105-41.
- Hart, H.L.A. 1994. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Hartley, T.C. 1996 'The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union.' *LQR*, 112, no. Jan: 95-109.
- . 2007. *The Foundations of European Community Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hartmann, A.R. 1998. *Bewijs in het bestuursstrafrecht*. Rotterdam: Gouda Quint.
- Von Hayek, F.A. 1993 (oorspr. 1944). *The Road to Serfdom*. Londen: Routledge.

- Van Heezik, M.C. 2009. 'Kartelverbod uitgebreid? Kartelondersteunende dienstverlener AC Treuhand beboet voor faciliteren kartel producenten organische peroxides.' *NTER*, afl. 2: 59-63.
- Van de Hel, J.M.M. 2006. 'Annotatie bij Gazelle, rechtbank Arnhem, 3 juli 2006.' *AM*, afl. 7: 159-62.
- . 2008. 'Het arrest Alrosa: een gepolijst raamwerk voor de toezeggingsbeschikking.' *NTER*, afl. 9: 242-48.
- Van de Hel, J.M.M. en D.J.M. de Grave. 2006. 'Toegang tot dossiers voor derden in mededingingszaken: een tussenstand.' *M&M*, afl. 1: 10-17.
- Hertogh, M.L.M. 2003. 'Het maatschappelijk vertrouwen in "onze" rechtsstaat.' *NJB*, 78, afl. 11: 550-52 .
- Hertz, N. 2002. *The Silent Takeover. Global Capitalism and the Death of Democracy*. Arrow Books Ltd.
- Heyvaert, V. 2006 'Overleven in het Europees gemeenschapsrecht: het verzorgingsbegin-sel tussen integratie en identiteitsverlies.' *SEW*, 54, afl. 9: 306-15.
- Hildebrand, D. 2005. *Economic Analysis of Vertical Agreements. A Self-Assessment*. Den Haag: Kluwer Law International.
- Hilson, C. 2003. 'The Europeanization of English Administrative Law: Judicial Review and Convergence.' *European Public Law*, 9, no. 1: 125-45.
- Himsworth, C. 1997. 'Things Fall Apart: The Harmonisation of Community Judicial Procedural Protection Revisited.' *ELRev*, 22, no. 4: 291-311.
- . 2002. 'Convergence and Divergence in Administrative Law.' In *Convergence and Divergence in European Public Law*, edited by P. Beaumont, C. Lyons, and N. Walker, 99-111. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.
- Von Hinten-Reed, N., and P.D. Camasasca. 2003. 'European Merger Control: Tougher, Softer, Clearer.' *ECLR*, 24, no. 9: 458-62.
- Van Hoecke, M. 1995. 'Rechtsregel en normdoel: een afweging van onderliggende rechtsbeginselen. Een slotsynthese.' In *De norm achter de regel: wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, 181-207. Deurne: Kluwer Rechtswetenschappen België.
- Van der Hoeven, J. 1989 a. *De drie dimensies van het bestuursrecht*. VAR-Reeks 100. Alphen aan de Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink.
- . 1989 b. 'De rechtsstaat herdacht.' In *De rechtsstaat herdacht*, J.W.M. Engels, C. Lambers, E. Niemeijer, M. Scheltema, K.F. Schuiling, B.C. Vis, en R.L. Vucsan (red.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Hofmann, H.C.H. 2003. 'Good Governance in European Merger Control: Due Process and Checks and Balances under Review.' *ECLR*, 24, no. 3: 114-31.
- . 2006. 'Negotiated and Non-Negotiated Administrative Rule-Making: The Example of EC Competition Policy.' *CMLR*, 43, afl. 1: 153-78.
- Hoogendijk-Deutsch, S.V. 1992. 'Beginselen van behoorlijk bewijs in administratieve rechtspraak.' *RM Themis*, afl. 7: 308-23.
- Hoskins, M. 1996. 'Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules.' *ELRev*, 21, no. 5: 365-77.
- Hovenkamp, H. 2005. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. St. Paul: Thomson/West.
- Hugenholtz, W., en W.H. Heemskerk. 2006. *Hoofdlijnen van het burgerlijk recht*. Den Haag: Elsevier juridisch.
- Hunnings, N.M. 1996. *The European Courts*. London: Cartermill International.
- Ilzkovitz, F., and R. Meiklejohn. 2003. 'European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence?' *Journal of Industry, Competition and Trade*, 3, no. 1/2: 57-85.



- Incardona, R., and C. Poncibo. 2005. 'The Corte Di Cassazione Takes "Courage". A Recent Ruling Opens Limited Rights for Consumers in Competition Cases.' *ECLR*, 26, no. 8: 445-50.
- Jackson, J.D. 1997. 'Playing the Culture Card in Resisting Cross-Jurisdictional Transplants: A Comment on "Legal Processes and National Culture".' *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, 5: 51-68.
- Jacobs, F.G. 1997. 'Enforcing Community Rights and Obligations in National Courts: Striking the Balance.' In *Remedies for Breach of EC Law*, edited by J. Lonbay and A. Biondi, 25-36. Chichester: John Wiley & Sons Ltd.
- Jans, J.H. 2005. *Doorgesloten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak (Oratie Groningen)*. Groningen: Europa Law Publishing.
- Jans, J.H., and M. de Jong. 2002. 'Between Direct Effect and Rewe/Comet: Remarks on Dutch Administrative Law, Procedural Defects and the EIA Directive.' In *The Europeanisation of Administrative Law*, edited by K.H. Ladeur, 68-92. Aldershot: Dartmouth Publishing Company.
- Jans, J.H., R. de Lange, S. Prechal, en R.J.G.M. Widdershoven. 2002. *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- . 2007. *Europeanisation of Public Law*. Groningen: Europa Law Publishing.
- Jans, J.H., and A.T. Marseille. 2008. 'Joined Cases C-222-225/05, Van der Weerd and Others v. Minister Van Landbouw; Natuur en Voedselkwaliteit, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 7 June 2007, [2007] ECR I-4233.' *CMLR*, 45, no. 3: 853-62.
- Jans, J.H., en J.W. van de Gronden. 2005. 'Annotatie bij Hof van Justitie 13 januari 2005, zaak C-174/02, Streekgewest Noord-Brabant.' *SEW*, 53, afl. 5: 234-38.
- Jansen, A.M.L. 2006. 'Op goede gronden: de motivering van uitspraken door de bestuursrechter.' In *Het bestuursrecht beschermd: Liber Amicorum F.A.M. Stroink*, A.W. Heringa, A.M.L. Jansen, E.C.H.J. van der Linden, en L.F.M. Verhey (red.), 171-84. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Jansen, O.J.D.M.L. 2003. 'Annotatie bij Samenwerkende Electriciteitsbedrijven (SEP), rechtbank Rotterdam, 26 november 2002.' *M&M*, afl. 4: 147-55.
- . 2002 a. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 1 mei 2001, UTC.' *AB* 2002/259.
- . 2002 b. 'Annotatie bij EHRM 16 april 2002, Colas Est.' *AB* 2002/277.
- . 2003 a. 'Annotatie bij rechtbank Den Haag (kort geding) 9 april 2003.' *AB* 2003/199.
- . 2003 b. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 17 april 2003, FinResult.' *AB* 2003/333.
- . 2006 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 21 november 2005.' *AB* 2006/47.
- . 2008. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 10 januari 2008.' *AB* 2008/122.
- Jellema, C.P. 2002. 'The Redheaded Stepchild of Community Competition Law: The Third Party and Its Right to Be Heard in Competition Proceedings.' *B.U. Int'l L.J.*, 20: 227-92.
- Jetzlspurger, C. 2003. 'Legitimacy Through Jurisprudence? The Impact of the European Court of Justice on the Legitimacy of the European Union.' EUI Working Paper LAW No. 2003/12. Fiesole: European University Institute, Florence.
- Joerges, C. 2005. 'What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy.' *ELRev*, 30, no. 4: 461-89.
- Jones, A. 1993. 'Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism.' *ECLR*, 14, no. 6: 273-79.
- Jones, A., and B. Sufrin. 2004. *EC Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.
- . 2008. *EC Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Jones, C.A. 2006. 'Foundations of Competition Policy in the EU and USA: Conflict, Convergence and Beyond.' In *The Evolution of European Competition Law. Whose Regulation, Which Competition?* edited by H. Ullrich, 17-38. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, Inc.
- De Jong, M.A. 2004. 'De wijzigingen van de Mededingingswet.' *M&M*, afl. 5: 184-89.
- De Jong, M.A., en M.L. Pigmans. 2003. 'Rechtspraak over de Mededingingswet in 2002.' *M&M*, afl. 3: 105-118.
- . 2005. 'Rechtspraak over de Mededingingswet in 2004.' *M&M*, afl. 3: 88-107.
- De Jong, E. 2002. *Markt en Waarden*. Nijmegen: Valkhof Pers.
- Joshua, J.M. 1987. 'Proof in Contested EEC Competition Cases: A Comparison with the Rules of Evidence in Common Law.' *ELRev*, 12, no. 5: 315-53.
- . 1994. 'Balancing the Public Interests: Confidentiality, Trade Secret and Disclosure of Evidence in EC Competition Proceedings.' *ECLR*, 15, no. 2: 68-80.
- Jurgens, G.T.J.M. 2000. 'Prioritering en gedogen.' *M&M*, afl. 2: 83-85.
- Kadelbach, S. 2002. 'European Administrative Law and the Law of a Europeanized Administration.' In *Good Governance in Europe's Integrated Market*, edited by C. Joerges and R. Dehousse, 167-206. Oxford: Oxford University Press.
- Kahn-Freund, O. 1974. 'On Uses and Misuses of Comparative Law.' *Modern Law Review*, 37: 1-27.
- Kakouris, C.N. 1997. 'Do the Member States Possess Judicial Procedural "Autonomy?"' *CMLR*, 34, no. 6: 1389-412.
- Kalbfleisch, P. 2005. 'Intensiteit rechterlijke toetsing van besluiten van marktautoriteiten.' Beschikbaar via <http://www.nmanet.nl>.
- . 2008. 'Tien jaar Mededingingswet: van "the paradise lost" naar "met recht markt".' In *Trust en Antitrust: beschouwingen over 10 jaar Mededingingswet en 10 jaar NMa*, P. Kalbfleisch, J. van Sinderen, A. van den Ende, M. van Oers, en P.A.G. van Bergeijk (red.), 17-28. Den Haag: NMa.
- Kapteyn, J.P.G. 1993 a. 'De organisatie van de rechtsbescherming van particulieren in de EG.' *NTB*, afl. 1: 38-46.
- . 1993 b. 'Hof van Justitie: Europeesrechtelijke invloed op het nationaal bestuurs-(proces)recht. Op weg naar een Europees bestuurs-(proces)recht.' In *Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland*, J.A.E. Vervaele (red.), 213-29. Deventer: Kluwer.
- Kapteyn, J.P.G., en P. VerLoren van Themaat. 2003. *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*. J.P.G. Kapteyn, L.A. Geelhoed, K.J.M. Mortelmans, en C.W.A. Timmermans (red.). Deventer: Kluwer.
- Keessen, A.M. 2006. 'Ambtshalve toepassing van Europees recht: moet de rechter zelf argumenten aandragen ontleend aan het gemeenschapsrecht?' *NTER*, afl. 3: 55-65.
- Kekelekis, M. 2003. 'The Rights of Notifying Parties and Third Parties During the Preliminary Investigation Procedures under the ECMR.' *European Business Law Review*, 14, no. 4: 429-444.
- . 2004. 'The "Statement of Objections" as an Inherent Part of the Right to be Heard in EC Merger Proceedings: Issues of Concern.' *ECLR*, 25, no. 8: 518-27.
- Kellerbauer, M. and L. Repa. 2007. 'The Court of First Instance Upholds Two Decisions of the Hearing Officer Clarifying Important Procedural Questions in Antitrust Investigations.' *ECLR*, 28, no. 5: 297-305.
- Kerameus, K.D. 1995. 'Procedural Harmonization in Europe.' *Am. J. Comp. L.*, 43: 401-416.
- Kerber, W. 2008. 'Should Competition Law Promote Efficiency? Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law'. In *Economic*

- Theory and Competition Law*. Edited by J. Drexler, L. Idot, and J. Moneger, Cheltenham: Edward Elgar. Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=1075265>.
- Kerse, C.S. 1997. 'The Complainant in Competition Cases: A Progress Report.' *CMLR*, 34, no. 2: 213-65.
- Kerse, C.S., and N. Khan. 1997. *EC Antitrust Procedure*. Londen: Sweet & Maxwell.
- . 2005. *EC Antitrust Procedure*. Londen: Sweet & Maxwell.
- Keskin, Y. 2007. "'Merkbaarheid": overzicht Nederlandse bestuursrechtspraak.' *AM*, afl. 10: 210-13.
- Killick, J., and A. Schulz. 2007. 'Horizontal and Vertical Mergers in the Reformed EC Merger Control.' In *EC Competition Law: A Critical Assessment*, edited by G. Amato and C.D. Ehlermann, 435-94. Portland: Hart Publishing.
- Kilpatrick, C. 2000. 'The Future of Remedies in Europe.' In *The Future of Remedies in Europe*, edited by C. Kilpatrick, T. Novitz, and P. Skidmore, 1-35. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.
- Kjolbye, L. 2002. 'Case C-344/98, Masterfoods v. HB Ice Cream.' *CMLR*, 39: 175-84.
- Klap, A. 1994. *Vage normen in het bestuursrecht (Diss. Utrecht)*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Klein, N. 2001. *No Logo*. HarperCollins Publishers.
- Van Klink, B., and S. Taekema. 2008. *A Dynamic Model of Interdisciplinarity: Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research into Law*. Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 010/2008.  
Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=1142847>.
- Kneepkens, M. 2007. 'Resale Price Maintenance: Economics Call for a More Balanced Approach.' *ECLR*, 28, no. 12: 656-64.
- Koeman, N.S.J. 2000. 'Onrechtmatig bewijs in het bestuursprocesrecht.' In *Onrechtmatig verkregen bewijs*, H.J.R. Kaptein (red.), 49-56. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Koeman, N.S.J. (red.). 2007. *Handboek Algemene wet bestuursrecht. Artikelsgewijze toelichting en commentaar*. Deventer: Kluwer.
- Koetsier, M.B. 1992. "'Belanghebbende" volgens de rechtsprekende Afdeling van de Raad van State.' In *De Belanghebbende*. VAR-Reeks 108, 101-90. Alphen aan de Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink.
- Komninos, A.P. 2007. 'Effect of Commission Decisions on Private Antitrust Litigation: Setting the Story Straight.' *CMLR*, 44, no. 5: 1387-428.
- Konijnenbelt, W. 2003. 'Bestuursprocesrecht: Jozefs rok?' *NTB*, afl. 1: 1-4.
- Koning, P.J.M., en N.U.N. van den Heuvel-Kien. 2000. *Formeel Mededingingsrecht: bestuursrechtelijke aspecten van uitvoering en handhaving van de Mededingingswet*. Den Haag: Elsevier Bedrijfsinformatie.
- Koopmans, T. 1986. 'Judicial Decision-Making.' In *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in Honour of Lord Mackenzie-Stuart*, 93-104. Trenton Publishing.
- . 1987. 'The Role of Law in the Next Stage of European Integration.' *ICLQ*, 35, no. 4: 925-31.
- . 1991. 'European Public Law: Reality and Prospects.' *Public Law*, Spr: 53-63.
- . 1992. 'Towards a New "Ius Commune".' In *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, edited by B. de Witte and C. Forder, 43-52. Deventer: Kluwer.
- . 1999. *Drie typen van rechtsvinding (G.J. Wiarda): Nabeschouwing*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- . 2000 a. 'General Principles of Law in European and National Systems of Law: A Comparative View.' In *General Principles of European Community Law: Reports*

- from a Conference in Malmö, 1999, edited by U. Bernitz and J. Nergelius, 25-56. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- . 2000 b. 'The Theory of Interpretation and the Court of Justice.' In *Judicial Review in European Union Law: Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, edited by D. O'Keefe, 45-59. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- Korsten, L.E.J. 2006. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 13 juli 2006, Mobiele Operatoren.' *M&M*, afl. 7: 224-30.
- Korsten, L.E.J., en P.J. Kreijger. 2003. '2002: het vijfde jaar Nederlandse concentratiecontrole.' *M&M*, afl. 3: 75-91.
- Korsten, L.E.J., M.A. Langmann, en M. van Wanroij. 2004. 'Kroniek Concentratiecontrole 2003.' *M&M*, afl. 3: 93-111.
- Kortmann, C.A.J.M. 2005. *Constitutioneel recht*. Deventer: Kluwer.
- Kranenburg, H.R. 2002. 'Colas Est e.a. tegen Frankrijk, Appl. Nr. 37971/97.' *M&M*, afl. 7: 239-43.
- Kreijger, P.J. 2004. 'Naming and Shaming. Paal en perk aan het persbeleid van de NMa?' *M&M*, afl. 3: 112-17.
- Van Kreveld, J.H. 1983. *Beleidsregels in het recht (Diss. Groningen)*. Deventer: Kluwer.
- Krygier, M. 1986. 'Law as Tradition.' *Law and Philosophy*, 5, no. 2: 237-62.
- Kuik, K. 2007. 'Treatment of Horizontal Agreements: The Quest for Legal Certainty. The EC Competition Law Approach to Horizontal Co-Operation Agreements.' In *EC Competition Law: A Critical Assessment*, edited by G. Amato and C.D. Ehlermann. Portland: Hart Publishing.
- Kuipers, A.J. 1996. 'Het recht op "full jurisdiction".' In *De Awb-mens: boeman of underdog? Opstellen aangeboden aan Leo Damen*, R.L. Vucsán (red.), 97-112. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Kuhnert, K. 2006. 'Bosphorus – Double Standards in European Human Rights Protection?' *Utrecht Law Review*, 2, no. 2: 177-89.
- Kummeling, H.R.B.M. 2000. 'Het primaat van de politiek en bestuur.' In *Het primaat van de politiek. Staatsrechtconferentie 1999*, 25-42. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink
- Van 't Lam, V. 2007. 'Het belanghebbendebegrip en de onderdelenfuijk in het milieurecht: recente ontwikkelingen.' *StAB*, afl. 2: 9-13.
- Langbein, J. 1985. 'The German Advantage in Civil Procedure.' *U.Chi.Rev.*, 52: 823.
- De Lange, R., B.J.G Leeuw en P.A.M. Mevis. 2009. *Grondwet en het recht op een eerlijk proces. Algemene verkenning en uitwerking voor het strafrecht*. Alphen aan de Rijn: Kluwer.
- Lasok, K.P.E., and T. Millet. 2004. *Judicial Control in the EU: Procedures and Principles*. Richmond: Richmond Law & Tax Ltd.
- Lavrijssen, S.A.C.M. 2004. 'De rol van de Nederlandse administratieve rechter bij het toezicht op de mededinging.' *SEW*, 52, afl. 1: 18-37.
- . 2006. *Onafhankelijke Mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- . 2009. 'More Intensive Judicial Review of Dutch NRAs; Vice or Virtue?' In *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, edited by S.C.M. Lavrijssen, O.F. Essens, and A. Gerbrandy. Groningen: Europa Law Publishing.
- Law, D.S. 2008. 'A Theory of Judicial Power and Judicial Review.' *Georgetown Law Journal*, 97, no. 3, 2009; *San Diego Legal Studies Paper No. 08-013*; *Washington U. School of Law Working Paper No. 08-10-03*.  
Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=1112613>.

- Leefflang, F.J. 2001. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 16 mei 2001, KNMD.' *M&M*, afl. 6: 227-30.
- Leefflang, F.J. 2002. 'Annotatie bij CBb 27 september 2002, Essent Zuid B.V. en EDON Groep B.V.' *AM*, afl. 9: 171-74.
- Leefflang, F.J., en K.J.M. Mortelmans. 2001. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 20 september 2000, Wegener.' *Mediaforum*, afl. 1: 20-33.
- . 2002. 'Annotatie bij CBb 5 december 2001, Wegener.' *Mediaforum*, afl. 4: 131-45.
- Legal, H. 2005. 'Standards of Proof and Standards of Judicial Review in EU Competition Law.' In *Fordham Corporate Law Institute*, edited by B.E. Hawk, 107-15. New York: Juris Publishing Inc.
- Legrand, P. 1996. 'European Legal Systems are not Converging.' *ICLQ*, 45, no. 1: 52-81.
- Leiter, B. 2008. 'In Praise of Realism (and Against "Nonsense" Jurisprudence).' Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=1113461>.
- Lenaerts, K. 2003. 'Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law.' *ICLQ*, 52, no. 4: 873-906.
- . 2007. 'The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union.' *CMLR*, 44, no. 6: 1625-59.
- Lenaerts, K., en D. Arts. 2003. *Europees Procesrecht*. Antwerpen/Apeldoorn: Maklu.
- Lenaerts, K., and T. Corthaut. 2006. 'Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law.' *ELRev*, 31, no. 3: 287-315.
- Lenaerts, K., and J. Vanhamme. 1997. 'Procedural Rights of Privat Parties in the Community Administrative Proces.' *CMLR*, 34, no. 3: 531-69.
- Lenos, E.E.V. 1998. *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid*. Lelystad: Uitgeverij Koninklijke Vermande.
- Lévêque, F. 2007. 'UK Tractors, Paris Luxury Hotels and French Mobile Telephony Operators: Are All Oligopoly Information Exchanges Bad for Competition?' *World Competition*, 30, no. 2: 231-41.
- Levinas, E. 1987. *Het menselijk gelaat*. Baarn: Ambo.
- Levitt, M. 1997. 'Access to the File: The Commission's Administrative Procedures in Cases under Articles 85 and 86.' *CMLR*, 34, no. 6: 1413-44.
- Loos, M.B.M. 2003. 'Oneerlijke bedingen en wettelijke vervaltermijnen: ruime uitleg van Océano bevestigd.' *NTER*, afl. 3: 71-74.
- Loozen, E.M.H. 2002. 'Het begrip mededingingsbeperking nader beschouwd.' *M&M*, afl. 1: 11-17.
- . 2006. 'Annotatie bij Secon en G-Star/NMa, CBb 7 december 2005.' *M&M*, afl. 3: 88-92.
- Lorenz, W. 1964. 'General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities.' *Am. J. Comp. L.*, 13, no. 12: 1-29.
- Louveaux, B., and P. Gilbert. 2005. 'The Standard of Proof under the Competition Act.' *ECLR*, 26, no. 3: 173-77.
- Lugard, P., and L. Hancher. 2004. 'Honey, I Shrunk the Article! A Critical Assessment of the Commission's Notice on Article 81 (3) of the EC Treaty.' *ECLR*, 25, no. 7: 410-20.
- Lyons, C. 2000. 'Flexibility and the European Court of Justice.' In *Constitutional Change in the EU: From Uniformity To Flexibility?*, edited by G. De Búrca and J. Scott, 95-112. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.
- Maduro, M.P. 1998. *We, the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*. Oxford: Hart Publishing.

- Mahler, R. 2001. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 21 juni 2001, Essent.' *AM*, afl. 6: 156-63.
- Majone, G. 2005. *Dilemma's of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*. Oxford: Oxford University Press.
- Van Male, R.M. 1992. 'Enkele aspecten van het begrip belanghebbende in de Algemene wet bestuursrecht.' In *De Belanghebbende*. VAR-Reeks 108, 13-87. Alphen aan de Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink.
- . 2004. 'De eigenheid van het bestuursprocesrecht: bakens die verzet worden.' *NTB*, afl. 3: 84-85.
- Manzini, P. 2002. 'The European Rule of Reason – Crossing the Sea of Doubt.' *ECLR*, 23, no. 8: 392-99.
- Marchetti, B., and R. Caranta. 2009. 'Judicial Review of Regulatory Decisions in Italy: Changing the Formula and Keeping the Substance.' In *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, edited by S.C.M. Lavrijssen, O.F. Essens, and A. Gerbrandy. Groningen: Europa Law Publishing.
- Maris, C.W., en F.C.L.M. Jacobs. 2003. *Rechtsvinding en de grondslagen van het recht*. Assen: Koninklijke Van Gorcum.
- Marquis, M. 2007. 'O2 (Germany) v Commission and the Exotic Mysteries of Article 81 (1) EC.' *ELRev*, 32, no. 1: 29-47.
- Marseille, A.T. 2000. 'Snelle en effectieve beslechting van bestuursrechtelijke geschillen in Nederland en Duitsland.' *Bestuurswetenschappen*, 54, afl. 5: 375-93.
- . 2004. *Effectiviteit van bestuursrechtspraak*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Martínez López-Muniz, J.L. 1992. 'Vers un Droit Administratif Commun Européen.' In *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, edited by B. de Witte and C. Forder, 149-60. Deventer: Kluwer.
- Mattli, W., and A-M. Slaughter. 1998. 'The Role of National Courts in the Process of European Integration: Accounting for Judicial Preferences and Constraints.' In *The European Court and the National Courts – Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in Its Social Context*, edited by A-M. Slaughter, A. Stone Sweet, and J.H.H. Weiler, 253-76. Oxford: Hart Publishing.
- McGregor, L. 2001. 'The Future for the Control of Oligopolies Following Compagnie Maritime Belge.' *ECLR*, 22, no. 10: 434-42.
- McKendrick, J. 2000. 'Modifying Procedural Autonomy: Better Protection for Community Rights.' *European Review of Private Law*, 4: 565-87.
- Meij, A.W.H. 1993. 'Doorwerking van het gemeenschapsrecht in de economische bestuursrechtspraak.' In *Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland*, J.A.E. Vervaele (red.), 123-35. Deventer: Kluwer.
- . 2009. 'Judicial Review in the EC Courts: Tetra Laval and beyond.' In *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, edited by S.C.M. Lavrijssen, O.F. Essens, and A. Gerbrandy. Groningen: Europa Law Publishing.
- Merryman, J.H. 1981. 'On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law.' *Stan. J. Int'l L.*, 17: 357-88.
- Mertens de Wilmars. 1980. 'L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales.' In *Remedies in Breach of Community Law: Fide 1980*. Londen: Fide.
- Mertens, H-J. 1997. 'Lex Mercatoria: A Self-Applying System beyond National Law?' In *Global Law Without a State*, edited by G. Teubner, 31-45. Aldershot: Dartmouth.

- Mertikopoulou, V. 2007. 'DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 of the EC Treaty to Exclusionary Abuses: The Proposed Economic Reform from a Legal Point of View.' *ECLR*, 28, no. 4: 241-51.
- Mertus, J., and E. Breier-Sharlow. 2003-2004. 'Power, Legal Transplants and Harmonization.' *U. Det. Mercy L. Rev.*, 81: 477-88.
- Metaxas, G., and H. Armengod. 2005. 'EC Merger Regulation and the Status of Ancillary Restrictions: Evolution of the Commission's Policy.' *ECLR*, 26, no. 9: 500-06.
- Van der Meulen, B.M.J. 1999 a. 'Besluiten van toezichthouders?' *M&M*, afl. 3/4: 125-26.
- . 1999 b. 'Bestuursrechtelijke keuzen ten aanzien van de toepassing van de Mededingingswet.' *M&M*, afl. 1: 19-28.
- . 1999 c. 'NMa – Voodoo?' *M&M*, afl. 6: 189-95.
- . 2000 a. 'Belangenafweging.' *M&M*, afl. 5: 196-98.
- . 2000 b. 'De vierde tranche. Relevantie voor het Mededingingsrecht van aanhangige en voorgestelde wijzigingen in de Algemene wet bestuursrecht.' *SEW*, 48, afl. 12: 439-44.
- . 2003. 'Balans van een verstandshuwelijk.' *M&M*, afl. 4: 121-124.
- . 2005. 'Maidenspeech en laatste woord, marginale toetsing is een illusie.' *M&M*, afl. 6: 151-63.
- Meuwissen, D.H.M. 2002. *Capita selecta van rechtsfilosofie*. Groningen: University Press.
- Michiels, F.C.M.A. 1995. *Bestuursrechtelijke handhaving in ontwikkeling*, VAR-reeks. Den Haag: VUGA.
- . 2004 a. 'Annotatie bij Afdeling Bestuursrechtspraak RvS, 25 juni 2003.' *AB* 2004/5.
- . 2004 b. 'Annotatie bij Voorzitter Afdeling bestuursrechtspraak RvS 18 augustus 2004.' *AB* 2004/424.
- Van Miert, K. 1993. 'A Frontier Free Europe.'
- Mistelis, L.A. 2000. 'Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform – Some Fundamental Observations.' *Int'l L.*, 34: 1055-70.
- Mok, M.R. 2002. 'Annotatie bij Wegener-VNU, CBb 5 december 2001.' *SEW*, 50, afl. 11: 422-28.
- . 2005. 'Kartelverbod en openbare orde; a contrario.' *M&M*, afl. 7: 234-37.
- . 2007. 'Annotatie bij Hof van Justitie 7 juni 2007, gev. zaken C-222-225/05, Van der Weerd.' *NJ* 2007/391.
- . 2008. 'Mededingingswet weer gewijzigd.' *SEW*, 56, afl. 6: 226-35.
- Monti, G. 2002. 'Article 81 EC and Public Policy.' *CMLR*, 39, no. 5: 1057-99.
- . 2007 a. *EC Competition Law*. Cambridge/Massachusetts: Cambridge University Press.
- . 2007 b. 'Merger Defences.' In *EC Competition Law: A Critical Assessment*, edited by G. Amato and C.D. Ehlermann, 519-48. Portland: Hart Publishing.
- De Moor-van Vugt, A.J.C. 1993. 'Hobbels bij de rechtshandhaving. De rol van algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij handhaving van het gemeenschapsrecht.' In *Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland*, J.A.E. Vervaele (red.), 83-105. Deventer: Kluwer.
- . 2003. 'Annotatie bij Hof van Justitie, 10 april 2003, zaak C-276/01, Steffensen.' *AB* 2003/310.
- . 2005. 'Annotatie bij Hof van Justitie, 13 januari 2005, zaak C-174/02, Streekgewest Noord-Brabant.' *AB* 2005/118.
- De Moor-van Vugt, A.J.C en J.C.A. de Poorter. 2004. 'Annotatie bij Hof van Justitie, 11 september 2003, zaak C-13/01, Safalero.' *AB* 2004/18.

- More, G. 1999. 'The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?' In *The Evolution of European Law*, edited by P. Craig and G. De Búrca, 517-54. Oxford: Oxford University Press.
- Mortelmans, K.J.M. 1993. 'De toepassing en handhaving van het gemeenschapsrecht door het nationaal bestuursrecht.' in *Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland*, J.A.E. Vervaele (red.), 5-16. Deventer: Kluwer.
- . 1996. 'De aansluiting van de ontwerp-Mededingingswet bij het EG-mededingingsrecht: symbiose en osmose.' In *Markt en Wet*, R.A.J. van Gestel en Ph. Eijlander (red.), 79-134. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- . 1997. 'Reregulation of Dutch Competition Law Under the Influence of EC Competition Law: A Brussels Horse Enters the Dutch Polders.' Paper presented at 'Institutions, Markets and (Economic) Performance'.
- Mortelmans, K.J.M., en E.M.H. Loozen. 1999. 'Mededinging in de kanaaltunnel? De Europese Commissie is ontspoord!' *AA*, 48, no. 3: 177-93.
- Muller, M.R. 2006. 'De toetsing van de inlichtingen- inzage- en administratieverplichtingen.' *Weekblad Fiscaal Recht*, 6687: 1105-12.
- De Munnik, N.J.M., 2007. 'Geen ambtshalve toepassing van Europees recht.' *NTER*, afl. 11: 246-52.
- De Muynck, Y.E. 2001. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 21 juni 2001, Essent.' *AM*, afl. 2: 41-45.
- . 2002. 'Annotatie bij CBb 5 december 2001, Wegener.' *AM*, afl. 1: 33-35.
- Navarro Varona, E. 2005. *Merger Control in the European Union: Law, Economics and Practice*. Oxford: Oxford University Press.
- Nazzini, R. 2006 a. 'Article 81 EC between Time Present and Time Past: A Normative Critique of "Restriction of Competition" in EU Law.' *CMLR*, 43, no. 2: 497-536.
- . 2006 b. 'The Wood Began to Move: An Essay on Consumer Welfare, Evidence and Burden of Proof in Article 82 Cases.' *ECLR*, 31, no. 4: 518-39.
- Nebbia, P. 2008. 'Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence.' *ELRev*, 33, no. 1: 23-43.
- Nehl, H.P. 1999. *Principles of Administrative Procedure in EC Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Neuwahl, N.A. 1996. 'Article 173 par 4: Past, Present and Possible Future.' *ELRev*, 21, no. 1: 17-31.
- Nicholson, M., S. Cardell, and B. McKenna. 2005. 'The Scope of Review of Merger Decisions Under Community Law.' *European Competition Journal*, March 2005: 123-53.
- Nicolaidis, P. 2005. 'The Balancing Myth: The Economics of Article 81 (1) & (3).' *LJoEI*, 32, no. 2: 123-34.
- Nijs, B.A. 2003. 'Annotatie bij Snitjer: voorzieningerechter van de rechtbank Rotterdam, 24 december 2002.' *AM*, 2: 37-40.
- . 2004 a. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 8 juni 2004, BasisMedia/NMa.' *AM*, afl. 7: 155-58.
- . 2004 b. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 8 november 2004, NAP/NMa.' *AM*, afl. 10: 221-24.
- . 2007. 'De positie van de Consumentenbond als belanghebbende'. *AM*, afl. 9: 167-69.
- Noë, S.B. 1999. 'Annotatie bij president rechtbank 17 december 1998, MKB (Vendex & KBB).' *M&M*, afl. 1: 31-6.
- Nolte, G. 1994. 'General Principles of German and European Administrative Law. A Comparison in Historical Perspective.' *Modern Law Review*, 57: 191-212.



- Nordsjo, A. 2006. 'Regulation 1/2003: Power of the Commission to Accept Interim Measures.' *ECLR*, 27, no. 6: 199-308.
- Odudu, O. 2001 a. 'Interpreting Article 81 (1): Object as Subjective Intention.' *ELRev*, 26, no. 1: 60-75.
- 2001 b. 'Interpreting Article 81 (1): Demonstrating Restrictive Effect.' *ELRev*, 26, no. 3: 261-74.
- 2001 c. 'Interpreting Article 81(1): The Object Requirement Revisited.' *ELRev*, 26, no. 4: 379-90.
- 2002 a. 'Article 81(3), Discretion and Direct Effect.' *ECLR*, 23, no. 1: 17-25.
- 2002 b. 'A New Economic Approach to Article 81 (1)?' *ELRev*, 27: 100-05.
- OECD. 2006. 'Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement.' Background Note by the Secretariat. Global Forum on Competition.
- O'Keefe, S. 2003. 'Gerecht laatdunkend over concentratieanalyse Commissie. Enige beschouwingen over de zaken Schneider/Legrand en Tetra Laval/Sidel.' *SEW*, 51, afl. 6: 212-20.
- Oldenziel, H.A. 1998. *Wetgeving en rechtszekerheid (Diss. Groningen)*. Deventer: Kluwer.
- Van Ommeren, F.J. 2003. 'De rechtsstaat als toetsingskader.' In *De rechtsstaat als toetsingskader*, F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), 7-22. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Oosterhuis, G. 2007. 'Manfredi: respect voor deze rechter!' *NTER*, afl. 3: 33-39.
- Van Orshoven, P. 1995. 'Spanning tussen norm en normdoel. Een voorbeeld uit het administratieve contentieux.' In *De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen.*, 19-44. Deurne: Kluwer Rechtswetenschappen België.
- Ortlep, R., en M. Verhoeven. 2007. 'Annotatie bij CBb, 9 november 2006.' *AB* 2007/67.
- Osti, C. 1994. 'Information Exchanges in the Obscure Light of Woodpulp.' *ECLR*, 15, no. 3: 176-82.
- Ott, A. 2005. 'The "Principle" of Differentiation in an Enlarged European Union; Unity in Diversity?' In *The Constitution for Europe and an Enlarging Union: Unity in Diversity?* edited by K. Ingliss and A. Ott, 105-34. Groningen: Europa Law Publishing.
- Ottervanger, T.R., en I. Veldhuis. 2005. 'Annotatie bij Hof van Justitie, 15 februari 2005, zaak C-12/03 P, Tetra Laval II.' *M&M*, afl. 4/5: 152-57.
- Ottow, A.T. 1999. 'De obstakels voor het indienen van een klacht bij de NMa.' *M&M*, afl. 1: 5-9.
- 2006. *Telecommunicatietoezicht. De invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht (Diss. UvA Amsterdam)*. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- 2009 'Observations on economic proof in economic cases'. In *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, edited by S.C.M. Lavrijssen, O.F. Essens, and A. Gerbrandy. Groningen: Europa Law Publishing.
- Ottow, A.T en E. Doing Bierens. 2008. 'Enige contouren van het economisch bewijsrecht', *JB plus*, 170.
- O'Connor, K.J. 2002-2003. 'Federalist Lessons for International Antitrust Convergence.' *Antitrust L.J.*, 70: 413-42.
- Page, W.H. 2005. 'The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law.' *Issues in Competition Law and Policy*, Vol. 1, No. 1, ABA Section of Antitrust Law, 2008. Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=692821>.
- Parret, L.Y.J.M. 2001. 'Annotatie bij Bayer/Commissie.' *M&M*, afl. 1: 30-34.

- 2004. 'Annotatie bij Bundesverband der Arzneimittel-Importeure/Bayer.' *M&M*, afl. 4: 147-52.
- 2005. 'Judicial Protection After Modernisation of Competition Law.' *LJoEI*, 32, no. 4: 339-68.
- 2008. 'Sense and Nonsense of Rules of Proof in Cartel Cases.' In TILEC Discussion Paper, vol. DP 2008-004, Tilburg University.
- Patrick Glenn, H. 2007. 'Legal Systems, Legal Traditions and Legal Education.' In *Enculturing Law. New Agendas for Legal Pedagogy*, edited by M. John and S. Kakarala, 49-58. New Delhi: Tulika Books.
- Peeters, M.G.W.M. 2006. 'Het voorzorgsbeginsel en de rechtsvormende taak voor de (Nederlandse) bestuursrechter.' In *Het bestuursrecht beschermd. Liber Amicorum F.A.M. Stroink*, A.W. Heringa, A.M.L. Jansen, E.C.H.J. van der Linden, en L.F.M. Verhey (red.), 185-98. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Pieters, G.F. 1996. 'De bewijspositie van partijen in het bestuursprocesrecht.' *NTB*, afl. 2: 41-52.
- Pijetlovic, K. 2004. 'Reform of EC Antitrust Enforcement: Criticism of the New System is Highly Exaggerated.' *ECLR*, 25, no. 6: 356-69.
- Platteau, K. 2006. 'Nogmaals over conglomerale concentraties, bewijslast en rechterlijke toetsing. Enkele juridische kanttekeningen bij het arrest General Electric/Commissie.' *M&M*, afl. 2: 51-55.
- Polak, J.E.M. 1999 a. *Burgerlijke rechter of bestuursrechter? De gewenste verdeling van de rechtsmacht bij: regelgeving, schadeveroorzakend overheidshandelen, twee-wegenleer-vragen (Diss. UvA Amsterdam)*. Deventer: Kluwer.
- 1999 b. 'De procesbevoegdheid van collectieven in het bestuursrecht.' *JB-Plus*: 3-14.
- 2000. 'De rechtsbescherming in het bestuursrecht in 2010: naar een poldermodel voor de rechtsbescherming?' *NTB*, afl. 3: 55-59.
- 2003. 'Bestuursrechtelijke kanttekeningen bij de toekomst van de nationale rechtsstaat.' *NTB*, afl. 6: 168-72.
- Polak, J.E.M., K. van Lessen Kloeke, en M.F. van Mersch. 2002. 'Zelf in de zaak voorzien: tussenstand en vooruitblik.' *NTB*, afl. 1: 3-11.
- Polak, J.M. 2003. 'De toekomst van de rechtsbescherming in Nederland: verslag van een studiemiddag.' *NJB*, 78, afl. 20: 1027-28.
- De Poorter, J.C.A. 2000. 'De belanghebbende in het Mededingingsrecht.' *M&M*, afl. 1: 37-40.
- 2001. 'Annotatie bij uitspraken van de rechtbank Rotterdam van 9 augustus 2001 (Postbussen-zaak).' *M&M*, afl. 8: 288-90.
- 2004 a. *De belanghebbende (Diss. Tilburg)*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- 2004 b. 'Ontvankelijkheidskwesaties in de energie- en telecommunicatiesector.' *M&M*, afl. 5: 155-63.
- Popper, K.R. 1963. *Conjectures and Refutations*. London/New York: Routledge Classics.
- Prechal, S. 1997. 'EC Requirements for an Effective Remedy.' In *Remedies for Breach of EC Law*, edited by J. Lonbay and A. Biondi, 3-14. Chichester: John Wiley & Sons Ltd.
- 1998. 'Community Law in National Courts: The Lessons from Van Schijndel.' *CMLR*, 35, no. 3: 681-706.
- 2001 a. 'Ambtshalve toetsen van oneerlijke bedingen door middel van conforme uitleg.' *NTER*, afl. 4: 104-08.
- 2001 b. 'Invloed van het gemeenschapsrecht op het nationale bewijsrecht: een drieluik.' In *Europees bewijsrecht: een verkenning*, S. Prechal en L. Hancker (red.), 175-91. Deventer: Kluwer.

- . 2008. 'Ius Commune: de bijdrage van het Europees recht in negen voorbeelden.' *AA*, 57, afl. 6: 413-20.
- Prechal, S., and R. Widdershoven. 2008. 'The Dutch General Administrative Law Act: Europe-Proof?' *European Public Law*, 14, no. 1: 81-98.
- De Pree, J.K. 1999. 'Het merkbaarheidsbegrip in artikel 6 Mw.' *NTER*, afl. 12: 305-11.
- Prete, L., and A. Nucara. 2005. 'Standard of Proof and Scope of Judicial Review in EC Merger Cases: Everything Clear after Tetra Laval.' *ECLR*, 26, no. 12: 692-704.
- Pront-Van Bommel, S. 2002. *Bestuursrechtspraak. Voorstellen voor modernisering van de bestuursrechtspraak (Diss. UvA Amsterdam)*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- . 2003. 'Rechtsbescherming in geding.' *NTB*, afl. 2: 31-38.
- Radaelli, C.M. 2000. 'Whither Europeanization? Concept Stretching and Substantive Change.' *European Integration online Papers (EIoP)*, Vol. 4, No. 8. Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=302761>.
- . 2004. 'Europeanisation: Solution or Problem?' *European Integration online Papers (EIoP)*, Vol. 8, No. 16. Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=601163>
- Ragolle, F. 2003. 'Schneider Electric v Commission: The CFI's Response to the Green Paper on Merger Review.' *ECLR*, 24, no. 4: 176-81.
- Rasmussen, H. 1988. 'Between Self-Restraint and Activism: A Judicial Policy for the European Court.' *ELRev*, 13, no. 1: 28-38.
- Redactioneel. 2004. 'De niet-calculerende consument.' *M&M*, afl. 5: 153-54.
- Reeves, T., and N. Dodoo. 2005-2006. 'Standards of Proof and Standards of Judicial Review in EU Competition Law.' *Fordham Int'l L. J.*, 29: 1034-67.
- Reich, N. 2007. 'Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights.' *CMLR*, 44, no. 3: 705-42.
- Reitz, J.C. 1989-1990. 'Why We Probably Cannot Adopt the German Advantage in Civil Procedure.' *Iowa L. Rev.*, 75: 987-1010.
- . 2002. 'Doubts About Convergence: Political Economy as an Impediment to Globalization.' *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 12: 139-60.
- Renckens, A. 2007. 'Welfare Standards, Substantive Tests and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense.' *Journal of Competition Law and Economics*, 3, no. 2: 149-79.
- Reumers, M.L.H. 2002. 'Een meer economische aanpak van horizontale mededingingsbeperkingen in de EU?' *M&M*, afl. 8: 255-74.
- De Ridder, J. 2005. 'Niet-juridische voorwaarden voor juridische kwaliteit.' In *Alles in één keer goed*, M. Herweijer, A.T. Marseille, F.M. Noordam, en H.B. Winter (red.), 113-31. Deventer: Kluwer.
- Riesenkampff, A. 2003-2004. 'The New E.C. Merger Control Test Under Article 2 of the Merger Control Regulation.' *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 24: 715-27.
- Rizza, C., and J. Temple Lang. 2002. 'Case Comment on Ste Colas Est v France (37971/97) (Unreported, April 16, 2002) (ECHR).' *ECLR*, 23, no. 8: 413-16.
- Robertson, B. 2007. 'What is a Restriction of Competition? The Implications of the CFI's Judgement in O2 Germany and the Rule of Reason.' *ECLR*, 28, no. 4: 252-63.
- Ruffert. 1997. 'Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View.' *CMLR*, 34: 307-36.
- Sánchez, P.A. 2006. 'Het arrest O2: de rule of reason is dood, leve de rule of reason!' *AM*, afl. 6: 149-52.
- Sanchirico, C.W. 2006. 'The Economic Analysis of Evidence, Procedure, and Litigation.' U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 06-04. Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=877979>.

- Sap, J.W. 2003. 'Het primaat van de politiek in de democratische rechtsstaat.' In *De rechtsstaat als toetsingskader*, F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), 79-106. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Scheltema, M. 1978. 'Beginselen van administratieve rechtspraak.' *RM Themis*, 259-75.
- . 1989. 'De Rechtsstaat.' In *De rechtsstaat herdacht*, J.W.M. Engels, C. Lambers, E. Niemeijer, M. Scheltema, K.F. Schuiling, B.C. Vis, en R.L. Vucsán (red.). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- . 2006. 'De toekomst van de rechtsbescherming.' In *Het bestuursrecht beschermd. Liber Amicorum F.A.M. Stroink*, A.W. Heringa, A.M.L. Jansen, E.C.H.J. van der Linden, en L.F.M. Verhey (red.), 289-96. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Scheltema, M.W., en M. Scheltema. 2003. *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*. Deventer: Kluwer.
- Scheltens, D.F. 1983. 'Het prejuridische subjectieve recht als fundamenteel rechtsbeginsel.' In *Rechtsbeginselen*, 15-32. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Schillemans, K. 2004. 'Aanbevelingen van ondernemersverenigingen en het kartelverbod.' *M&M*, afl. 2: 33-36.
- Schlössels, R.J.N. 2000. 'Annotatie bij Afdeling Bestuursrechtspraak RvS, 13 juni 2000.' *JB* 2000/218.
- . 2001. 'Het belanghebbendebegrip: een blik op de actuele rechtspraak inzake artikel 1:2 lid 1 en 2 Awb.' *JB-Plus*, 101-14.
- . 2003 a. 'Beginselen van behoorlijk bestuur (kroniek).' *NTB*, afl. 7: 246.
- . 2003 b. *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne. Enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrechter (Oratie Nijmegen)*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- . 2004 a. *De belanghebbende*. Deventer: Kluwer.
- . 2004 b. 'Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht.' In *In Beginsel*, R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, H.J.A.M. van Geest, en S. Hillegers (red.), 13-44. Deventer: Kluwer.
- . 2004 c. 'Annotatie bij CBb 20 februari 2004, Shiva.' *JB* 2004/166.
- . 2006 a. 'Annotatie bij Afdeling Bestuursrechtspraak RvS, 23 augustus 2006.' *JB* 2006/291.
- . 2006 b. 'De ondraaglijke lichtheid van het specialiteitsbeginsel.' In *Het bestuursrecht beschermd. Liber Amicorum F.A.M. Stroink*, A.W. Heringa, A.M.L. Jansen, E.C.H.J. van der Linden, en L.F.M. Verhey (red.), 153-70. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- . 2007. 'Annotatie bij CBb, 21 november 2006.' *JB* 2007/64.
- . 2008. 'Annotatie bij Afdeling Bestuursrechtspraak RvS, 1 oktober 2008.' *JB* 2008/239.
- Schlössels, R.J.N., en F.A.M. Stroink. 2006. *Kern van het bestuursrecht*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Schmidt, I.L.O. 2007. 'The Suitability of the More Economic Approach for Competition Policy: Dynamic vs Static Efficiency.' *ECLR*, 28, no. 7: 408-11.
- Schreuder-Vlasblom, M. 1987. *De macht der kritiek: de gedachtenvorming over aard en zin van de rechterlijke beoordeling van bestuursoptreden sedert omstreeks 1815*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- . 1999. 'Annotatie bij Afdeling Bestuursrechtspraak RvS, 19 augustus 1999, Winterbevaarprei.' *AB* 1999/403.
- . 2004. 'Iets kroms, dat verbogen is: het Nederlands bestuursprocesrecht naar de leer van Prof. Tak.' *NTB*, afl. 3: 73-83.
- . 2006. 'Iets kroms dat verbogen is; het Nederlandse bestuursprocesrecht naar de leer van Prof. Tak.' In *Het model Tak: verhoogde rechtsbescherming in het bestuurs-*

- recht?* T. Barkhuysen, W. den Ouden, en Y.E. Schuurmans (red.), 5-32. Alphen aan de Rijn: Kluwer.
- Schueler, B.J. 2003. *Het zand in de machine. Over de noodzaak tot beperking van de rechtsbescherming (Oratie UvA Amsterdam)*. Amsterdam: Vossiuspers.
- Schueler, B.J., J.K. Drewes, F.T. Groenewegen, W.G.A. Hazewindus, A.P. Klap, V.M.Y. van 't Lam, B.K. Olivier, en E.M. Vogelezang-Stoute. 2007. *Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006: definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Schuiling, K.F. 1989. 'Rechtsstaat en vrijheid.' In *De rechtsstaat herdacht*, J.W.M. Engels, C. Lambers, E. Niemeijer, M. Scheltema, K.F. Schuiling, B.C. Vis, en R.L. Vucsan (red.). Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Schuurmans, Y.E. 2003. 'Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 15 november 2002.' *AB* 2003/96.
- . 2005. *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht: zorzuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen (Diss. Leiden)*. Deventer: Kluwer.
- . 2007. 'De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief'. In *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van het EG-recht*, T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), 115-142. Alphen aan den Rijn: Kluwer.
- Schwarze, J. 1996. *Administrative Law under European Influence: on the Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*. Londen: Sweet & Maxwell.
- . 2000 a. 'The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States.' In *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, edited by F. Snyder, 163-82. Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing.
- . 2000 b. 'The Role of the European Court of Justice in Shaping Legal Standards for Administrative Action in the Member States: A Comparative Perspective.' In *Judicial Review in European Union Law, Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, edited by D. O'Keefe, 447-65. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- Schweitzer, H. 2008. *Commitments Decisions Under Art. 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law*. EUI Working Papers, vol. Law 2008/22. Florence: European University Institute, Florence.
- Seita, A.Y. 1997. 'Globalization and the Convergence of Values.' *Cornell Int'l L.J.*, 30: 429-92.
- Shapiro, D.L. 2008. 'The Role of Precedent in Constitutional Adjudication: An Introspection.' *Texas Law Review*, Vol. 86, No. 5, 2008; Harvard Public Law Working Paper No. 08-08. Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=1108440>
- Shaw, J. 2000. *Law of the European Union*. Hampshire: Palgrave.
- De la Sierra, S. 2004. 'Provisional Court Protection in Administrative Disputes in Europe: The Constitutional Status of Interim Measures Deriving from the Right to Effective Court Protection. A Comparative Approach.' *ELRev*, 10, no. 1: 42-60.
- Simon, H.J. 1999. 'Bewijzen in het bestuursrecht.' *JBPlus*, afl. 1: 25-39.
- . 2001. 'De autonomie van het Nederlands staats- en bestuursrecht in het licht van het EVRM.' in *De autonomie van het bestuursrecht*, H. Koning en E.M.J. Crombag (red.), 109-40. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Sinclair, C. 2003. 'Ancillary Restraints Under the Merger Regulation: The Commissions Approach Cast Into Doubt by the Court of First Instance.' *ECLR*, 24, no. 7: 315-20.
- Slaughter, A-M., A. Stone Sweet, and J.H.H. Weiler. 1998. *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*. Oxford: Hart Publishing.

- Slotboom, M.M., en J.J.A. Coumans. 2002. 'Rechtspraak over de Mededingingswet in 2001.' *M&M*, afl. 3: 91-102.
- Smith, E. 1998. 'Give and Take: Cross-Fertilisation of Concepts in Constitutional Law.' In *New Directions in European Public Law*, edited by J. Beatson and T. Tridimas, 101-24. Oxford: Hart Publishing.
- Snellen, I.Th.M. 1987. *Boeiend en geboeid. Ambivalenties en ambities in de bestuurskunde (Oratie Tilburg)*. Alphen aan de Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink.
- Snyder, F. 1993. 'The Effectiveness of European Community Law: Insitutions, Processes, Tools and Techniques.' *Modern Law Review*, 56, no. 19: 19-54.
- Soames, T. 1996. 'An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction Without a Difference.' *ECLR*, 17, no. 1: 24-39.
- Soames, T., and S. Maudhuit. 2005 a. 'Changes in EU Merger Control: Part 1.' *ECLR*, 26, no. 1: 57-64.
- . 2005 b. 'Changes in EU Merger Control: Part 2.' *ECLR*, 26, no. 2: 75-82.
- . 2005 c. 'Changes in EU Merger Control: Part 3.' *ECLR*, 26, no. 3: 144-50.
- Soeteman, A. 1992. 'Ronald Dworkin.' In *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw*, P.B. Cliteur en M.A. Loth (red.). Arnhem: Gouda Quint.
- Sousa Ferro, M. 2005. 'Committing to Commitment Decisions: Unanswered Questions on Article 9 Decisions.' *ECLR*, 26, no. 8: 451-159.
- . 2007. 'Reassessing Borders between Agreements and Unilateral Practices after Case C-74/04 Volkswagen II.' *ECLR*, 28, no. 3: 205-09.
- De Sousa Santos, B., and C.A. Rodríguez-Garavito. 2005. 'Law, Politics, and the Subaltern in Counter-Hegemonic Globalization.' In *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, edited by B. de Sousa Santos and C.A. Rodríguez-Garavito, 1-27. Cambridge: Cambridge University Press.
- Souto Soubrier, L.F. 2007. 'Agreements (Vertical Side). The Concept of an Agreement and Beyond: How to Block Parallel Imports of Pharmaceuticals to Protect the Heart of Competition.' In *EC Competition Law: A Critical Assessment*, edited by G. Amato and C.D. Ehlermann, 81-143. Portland: Hart Publishing.
- Sterling, B. 2003. *Tomorrow Now: Envisioning the Next 50 Years*. New York: Random House.
- Steyger, E. 1996. *Europees recht en het Nederlands bestuursrecht*. VAR-Reeks 116. Alphen aan de Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink.
- . 1999 a. 'Bestuursbevoegdheid in het Europese recht: bron van recht?' In *Uit de school geklapt? Opstellen uit Maastricht*, M. Heldeweg (red.), 229-44. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- . 1999 b. 'De Mededingingswet: allochtone invloed op de Nederlandse rechtsbescherming?' *M&M*, afl. 12: 14-19.
- . 1999 c. 'Spontane harmonisatie van materieel nationaal recht onder invloed van het Europese recht.' *Regelmaat*, afl. 2: 99-108.
- . 2001. 'Verknoopt en verweven: de autonomie van het bestuursrecht ten opzichte van het Europese recht.' In *De autonomie van het bestuursrecht*, H. Koning en E.M.J. Crombag (red.), 155-202. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Stiglitz, J. 2002. *Globalization and Its Discontents*. New York: W.W. Norton & Company.
- Stone Sweet, A. 1998. 'Constitutional Dialogues in the European Community.' In *The European Court and the National Courts – Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in Its Social Context*, edited by A-M. Slaughter, A. Stone Sweet, and J.H.H. Weiler, 305-30. Oxford: Hart Publishing.

- Stone Sweet, A., and M. Mc Cown. 2003. 'Discretion and Precedent in European Law.' In *Judicial Discretion in European Perspective*, edited by O. Wiklund, 84-115. Stockholm: Kluwer Law International en Norstedts Juridik AB.
- Storme, M. 1994. *Approximation of Judiciary Law in the European Union*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers.
- Stroink, F.A.M. 1993. *Rechterlijke organisatie en rechtspraak in beweging*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- . 1999. 'Handhaaf het besluitbegrip als ontvankelijkheidseis.' *JB* 1999/118.
- . 2004. 'Iets over rechtsbeginselen en wat daar op lijkt in het bestuursprocesrecht.' In *In beginsel*, R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, H.J.A.M. van Geest, en S. Hillegers (red.), 129-40. Deventer: Kluwer.
- . 2006. *De groei en bloei van het bestuursrecht*. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Struijlaart, R.A., T. Kroeze, en G.W.A. van de Meent. 2005. 'Kroniek concentratiecontrole 2004.' *M&M*, afl. 4/5: 116-33.
- Stucke, M.E. 2007. 'Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century.' *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 38; University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 12. Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=981530>.
- Stuyck, J. 1995. 'De norm achter de regel in het mededingingsrecht.' In *De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, 83-100. Deurne: Kluwer Rechtswetenschappen België.
- Sunstein, C.R. 2008. 'Beyond Judicial Minimalism.' Harvard Public Law Working Paper No. 08-40; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 237; U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 432; Harvard Law School Program on Risk Regulation Research Paper No. 08-6. Beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=1274200>.
- Svetlicinii, A. 2007. 'Assessment of the Non-Horizontal Mergers: Is There a Chance for the Efficiency Defence in EC Merger Control.' *ECLR*, 28, no. 10: 529-38.
- Szysczak, E.M. 1996. 'Making Europe More Relevant to Its Citizens: Effective Judicial Process.' *ELRev*, 21, no. 50: 351-64.
- Tak, A.Q.C. 2005. *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Tamanaha, B.Z. 2001. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press.
- . 2004. *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Temple Lang, J. 2000. 'The Principle of Effective Protection of Community Law Rights.' In *Judicial Review in European Union Law, Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, edited by D. O'Keefe, 235-74. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- . 2003 a. 'Actions for Declarations That Community Regulations Are Invalid: The Duties of National Courts Under Article 10 EC.' *ELRev*, 28, no. 1: 102-11.
- . 2003 b. 'The AM&S Judgment.' In *A True European, Essays for Judge David Edward*, edited by M. Hoskins and W. Robinson, 153-60. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing
- . 2003 c. 'Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a New Kind of Competition Decision.' *ECLR*, 24, no. 8: 347-356.
- . 2003 d. 'Two Important Merger Regulation Judgments: The Implication of Schneider – Legrand and Tetra Laval-Sidel.' *ECLR*, 28, no. 2: 259-72.
- Teubner, G. 1988. *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: De Gruyter.

- . 1997. *Global Law without a State*. Aldershot: Dartmouth.
- . 2000. 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies.' In *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, edited by F. Snyder, 243-68. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.
- Thym, D. 2006. 'The Political Character of Supranational Differentiation.' *ELRev*, 31, no. 6: 781-99.
- Tiili, V., and J. Vanhamme. 1999. 'The "Power of Appraisal" (Pouvoir d'Appréciation) of the Commission of the European Communities Vis-a-Vis the Powers of Judicial Review of the Communities' Court of Justice and Court of First Instance.' *Fordham Int'l L.J.*, 22: 885.
- Townley, C. 2006. 'Undertakings. The Concept of an "Undertaking": The Boundaries of the Corporation – A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries.' In *EC Competition Law: A Critical Assessment*, edited by G. Amato and C.D. Ehlermann, 3-25. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.
- Tridimas, T. 1996. 'The Court of Justice and Judicial Activism.' *ELRev*, 21, no. 3: 199-210.
- . 2000 a. 'Enforcing Community Rights and Obligations in National Courts: Some Recent Developments.' In *Judicial Review in European Union Law, Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, edited by D. O'Keefe, 465-81. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.
- . 2000 b. 'Enforcing Community Rights in National Courts: Some Recent Developments.' In *The Future of Remedies in Europe*, edited by C. Kilpatrick, T. Novitz, and P. Skidmore, 35-51. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.
- . 2001. 'Liability for Breach of Community Law: Growing Up and Mellowing Down?' *CMLR*, 38, no. 2: 301-38.
- . 2003. 'Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure.' *CMLR*, 40, no. 1: 9-50.
- Usher, J.A. 1998. *General Principles of EC Law*. London/New York: Longman.
- . 2003. 'Direct and Individual Concern – an Effective Remedy or a Conventional Solution.' *ELRev*, 28, no. 5: 575-600.
- VAR-Commissie Rechtsbescherming. 2004. *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Varga C. 1992. 'European Integration and the Uniqueness of National Legal Cultures.' In *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, edited by B. de Witte and C. Forder, 721-34. Deventer: Kluwer.
- Varju, M. 2004. 'The Debate on the Future of the Standing Under Article 230(4) TEC in the European Convention.' *European Public Law*, 10, no. 12: 43-56.
- Vedder, H. 2005. 'Spontaneous Harmonisation of National (Competition) Laws in the Wake of the Modernisation of EC Competition Law.' *The Competition Law Review*, 1, no. 1: 5-21.
- Vedder, S.C. 1995. '(Teil-)Kodifikation Des Verwaltungsverfahrensrechts der EG.' In *Vereinheitlichung Des Verwaltungsverfahrensrecht in der EG*, edited by J. Schwarze and C. Starck, 75. Supplement 1/95 bij Europarecht.
- Verheij, N. 1999 a. 'Van besluit naar vordering?' In *Uit de school geklapt? Opstellen uit Maastricht*, M. Heldeweg (red.), 275-90. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- . 1999 b. 'Annotatie bij Afdeling Bestuursrechtspraak RvS, 22 april 1996.' *AB* 1999/39.
- . 2002. 'Annotatie bij Afdeling Bestuursrechtspraak RvS, 20 februari 2001.' *AB* 2002/29.



- . 2006. 'Uit zuinigheid naar relativiteit. Naar een Schutznormvereiste in het bestuursrecht.' In *Het bestuursrecht beschermd. Liber Amicorum F.A.M. Stroink*, A.W. Heringa, A.M.L. Jansen, E.C.H.J. van der Linden, en L.F.M. Verhey (red.), 99-112. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Verhey, L.F.M., en N. Verheij. 2005. *De macht van de marktmeesters. Markttoezicht in constitutioneel perspectief*. Preadviezen NJV, vol. 135. Deventer: Kluwer.
- VerLoren van Themaat, I.W. 2004. 'De toepassing van het kartelverbod door de NMa in 2003.' *M&M*, afl. 3: 71-92.
- VerLoren van Themaat, I.W., en E.R. Vollebregt. 1999. 'Eén jaar geconsolideerd concentreren in Nederland'. *M&M*, afl. 3: 72-85.
- VerLoren van Themaat, I.W., en F.M. Versteeg. 2003. 'Annotatie bij HBG Civiel B.V. en Hattum & Blankevoort B.V. vs de Staat der Nederlanden (d-g NMa)'. *M&M*, afl. 5: 182-87.
- Vermeulen, E.M. 2001. *Nederlandse rechtsbescherming. Een communautaire context (diss. Tilburg)*. Nijmegen: Koninklijke Universiteit Brabant.
- Verschuuren, J.M. 2003. 'Rechtstreekse werking IPPC-richtlijn en ambsthalfve toetsing.' *NTER*, 5: 124-26.
- 'Verslag Van Een Studiemiddag "Bestuursrecht en Mededingingsrecht".' 1999. *M&M*, afl. 1: 28-32.
- Verweij, J.H. 1997. *De bestuurlijke dwangsom (Diss. UvA Amsterdam)*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Vesterdorf, B. 1994. 'Complaints Concerning Infringements of Competition Law within the Context of European Community Law.' *CMLR*, 31, no. 1: 77-104.
- . 2003. 'Certain Reflections on Recent Judgements Reviewing Commission Merger Control Decisions.' In *A True European: Essays for Judge David Edward*, edited by M. Hoskins and W. Robinson, 117-44. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.
- Vos, S. 2007. 'The Dutch Mobile Operators Case: A Tale of Collusion, Fair Trial and Respect for Private Life.' *ECLR*, 28, no. 1: 63-64.
- Vranken, J.B.M. 1995. *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- De Vries, J. 2005. 'Ondernemersverenigingen en het kartelverbod: prijsaanbevelingen versus kosteninformatie.' *M&M*, afl. 6: 173-78.
- De Vries, Y. 2006. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam 1 juni 2005, Nuon-Reliant.' *M&M*, afl. 5: 156-61.
- De Waard, B.W.N. 1987. *Beginselen van behoorlijke rechtspleging. Met name in het administratief procesrecht*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- . 2006. 'Het verdwenen beginsel. Over feitenvaststelling in het bestuursrecht.' In *Het bestuursrecht beschermd. Liber Amicorum F.A.M. Stroink*, A.W. Heringa, A.M.L. Jansen, E.C.H.J. van der Linden en L.F.M. Verhey (red.), 113-24. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Wade, H.W.R., and C.F. Forsyth. 2004. *Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Van der Wal, G. 2002. 'EHRM: het kantoor als woning.' *NTER*, afl. 7/8: 191-94.
- Van der Wal, G. en L. Parret. 2001. 'Bewijs in het Europees mededingingsregime.' In *Europees bewijsrecht: een verkenning*, S. Prechal en L. Hancher (red.), 65-88. Deventer: Kluwer.
- Walker, N. 2000. 'Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe.' In *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?* edited by G. De Búrca and J. Scott, 9-30. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.

- Ward, A. 2000 a. *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*. Oxford: Oxford University Press.
- 2000 b. 'The Limits of the Uniform Application of Community Law and Effective Judicial Review: A Look Post-Amsterdam.' In *The Future of Remedies in Europe*, edited by C. Kilpatrick, T. Novitz, and P. Skidmore, 213-30. Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing.
- 2007. *Judicial review and the Rights of Private Parties in EC Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ward, I. 1996. *The Margins of European Law*. Basingstoke: McMillan Press.
- Watson, A. 1974. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh: Scottish Academic Press.
- 1976. 'Legal Transplants and Law Reform.' *LQR*, 92: 79-84.
- 1995. 'From Legal Transplants to Legal Formants.' *Am. J. Comp. L.*, 43: 469-76.
- Weiler, J.H.H. 1998. 'Epilogue: The European Courts of Justice: Beyond "Beyond Doctrine" or the Legitimacy Crisis of European Constitutionalism.' In *The European Court and the National Courts. Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in Its Social Context*, edited by A-M. Slaughter, A. Stone Sweet, and J.H.H. Weiler, 365-92. Oxford: Hart Publishing.
- Weitbrecht, A. 2005. 'EU Merger Control in 2004. An Overview.' *ECLR*, 26, no. 2: 67-74.
- 2006. 'EU Merger Control in 2005. An Overview.' *ECLR*, 27, no. 2: 43-50.
- Wenar, L. 2005. 'The Nature of Rights.' *Philosophy & Public Affairs*, 223-52.
- Wesseling, R. 2001. 'The Draft-Regulation Modernising the Competition Rules: The Commission is married to One Idea.' *ELRev.*, 26, no. 4: 357-78.
- 2005. 'Annotatie bij rechtbank Rotterdam, Uneto-VNI.' *M&M*, afl. 2: 60-62.
- Wesseling, R., E.J. Offers, en J. Mulder. 2007. 'De toepassing van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet door de NMa in 2006.' *M&M*, afl. 7: 196-203.
- Wessely, T.W. 2001. 'Case Comment: Case C-229/92 P, Commission v Anic, C-199/92 P Hüls v. Commission, Case C-235/92 P, Montecatini v. Commission; Judgments of 8 July 1999 (Together: Polypropylene Appeal Cases).' *CMLR*, 38, no. 3: 739-65.
- WRR 20002. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid. *De toekomst van de Nationale rechtsstaat*. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Whish, R. 2005. *Competition Law*. Londen: Butterworths.
- Whish, R., and B. Sufrin. 1988. 'Article 85 and the Rule of Reason.' *Yearbook of European Law*, 7: 1-38.
- Whittaker, S. 2006. 'The Terminologies of Civil Protection: Rights, Remedies and Procedures.' In *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, edited by B. Pozzo and V. Jacometti, 47-60. Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International.
- Wiarda, G.J. 1988. *Drie typen van rechtsvinding*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Widdershoven, R.J.G.M. 1996. *Europees recht en het Nederlands bestuursrecht*. VAR-Reeks 116. Alphen aan de Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink.
- 2001. 'Nationaal bestuursrecht in de Europese rechtsorde.' In *De autonomie van het bestuursrecht*, H. Koning en E.M.J. Crombag (red.), 203-24. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- 2003. 'Annotatie bij Hof van Justitie, zaak C-276/01, Steffensen.' *AB* 2003/310.
- 2005. 'The Principle of Loyal Cooperation. Lawmaking by the European Court of Justice and the Dutch Courts.' In *Judicial Lawmaking and Administrative Law*, edited by F. Stroink and E. van der Linden, 3-56. Antwerpen/Oxford: Intersentia.
- 2006 a. 'De Europese rol van de nationale rechter: rechtsbeschermer of controleur?' In *Het bestuursrecht beschermd. Liber Amicorum F.A.M. Stroink*, A.W. Heringa,

- A.M.L. Jansen, E.C.H.J. van der Linden en L.F.M. Verhey (red.), 57-70. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- 2006 b. ‘Annotatie bij Hof van Justitie, gev. zaken C-295/04 t/m C-298/04, Manfredi.’ *AB* 2006/404.
  - 2006 c. ‘Annotatie bij Hof van Justitie, zaak C-274/04, Man Sugar.’ *AB* 2006/204.
  - 2007. ‘Annotatie bij Hof van Justitie, gev. zaken C-222 t/m C-225/05, Van der Weerd.’ *AB* 2007/228.
  - 2008 a. ‘Annotatie bij Hof van Justitie, zaak C-55/06, Arcor AG.’ *AB* 2008/326.
  - 2008 b. ‘Annotatie bij Hof van Justitie, zaak C-450/06, Varec.’ *AB* 2008/341.
- Widdershoven, R.J.G.M., and R. de Lange. 1996. ‘Dutch Report.’ In *Administrative Law under European Influence*, edited by J. Schwarze, 529-656. Baden-Baden: Sweet & Maxwell.
- Widdershoven, R.J.G.M. and M.W.A. Schimmel. 2009. ‘Judicial Review after Tetra Laval – Some observations from a European administrative law point of view’. In *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, edited by S.C.M. Lavrijssen, O.F. Essens, and A. Gerbrandy. Groningen: Europa Law Publishing.
- Widdershoven, R.J.G.M., M.J.M. Verhoeven, S. Prechal, A.P.W. Duikersloot, J.W. van de Gronden, B. Hessel, en R. Ortlep. 2007. *De Europese agenda van de Awb. Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Van Wijk, H.D., W. Konijnenbelt, en R.M. van Male. 2002. *Hoofdstukken van bestuursrecht*. Den Haag: Elsevier juridisch
- 2008. *Hoofdstukken van bestuursrecht*. Den Haag: Elsevier juridisch.
- Van Wijngaarden, I. 2005. ‘Openbaarheid van gegevens: regel of uitzondering?’ *AM*, afl. 3: 59-61.
- Wiklund, O. 2003. ‘Taking the World View of the European Judge Seriously – Some Reflections on the Role of Ideology in Adjudication.’ In *Judicial Discretion in European Perspective*, edited by O. Wiklund, 29-47. Stockholm: Kluwer Law International en Norstedts Juridik AB.
- Willis, P.R. 2001. “‘You Have the Right to Remain Silent...’ or Do You? The Privilege Against Self-Incrimination Following Mannesmannrohren-Werke and Other Recent Decisions.’ *ECLR*, 22, no. 8: 313-21.
- Wils, W.P.J. 2006. ‘Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-Law.’ *World Competition*, 29, no. 1: 3-24.
- Wilsher, D. 2007. ‘Achieving Better Decision-Making in Competition Enforcement Cases: A Public Law Perspective on the Role of the Executive and the Courts.’ *World Competition*, 30, no. 2: 263-89.
- Winter, J.A. 2000. ‘Zwijgrecht in Het Europees Kartelrecht.’ In *Onrechtmatig verkregen bewijs*, H.J.R. Kaptein (red.), 109-22. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Wirtz, M.S. 2006. *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht (Diss. Utrecht)*, Deventer: Kluwer.
- De Witte, B. 1998. ‘Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition.’ In *The European Court and the National Courts – Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in Its Social Context*, edited by A-M. Slaughter, A. Stone Sweet, and J.H.H. Weiler, 277-304. Oxford: Hart Publishing.
- 2000. ‘Institutionele beginselen van gemeenschapsrecht.’ In *Liber Amicorum Walter van Gerven*, H. Cousy, E. Dirix, S. Sijns, J. Stuyck, en D. van Gerven (red.), 25-41. Deurne: Kluwer.

- De Witte, B., and C. Forder. 1992. *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*. Deventer: Kluwer.
- Wodz, B. 2000. 'Comfort Letters and Other Informal Letters in EC Competition Proceedings – Why is the Story Not Over?' *ECLR*, 21, no. 3: 159-69.
- Van Woensel, A.M. 2003. 'De positie van de rechter in de nationale rechtsstaat.' *NJB*, 78, afl. 11, 569-71.
- Woldring, H.E.S. 2003. 'Filosofische reflectie op beginselen van de rechtsstaat.' In *De rechtsstaat als toetsingskader*, F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), 23-42. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Van der Woude, M. 1998. 'De procedure voor de NMa: "zeker geen Europese kloon".' *M&M*, afl. 3: 84-90.
- Wright, K. 2007. 'Perfect Symmetry? Impala v Commission and Standard of Proof in Mergers.' *ELRev*, 32, no. 3: 408-18.
- Zijlstra, S.E. 1997. *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat*. Den Haag: VUGA.
- 2003 a. 'De toekomst van de rechtsbescherming. Het concept-rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming kritisch besproken.' *NTB*, afl. 6: 158-67.
- 2003 b. 'Rechtsbescherming en de kwaliteit van het overheidsbestuur. De gevolgen van recente ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht en het interbestuurlijk toezicht voor het stelsel van rechtmatigheidscontrole op overheidshandelen, bezien in het licht van de beginselen van de rechtsstaat.' In *De rechtsstaat als toetsingskader*, F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), 269-82. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- 2004. 'Weg met de zelfstandige bestuursorganen?' *NJB*, 79, afl. 38: 1980-86.
- Zijlstra, S.E., en F.J. van Ommeren. 2003. 'Slotbeschouwing: De rechtsstaat als toetsingskader.' In *De rechtsstaat als toetsingskader*, F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), 301-20. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Zoethout, C.M. 2003. 'Wat is de rechtsstaat?' In *De rechtsstaat als toetsingskader*, F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), 55-78. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Zwart, J. 1983. 'Woord vooraf.' In *Rechtsbeginselen*, G.J. Scholten, D.F. Scheltens, en H.J. van Eikema Hommes (red.), V-VIII. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

## Verkort aangehaalde documenten

### EG/EU

#### Verordeningen

- Verordening 26/62, EEG Raad Verordening Nr. 26 inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten (landbouwverordening), Pb. EU 30 van 20.4.1962, p. 993-994
- Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 19 juni 1991, Pb. EU 1991, L 176, p. 7-32
- Verordening 2790/1999/EG van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (verordening verticalen), Pb. EU 1999, L 336, p. 21-25
- Verordening 1049/2001/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (Eurowob), Pb. EU 2001, L 145, p. 43-48
- 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, Pb. EU 2003, L 1, p. 1-25
- Verordening 139/2004/EG van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (Concentratieverordening), Pb. EU 2004, L 24, p. 1-22
- Verordening 802/2004/EG van de Commissie van 7 april 2004 tot uitvoering van Verordening 139/2004/EG van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EU 2004, L 133, blz. 1-39
- Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. EU 2004, L 123, p. 18-24

#### Bekendmakingen/Mededelingen/Richtsnoeren

- Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, Pb. EU 1997, C 372, p. 5-13
- Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'concentratie' in Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EU 1998, C 66, p. 5-13
- Bekendmaking van de Commissie - Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (richtsnoeren verticalen), Pb. EU 2000, C 291, p. 1-44
- Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (richtsnoeren horizontalen), Pb. EU 2001, C 3, p. 2-30
- Bekendmaking van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van concentraties (bekendmaking nevenrestricties), Pb. EU 2001, C 188, p. 5-10

- Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (De minimis bekendmaking), Pb. EU 2001, C 368, p. 13-15
- Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (richtsnoeren horizontale fusies), Pb. EU 2004, C 31, p. 5-18
- Mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. EU 2004, C 101, p. 65-77
- Mededeling van de Commissie over informeel advies betreffende nieuwe vragen met betrekking tot de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven), Pb. EU 2004, C 101, p. 78-80
- Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, Pb. EU 2004, C 101, p. 97-118
- Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening 139/2004/EG betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EU 2008, C 95, p. 1-48
- 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 (Commissie richtsnoeren remedies), Pb. EU 2008, C 267, p. 1-27

## Nederland

### **Wetgeving, kamerstukken, formeel gepubliceerde besluiten, brochures en richtsnoeren van de NMa**

- Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet (2007-wetswijziging), Staatsblad 2007, nr. 284, uitgegeven 16 augustus 2007
- Kamerstukken II, 1995-1996, 24707, nr. 3, Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet 1998
- Kamerstukken II, 2003-2004, 29276, Wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-verordeningen 1/2003 en 139/2004
- Kamerstukken II, 2005-2006, 30071, Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet
- Kamerstukken II, 2005-2006, 30654, Wijziging van de Wet ammoniak en veehouderij
- Kamerstukken II, 2007-2008, 31055, Toezicht op mededinging door de NMa
- Kamerstukken II, 2007-2008, 24036, Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit
- Besluit gegevensverstrekking Mededingingswet, Staatsblad 2006, 664
- Besluit vaststelling formuleren Mededingingswet 2007, besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 18 september 2007, Staatscourant nr. 187, p. 33
- Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, Nederlandse Mededingingsautoriteit, Staatscourant van 7 april 2005, gewijzigd 21 april 2008, Staatscourant nr. 77, blz. 14
- NMa Uitvoeringsregel verkorte afdoening 2008, besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 2 september 2008, Staatscourant nr. 172, p. 18-20

Brochure bevoegdheden van de NMa november 2005

(te vinden op: <http://www.nmanet.nl>)

Brochure klachten, tips, signalen en besluitaanvragen, NMa maart 2007

(te vinden op: <http://www.nmanet.nl>)

Richtsnoeren Remedies 2007, richtsnoeren voor de inhoud, indiening en tenuitvoerlegging van remedies bij concentraties, zoals vastgesteld door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op 21 september 2007 (te vinden op: <http://www.nmanet.nl>)

Spelregels bij concentratiezaken 2004, 15 juli 2004 (ondertussen herzien en opnieuw vastgesteld op 9 januari 2009, zoals gewijzigd op 31 maart 2009, te vinden op: <http://www.nmanet.nl>)





## Jurisprudentie

### EHRM

21 februari 1975, Golder/Verenigd Koninkrijk, NJ 1975/462, m.nt. Alkema	45
9 oktober 1979, Airey/Ierland, NJ 1980/376, m.nt. Alkema	46
23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere/België, NJ 1982/602, m.nt. Alkema	48
20 november 1989, Kostovki/Nederland, NJ 1990/245, m.nt. EEA	94
19 december 1989, Kamasinski/Oostenrijk, NJ 1994/26, m.nt. EEA	301
16 december 1992, De Gouffre de la Pradelle/Frankrijk, NJCM Bulletin 1993, p. 330, m.nt. Van der Velde	48
25 februari 1993, Funke/Frankrijk, NJ 1993/485, m.nt. Kan	282, 304
19 juli 1995, Kerorjärvi/Finland, ECHR, Series A, vol. 332	308
17 december 1996, Saunders/Verenigd Koninkrijk, NJ 1997/699, m.nt. Kan	282, 304
18 maart 1997, Mantovanelli/Frankrijk, JB 1997/112, m.nt. Heringa	93, 96, 282
11 januari 2001, Platakou/Griekenland, EHCR 2001/17, m.nt. Heringa	48
3 mei 2001, J.B./Zwitserland, NJ 2003/354, m.nt. Sch	93, 282, 298, 304
16 april 2002, Colas Est/Frankrijk, NJ 2003/452, m.nt. EJD	303
28 juni 2005, Zednik/Tsjechië, EHRC 2 005/94, m.nt. Fernhout	48
30 juni 2005, Bosphorus/Ierland, CMLR 43: 243-254; AB 2006/ 273, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik	13, 54, 55, 74, 109, 129, 274, 301, 310, 316, 483, 484
24 mei 2006, Liakpoulou/Griekenland, AB 2006/257, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik	48
29 juni 2007, O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk, AB 2008/234, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik	47, 251, 304
5 februari 2009, Kokkelvisserij/Nederland, Application no. 13645/05	13

### Hof van Justitie EG

Zaak 1/54, <i>Frankrijk/Hoge Autoriteit</i> , 21 december 1954, Nederlandse uitgave, p. 00007	109
Gev. zaken 16 en 17/62, <i>Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a./Raad (Fruit en Groente)</i> , 14 december 1962, Nederlandse uitgave, p. 00943	204
Zaak 25/62, <i>Plaumann/Commissie</i> , 15 juli 1963, Nederlandse uitgave, 00207	140, 150
Zaak 26/62, <i>Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen</i> , 5 februari 1963, Nederlandse uitgave, p. 00003	12, 26
Zaak 6/64, <i>Costa/Enel</i> , 15 juli 1964, Nederlandse uitgave, p. 01203	26

Gev. zaken 56 en 58/64, <i>Consten en Grundig/Commissie</i> , 13 juli 1966, Jur. 1966, p. 00450	122, 217, 230
Zaak 56/65, <i>Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm</i> , 30 juni 1966, Jur. 1966, p. 00392	230, 231
Gev. zaken 10 en 18/68, <i>Società Eridania Zuccherifici/Commissie</i> , 10 december 1969, Jur. 1969, p. 00459	142, 146
Zaak 5/69, <i>Völk/Vervaecke</i> , 9 juli 1969, Jur. 1969, p. 00295	177, 278
Zaak 41/69, <i>ACF Chemiefarma N.V./Commissie</i> , 15 juli 1970, Jur. 1970, p. 00661	225
Zaak 48/69, <i>ICI/Commissie</i> , 14 juli 1972, Jur. 1972, p. 00619	227, 229, 238
Zaak 4/73, <i>Nold KG/Commissie</i> , 4 mei 1974, Jur. 1974, p. 00491	106
Gev. zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, <i>Suiker Unie e.a./ Commissie</i> , 16 december 1975, Jur. 1975, p. 01663	227, 229
Zaak 146/73, <i>Rheinmühlen Düsseldorf/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel</i> , 12 februari 1974, Jur. 1974, p. 00139	39
Zaak 26/76, <i>Metro/Commissie (Metro I)</i> , 25 oktober 1977, Jur. 1977, p. 01875	153, 219, 405
Zaak 33/76, <i>Rewe-Zentralfinanz en Rewe-Zentral AG/Landwirt- schaftskammer für das Saarland</i> , 16 december 1976, Jur. 1976, p. 01989	18, 22, 26
Zaak 45/76, <i>Comet BV/Produktschap voor Siergewassen</i> , 16 december 1976, Jur. 1976, p. 02043	18, 22, 26
Zaak 19/77, <i>Miller/Commissie</i> , 1 februari 1978, Jur. 1987, p. 00131	259
Gev. zaken 209-215 en 218/78, <i>Heintz van Landewyck SARL/Com- missie (Fedetab)</i> , 19 oktober 1980, Jur. 1980, p. 03125	225, 226, 238
Gev. zaken 253/78 en 1-3/79, <i>Procureur van de Republiek e.a./Bruno Giry en Guerlain SA e.a. (Guerlain)</i> , 10 juli 1980, Jur. 1980, p. 02327	197
Zaak 258/78, <i>Nungesser/Commissie</i> , 8 juni 1982, Jur. 1982, p. 02015	219
Zaak 136/79, <i>National Panasonic/Commissie</i> , 26 juni 1980, Jur. 1980, p. 02033	186, 303
Zaak 138/79, <i>Roquette/Raad</i> , 29 oktober 1980, Jur. 1980, p. 03333	117
Zaak 155/79, <i>AM&amp;S Europe/Commissie</i> , 18 mei 1982, Jur. 1982, p. 01575	186, 300
Zaak 792/79 R, <i>Camera Care/Commissie</i> , 17 januari 1980, Jur. 1980, p. 00119	184
Zaak 172/80, <i>Züchner/Bayerische Vereinsbank</i> , 14 juli 1981, Jur. 1981, p. 02021	227
Zaak 182/80, <i>Gauff/Commissie</i> , 4 maart 1982, Jur. 1982, p. 00799	174
Zaak 60/81, <i>IBM/Commissie</i> , 11 november 1981, Jur. 1981, p. 02639	174, 197
Zaak 210/81, <i>Demo Studio Schmidt</i> , 11 oktober 1983, Jur. 1983, p. 03045	389, 398, 405, 406
Zaak 86/82, <i>Hasselblad/Commissie</i> , 21 februari 1984, Jur. 1984, p. 00883	226
Zaak 199/82, <i>Amministrazione delle finanze dello Stato/San Giorgio</i> , 9 november 1983, Jur. 1983 p. 03595	39, 40, 89
Gev. zaken 228 en 229/82 R, <i>Ford/Commissie</i> , 29 september 1982, Jur. 1982 p. 03091	184
Gev. zaken 228 en 229/82, <i>Ford/Commissie</i> , 28 februari 1984, Jur. 1984, p. 01129	184

Gev. zaken 29 en 30/83, <i>CRAM en Rheinzink/Commissie</i> , 28 maart 1984, Jur. 1984, p. 01679	230
Zaak 298/83, <i>Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes/Commissie (CICCE)</i> , 28 maart 1985, Jur. 1985, p. 01105	177, 423
Zaak 103/83, <i>Usinor/Commission</i> , 11 oktober 1984, Jur. 1984, p. 03483	253
Zaak 42/84, <i>Remia/Commissie</i> , 11 juli 1985, Jur. 1985, p. 02545	114, 117, 118, 122, 219
Zaak 75/84, <i>Metro/Commissie (Metro II)</i> , 22 oktober 1986, Jur. 1986, p. 03021	154
Gev. zaken 142 en 156/84, <i>British American Tobacco Company en Reynolds/Commissie</i> , 17 november 1987, Jur. 1987, p. 04487	122, 302, 409, 429
Zaak 161/84, <i>Pronuptia</i> , 28 januari 1986, Jur. 1986, p. 00353	219
Zaak 222/84, <i>Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary</i> , 15 mei 1986, Jur. 1986, p. 01651	39
Zaak 5/85, <i>Akzo Chemie/Commissie (Akzo I)</i> , 23 september 1986, Jur. 1986, p. 02585	186, 224
Zaak 45/85, <i>Verband der Sachversicherer/Commissie</i> , 27 januari 1987, Jur. 1987, p. 00405	224
Zaak 53/85, <i>Akzo Chemie/Commissie</i> , 24 juni 1986, Jur. 1986, p. 01965	174, 191, 192
Gev. zaken 89, 104, 114, 116, 117 en 125-129/85, <i>A. Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie (Houtslip I)</i> , 27 september 1988, Jur. 1988, p. 05193	222, 268
Gev. zaken 89, 104, 114, 116, 117 en 125-129/85, <i>A. Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie (Houtslip II)</i> , 31 maart 1993, Jur. 1993, p. I-01307	374
Zaak 118/85, <i>Commissie/Italië</i> , 16 juni 1987, Jur. 1987, p. 02599	256
Zaak 314/85, <i>Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost</i> , 22 oktober 1987, Jur. 1987, p. 04199	317
Zaak C-62/86, <i>Akzo/Commissie</i> , 3 juli 1991, Jur. 1991, p. I-03359	306
Zaak 222/86, <i>Unectef/Heylens</i> , 15 oktober 1987, Jur. 1987, p. 04097	39
Zaak 246/86, <i>Belasco e.a./Commissie</i> , 11 juli 1989, Jur. 1989, p. 02117	238
Gev. zaken 46/87 en 227/88, <i>Hoechst/Commissie</i> , 21 september 1989, Jur. 1989, p. 02859	186
Zaak C-277/87, <i>Sandoz Prodotti Farmaceuti/Commissie</i> , 11 januari 1990, Jur. 1990, p. I-00045	225, 226, 258
Zaak 374/87, <i>Orkem/Commissie</i> , 18 oktober 1989, Jur. 1989, p. 03283	106
Zaak 109/88, <i>Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, optredende voor Danfoss (Danfoss)</i> , 17 oktober 1989, Jur. 1989, p. 03199	89
Gev. zaken C-92 en 143/89, <i>Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG/Hauptzollamt Itzehoe en Zuckerfabrik Soest GmbH/Hauptzollamt Paderborn</i> , 21 februari 1991, Jur. 1991, p. I-00415	18
Zaak C-106/89, <i>Marleasing/Comercial Internacional de Alimentación</i> , 13 november 1990, Jur. 1994, p. I-00419	18

Zaak C-213/89, <i>The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (Factortame I)</i> , 19 juni 1990, Jur. 1990, p. I-02433	18, 25, 39
Zaak C-340/89, <i>Vlassopoulou/Ministerium für Justiz, Bundes- u. Europaangelegenheiten Baden-Württemberg</i> , 7 mei 1991, Jur. 1991, p. I-02357	39
Gev. zaken C-6 en 9/90, <i>Francovich en Bonifaci</i> , 19 november 1991, Jur. 1991, p. I-05357	18, 40
Zaak C-41/90, <i>Höfner en Elser/Macrotron</i> , 23 april 1991, Jur. 1991, p. I-01979	215
Gev. zaken C-87-89/90, <i>A. Verholen e.a./Sociale Verzekeringsbank Amsterdam</i> , 11 juli 1991, Jur. 1991, p. I-03757	40
Zaak C-208/90, <i>Emmott/Minister for Social Welfare and Attorney General</i> , 25 juli 1991, Jur. 1991, p. I-04269	39
Zaak C-269/90, <i>Technische Universität München/Hauptzollamt München-Mitte (TUM)</i> , 21 november 1991, Jur. 1991, p. I-05469	117, 120, 124, 290
Zaak C-97/91, <i>Oleificio Borelli/Commissie</i> , 3 december 1992, Jur. 1992, p. I-06313	32, 173
Zaak C-185/91, <i>Bundesanstalt für den Güterfernverkehr/Reiff</i> , 17 november 1993, Jur. 1993, p. I-05801	224
Zaak C-225/91, <i>Matra/Commissie</i> , 15 juni 1993, Jur. 1993, p. I-03203	429
Zaak C-338/91, <i>Steenhorst-Neerings/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen</i> , 27 oktober 1993, Jur. 1993, p. I-05475	39
Zaak C-36/92 P, <i>SEP/Commissie</i> , 19 mei 1994, Jur. 1994, p. I-01911	192
Zaak C-49/92 P, <i>Commissie/Anic Partecipazioni</i> , 8 juli 1999, Jur. 1999, p. I-04125	227, 255, 271
Zaak C-51/92 P, <i>Hercules Chemicals/Commissie</i> , 8 juli 1999, Jur. 1999, p. I-04235	238
Zaak C-137/92 P, <i>Commissie/BASF e.a.</i> , 15 juni 1994, Jur. 1994, p. I-02555	238
Zaak C-199/92 P, <i>Hüls AG/Commissie (Polypropyleen)</i> , 8 juli 1999, Jur. 1999, p. I-04287	227, 271
Zaak C-227/92 P, <i>Hoechst/Commissie</i> , 8 juli 1999, Jur. 1999, p. I-04443	303
Zaak C-250/92, <i>Göttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger/Dansk Landbrugs Grovareselskab</i> , 15 december 1994, Jur. 1994, p. I-05641	219, 230
Zaak C-364/92, <i>SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol</i> , 19 januari 1994, Jur. 1994, p. I-00043	215, 256
Zaak C-410/92, <i>Johnson/Chief Adjudication Officer</i> , 6 december 1994, Jur. 1994, p. I-05483	39
Zaak C-39/93 P, <i>Syndicat Français de l'Express international, DHL International SA, Service Crie-LFAL SA en May Courier International SARL/Commissie (SFEI)</i> , 16 juni 1994, Jur. 1994, p. I-02681	189
Gev. zaken C-46 en 48/93, <i>Brasserie du Pêcheur SA/Bundesrepublik Deutschland en The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a. (Factortame III)</i> , 5 maart 1996, Jur. 1996, p. I-01029	18, 40

Zaak C-128/93, <i>Fisscher/Voorhuis Hengelo en Stichting Bedrijfs- pensioenfonds voor de Detailhandel</i> , 28 september 1994, Jur. 1994, p. I-04583	40
Zaak C-312/93, <i>Peterbroeck, Van Campenhout en Cie/België</i> , 14 december 1995, Jur. 1995, p. I-04599	40
Zaak C-399/93, <i>Oude Luttikhuis e.a./Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco</i> , 12 december 1995, Jur. 1995, p. I-04515	230
Gev. zaken C-430 en 431/93, <i>Jeroen van Schijndel en Johannes Nicolaas Cornelis van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten</i> , 14 december 1995, Jur. 1995, p. I-04705	40
Zaak C-479/93, <i>Francovich/Italië</i> , 9 november 1995, Jur. 1995, p. I-03843	26
Zaak C-5/94, <i>The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas (Ireland)</i> , 23 mei 1996, Jur. 1996, p. I-02553	18
Gev. zaken C-68/94 en C-30/95, <i>Franse Republiek en Société com- merciale des potasses et de l'azote (SCPA) en Entreprise minière et chimique (EMC)/Commissie (Kali &amp; Salz)</i> , 31 maart 1998, Jur. 1998, p. I-01375	114, 118, 122, 350, 360, 370, 379
Gev. zaken C-178, 179, 188, 189 en 190/94, <i>Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula en Trosten Knor/Duitsland</i> , 8 oktober 1996, Jur. 1996, p. I-04845	18
Zaak C-7/95 P, <i>John Deere/Commissie</i> , 28 mei 1998, Jur. 1998, p. I-03111	116, 174, 407
Zaak C-28/95, <i>Leur-Bloem/Inspecteur der Belastingdienst</i> , Jur. 1997, p. I-04161	68, 69, 70, 73, 472
Zaak C-42/95, <i>Siemens AG/Henry Nold</i> , 19 november 1996, Jur. 1996, p. I-06017	47
Zaak C-57/95, <i>Frankrijk/Commissie</i> , 20 maart 1997, Jur. 1997, p. I-01627	174
Zaak C-185/95 P, <i>Baustahlgewebe/Commissie</i> , 17 december 1998, Jur. 1998, p. I-08417	255
Gev. zaken C-192-218/95, <i>Société Comateb, Société Panigua, Société Edouard et fils, Société de distribution de vins et liqueurs, Eta- blissements André Haan, Société Diffusion générale de quincail- lerie, Société Diffusion générale, Société Cama Renault, Scp Ovide et Dorville, Société Ducros Guadeloupe, Société Comptoir commercial Caraïbes, Société Giafa, Société LVS, Société Cathe- rine et Jean-Claude Tabar Nouval, Société L'Heure et L'Or, Société Général bazar bricolage, Société Grain d'or, Société Cash Service, Etablissements Efira, Société Farandole, Société Carat, Société Rio, Société guadeloupéenne de distribution moderne, Martinique automobiles SA, Socovi SARL, Etablis- sements Gabriel Vangour et Cie, Simat Guadeloupe SARL/Directeur général des douanes et droits indirects (Comateb)</i> , 14 januari 1997, Jur. 1997, p. I-00165	39
Zaak C-242/95, <i>GT-Link/de Danske Stadsbaner</i> , 17 juli 1997, Jur. 1997, p. I-04449	39
Zaak C-261/95, <i>Palmisani/INPS</i> , 10 juli 1997, Jur. 1997, p. I-04025	29

Zaak C-282/95 P, <i>Guérin Automobiles/Commissie</i> , 18 maart 1997, Jur. 1997, p. I-01503	178, 398, 400, 405
Zaak C-286/95 P, <i>Commissie/ Imperial Chemical Industries plc (ICI)</i> , 6 april 2000, Jur. 2000, I-02341	298
Gev. zaken C-359 en 379/95 P, <i>Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing</i> , 11 november 1997, Jur. 1997, p. I-06265	244
Zaak C-367/95 P, <i>Commissie/Sytraval en Brink's France</i> , 2 april 1998, Jur. 1998, p. I-01719	407, 23
Zaak C-228/96, <i>Aprile Srl/Amministrazione delle Finanze dello Stato</i> , 17 november 1998, Jur. 1998, p. I-07141	29
Zaak C-231/96, <i>Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis)/Ministero delle Finanze</i> , 15 september 1998, Jur. 1998, p. I-04951	29
Zaak C-326/96, <i>Levez/Jennings Ltd.</i> , 1 december 1998, Jur. 1998, p. I-07835	29, 40
Zaak C-403/96 P, <i>Glencore Grain/Commissie</i> , 5 mei 1998, Jur. 1998, p. I-02405	153
Zaak C-119/97 P, <i>UFEX e.a./Commissie</i> , 4 maart 1999, Jur. 1999, p. I-01341	397, 398, 405, 425, 426
Zaak C-265/97 P, <i>VBA/Florimex e.a. (Bloemenveiling Aalsmeer)</i> , 30 maart 2000, Jur. 2000, p. I-02061	246
Zaak C-83/98 P, <i>Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie</i> , 16 mei 2000, Jur. 2000, p. I-03271	117, 120
Gev. zaken C-240-244/98, <i>Océano Grupo Editorial and Salvat Editores</i> , 27 juni 2000, Jur. 2000, p. I-04941	31, 273
Zaak C-237/98 P, <i>Dorsch Consult/Raad en Commissie</i> , 16 juni 2000, Jur. 2000, p. I-04549	93
Zaak C-282/98 P, <i>Enso Española/Commissie</i> , 16 november 2000, Jur. 2000, p. I-09817	110
Zaak C-297/98 P, <i>SCA Holding/Commissie</i> , 18 mei 2000, Jur. 2000, p. I-10101	134
Zaak C-344/98, <i>Masterfoods en HB</i> , 16 mei 2000, Jur. 2000, p. I-11369	129, 318, 319, 384, 452
Zaak C-449/98 P, <i>IECC/Commissie</i> , 17 mei 2001, Jur. 2001, p. I-03947	397, 405, 408, 425, 426
Zaak C-35/99, <i>Arduino</i> , 19 februari 2002, Jur. 2002, p. I-01529	224
Zaak C-309/99, <i>Wouters e.a.</i> , 19 februari 2002, Jur. 2002, p. I-01577	215, 223
Zaak C-453/99, <i>Courage en Crehan</i> , 20 september 2001, Jur. 2001, p. I-06297	18, 27, 30, 32, 40
Zaak C-50/00 P, <i>Unión de Pequeños Agricultores/Raad (UPA)</i> , 25 juli 2002, Jur. 2002, p. I-06677	141, 150
Zaak C-94/00, <i>Roquette Frères</i> , 22 oktober 2002, Jur. 2002, p. I-09011	106, 303
Zaak C-137/00, <i>Milk Marque en National Farmers' Union</i> , 9 september 2003, Jur. 2003, p. I-07975	246, 247
Gev. zaken C-204, 205, 211, 213, 217 en C-219/00 P, <i>Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA, en Cementir - Cementerie del Tirreno SpA/Commissie (Aalborg)</i> , 7 januari 2004, Jur. 2004, p. I-00123	117, 118, 122, 270, 271, 291

Zaak C-253/00, <i>Muñoz and Superior Fruticola</i> , 17 september 2002, Jur. 2002, p. I-07289	18
Zaak C-473/00, <i>Cofidis</i> , 21 november 2002, Jur. 2002, p. I-10875	31
Gev. zaken C-2 en 3/01 P, <i>Bundesverband der Arzneimittel-Importeure/Bayer &amp; Commissie (Adalat)</i> , 6 januari 2004, Jur. 2004, p. I-00023	225, 226, 227, 258
Zaak C-13/01, <i>Safalero</i> , 11 september 2003, Jur. 2003, p. I-08679	18, 155
Zaak C-198/01, <i>CIF</i> , 9 september 2003, Jur. 2003, p. I-08055	10
Gev. zaken C-264, 306, 354/01 en C-355/02, <i>AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen eV, Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft en See-Krankenkasse tegen Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani &amp; Co., Mundipharma GmbH, Gödecke GmbH en Intersan, Institut für pharmazeutische und klinische Forschung GmbH</i> , 16 maart 2004, Jur. 2004, p. I-02493	215, 216
Zaak C-276/01, <i>Joachim Steffensen</i> , 10 april 2003, Jur. 2003, p. I-03735	34, 93, 282
Zaak C-141/02 P, <i>Commissie/Max Mobil (T-Mobile Austria GmbH)</i> , 22 februari 2005, Jur. 2005, p. I-01283	141
Zaak C-174/02, <i>Streekgewest Noord-Brabant</i> , 13 januari 2005, Jur. 2005, p. I-00085	138
Zaak C-442/02, <i>CaixaBank France</i> , 5 oktober 2004, Jur. 2004, p. I-08961	151
Zaak C-12/03 P, <i>Commissie/Tetra Laval</i> , 15 februari 2005, Jur. 2005, p. I-00987	87, 90, 91, 118, 119, 121, 122, 123, 124, 338, 358, 360, 369, 372, 373, 376
Zaak C-295-298/04, <i>Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito tegen Fondiaria Sai SpA en Nicolò Tricarico en Pasqualina Murgolo tegen Assitalia SpA.</i> , 13 juli 2006, Jur. 2006, p. I-06619	33, 40
Zaak C-347/04, <i>Rewe Zentralfinanz</i> , 29 maart 2007, Jur. 2007, p. I-02647	39, 40
Zaak C-28/05, <i>Dokter e.a.</i> , 15 juni 2006, Jur. 2006, p. I-05431	47
Zaak C-119/05, <i>Lucchini</i> , 18 juli 2007, Jur. 2007, p. I-06199	40
Zaak C-168/05, <i>Mostaza Claro</i> , 26 oktober 2006, Jur. 2006, p. I-10421	31, 273
Gev. zaken C-222-225/05, <i>Van der Weerd e.a.</i> , 7 juni 2007, Jur. 2007, p. I-04233	40, 273
Zaak C-238/05, <i>Asnef Aequifax</i> , 23 november 2006, Jur. 2006, p. I-11125	238
Zaak C-429/05, <i>Rampion en Godard</i> , 4 oktober 2007, Jur. 2007, p. I-08017	273
Zaak C-432/05, <i>Unibet</i> , 13 maart 2007, Jur. 2007, p. I-02271	18, 23, 27, 29, 30, 39, 40

Zaak C-55/06, <i>Arcor AG</i> , 24 april 2008, Jur. 2008, p. I-02931	39, 89, 103, 137, 168
Zaak C-202/06 P, <i>Cementbouw Handel &amp; Industrie/Commissie</i> , 18 december 2007, Jur. 2007, p. I-12129	329, 379
Zaak C-268/06, <i>Impact</i> , 15 april 2008, Jur. 2008, p. I-02483	39, 203, 465
Zaak C-450/06, <i>Varec</i> , 14 februari 2008, Jur. 2008, p. I-00581	34, 309
Zaak C-209/07, <i>Beef Industry and Development en Barry Brothers</i> , 20 november 2008, n.n.g.	215, 217, 219, 229, 232, 259, 281
Zaak C-425/07 P, <i>AEPI/Elliniki Etairia pors Prostasian tis Pnevmatikis Idioktisias EA/Commissie</i> , 23 april 2009, n.n.g.	418
Zaak C-8/08, <i>Mobiele Operators</i> , nog niet gewezen	234, 272, 472
<b>Gerecht van Eerste Aanleg EG</b>	
Zaak T-1/89, <i>Rhône Poulenc/Commissie (Polypropyleen)</i> 24 oktober 1991, Jur. 1991, p. II-00867	252, 268
Zaak T-3/89, <i>Atochem/Commissie</i> , 24 oktober 1991, Jur. 1991, p. II-01177	270
Zaak T-64/89, <i>Automec/Commissie (Automec I)</i> , 10 juli 1990, Jur. 1990, p. II-00367	107, 398
Zaak T-113/89, <i>Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie 'Nefarma' en Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf/Commissie (Nefarma)</i> , 13 december 1990, Jur. 1990, p. II-00797	200
Zaak T-116/89, <i>Vereniging Prodifarma e.a./Commissie</i> , 13 december 1990, Jur. 1990, p. II-00843	200
Zaak T-148/89, <i>Trefilunion/Commissie</i> , 6 april 1995, Jur. 1995, p. II-01063	301
Zaak T-24/90, <i>Automec/Commissie (Automec II)</i> , 18 september 1992, Jur. 1992, p. II-02223	178, 390, 397, 405, 407, 425, 426
Zaak T-39/90, <i>SEP/Commissie</i> , 12 december 1991, Jur. 1991, p. II-01497	187
Zaak T-44/90, <i>La Cinq/Commissie</i> , 24 januari 1992, Jur. 1992, p. II-00001	184, 290
Zaak T-7/92, <i>Asia Motor France e.a./Commissie</i> , 29 juni 1993, Jur. 1993, p. II-00669	399, 407, 413, 419, 429, 430
Gev. zaken T-10-12 en 15/92, <i>Cimenteries CBR e.a./Commissie</i> , 18 december 1992, Jur. 1992, p. II-02667	106, 110, 123, 188, 228, 289
Zaak T-29/92, <i>SPO e.a./Commissie</i> , 21 februari 1995, Jur. 1995, p. II-00289	118, 122, 238
Zaak T-37/92, <i>BEUC en NCC/Commissie (BEUC)</i> , 18 mei 1994, Jur. 1994, p. II-00285	163, 397, 418, 426, 427
Gev. zaken T-39 en 40/92, <i>Groupement des cartes bancaires 'CB' and Europay International/Commissie</i> , 23 februari 1994, Jur. 1994, p. II-00049	122
Gev. zaken T-70 en 71/92, <i>Florimex en VGB/Commissie (Bloemen- veiling Aalsmeer)</i> , 14 mei 1997, Jur. 1997, p. II-00693	246
Zaak T-77/92, <i>Parker Pen/Commissie</i> , 14 juli 1994, Jur. 1994, p. II-00549	418, 425



Zaak T-102/92, <i>VIHO/Commissie</i> , 12 januari 1995, Jur. 1995, p. II-00017	407
Zaak T-114/92, <i>BEMIM/Commissie</i> , 24 januari 1995, Jur. 1995, p. II-00147	163, 426
Zaak T-3/93, <i>Air France/Commissie</i> , 24 maart 1994, Jur. 1994, p. II-00121	182, 331
Zaak T-12/93 R, <i>CCE Vittel/Commissie</i> , 2 april 1993, Jur. 1993, p. II-00449	164
Gev. zaken T-528, 542, 543 en 546/93, <i>Métropole télévision SA en Reti Televisive Italiane SpA en Gestevisión Telecinco SA en Antena 3 de Televisión/Commissie (Métropole)</i> , Jur. 1996, p. II-00649	123, 142, 146, 290, 291
Zaak T-575/93, <i>Koelman/Commissie</i> , 9 januari 1996, Jur. 1996, p. II-00001	418, 421
Zaak T-77/94, <i>VGB e.a./Commissie (Vereniging Groothandelaren van Bloemenveilingen)</i> , 14 mei 1997, Jur. 1997, p. II-00759	400
Zaak T-95/94, <i>Sytraval and Brink's France/Commission</i> , 28 septem- ber 1995, Jur. 1995, p. II-02651	422, 426
Zaak T-290/94, <i>Kaysersberg SA./Commissie</i> , 27 november 1997, Jur. 1997, p. II-02137	379
Zaak T-314/94, <i>Moritz J. Weig/Commissie</i> , 14 mei 1998, Jur. 1998, p. II-01241	228
Gev. zaken T-374, 375, 384 en 388/94, <i>European Nights Services e.a./ Commissie (ENS)</i> , 15 september 1998, Jur.1998, p. II-03141	123, 219, 242
Gev. zaken T-25, 26, 30-32, 34-39, 42-46, 48, 50-65, 68-71, 87, 88, 103 en 104/95, <i>Cimenteries CBR e.a./Commissie</i> , 15 maart 2000, Jur. 2000, p. II-00491	110, 123, 188, 228, 289, 306
Zaak T-86/95, <i>Compagnie Générale Maritime e.a./Commissie</i> , 28 februari 2002, Jur. 2002, p. II-01011	298, 302
Gev. zaken T-133 en 204/95, <i>IECC/Commissie</i> , 16 september 1998, Jur. 1998, p. II-03645	179
Zaak T-221/95, <i>Endemoll/Commissie</i> , 28 april 1999, Jur. 1999, p. II-01299	370
Zaak T-41/96, <i>Bayer AG/Commissie</i> , 26 oktober 2000, Jur. 2000, p. II-03383	225, 290
Zaak T-86/96, <i>ADLU/Commissie</i> , 11 februari 1999, Jur. 1999, p. II-00179	146
Zaak T-87/96, <i>Assicura zioni Generali Spa en Unicredito Spa/Com- missie</i> , 4 maart 1999, Jur. 1999, p. II-00203	182
Zaak T-90/96, <i>Peugeot/Commissie</i> , 2 mei 1997, Jur. 1997, p. II-00663	183, 189
Zaak T-102/96, <i>Gencor/Commissie</i> , 25 maart 1999, Jur. 1999, p. II-00753	114, 118, 192
Gev. zaken T-125 en 127/97, <i>Coca Cola/Commissie</i> , 22 maart 2000, Jur. 2000, p. II-01733	198
Zaak T-112/98, <i>Mannesmannröhren-Werke AG/Commission</i> , 20 februari 2001, Jur. 2001, p. II-00729	188, 306
Zaak T-9/99, <i>HFB e.a./Commissie</i> , 20 maart 2002, Jur. 2002, p. II-01487	238
Zaak T-23/99, <i>LRAF 1998/Commissie</i> , 20 maart 2002, Jur. 2002, p. II-01705	226

Zaak T-61/99, <i>Adriatica di Navigazione/Commissie</i> , 11 december 2003, Jur. 2003, p. II-05349	228
Zaak T-62/99, <i>Sodima/Commissie</i> , 14 februari 2001, Jur. 2001, p. II-00655	405, 423, 425, 426, 427
Zaak T-112/99, <i>Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom en Télévision française 1 SA (TF1)/Commissie (Métropole M6)</i> , 18 september 2001, Jur. 2001, p. II-02459	87, 216, 218, 219, 241, 242, 399, 405, 407, 413, 426
Zaak T-342/99, <i>Airtours/Commissie</i> , 28 juni 2004, Jur. 2004, p. II-01785	114, 360
Zaak T-5/00, <i>Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groot-handel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie (FEG &amp; Naveg)</i> , 14 december 2000, Jur. 2000, p. II-04121	263, 264
Zaak T-224/00, <i>Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie</i> , Jur. 2003, II-02597	134
Zaak T-251/00, <i>Lagardère/Commissie</i> , 20 november 2002, Jur. 2002, p. II-04825	331, 379
Zaak T-342/00, <i>Petrolessence en SG2R/Commission</i> , 3 april 2003, Jur. 2003, p. II-1161	124
Zaak T-168/01, <i>GlaxoSmithKline/Commissie (GSK)</i> , 27 september 2006, Jur. 2006, p. II-02969	148, 216
Zaak T-177/01, <i>Jégo-Quééré/Commissie</i> , 3 mei 2002, Jur. 2002, p. II-02365	141
Zaak T-210/01, <i>General Electric/Commissie</i> , 14 december 2005, Jur. 2005, p. II-05575	148, 216, 218, 230, 231, 240, 260, 263, 264, 267, 280
Gev. zaken T-213 en 214/01, <i>Österreichische Postsparkasse/Commissie</i> , 11 september 2003, Jur. 2006, p. II-01601	148, 151, 155, 156, 160, 161, 170, 216, 416
Gev. zaken T-236, 239, 244-246, 251 en 252/01, <i>Tokai Carbon/Commissie</i> , 29 april 2004, Jur. 2004, p. II-01181	134
Zaak T-310/01, <i>Schneider Electric/Commissie</i> , 22 oktober 2002, Jur. 2002, p. II-4071	123
Zaak T-325/01, <i>Daimler Chrysler/Commissie</i> , 15 september 2005, Jur. 2005, p. II-03319	286
Gev. zaken T-109, 118, 122, 125, 126, 128, 129, 132 en 136/02, <i>Bolloré/Commissie</i> , 26 april 2007, Jur. 2007, p. II-00947	106, 252, 255, 270, 271, 283, 290
Zaak T-5/02, <i>Tetra Laval BV/Commissie</i> , 25 oktober 2002, Jur. 2002, p. II-04381	119, 360
Zaak T-114/02, <i>BaByliss/Commissie</i> , 3 april 2003, Jur. 2003, p. II-01279	146, 327, 368
Zaak T-193/02, <i>Piau/Commissie</i> , 26 januari 2005, Jur. 2005, p. II-00209	215, 224, 287
Zaak T-282/02, <i>Cementbouw Handel &amp; Industrie/Commissie</i> , 23 februari 2006, Jur. 2006, p. II-00319	352, 357
Zaak T-2/03, <i>Verein für Konsumenteninformation/Commissie</i> , 13 april 2005, Jur. 2005, p. II-01121	194
Zaak T-212/03, <i>MyTravel/Commissie</i> , 9 september 2008, n.n.g.	373, 374

Gev. zaken T-217 en 245/03, <i>Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) en Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) e.a./Commissie</i> , 13 december 2006, Jur. 2006, p. II-04987	263, 264
Zaak T-328/03, <i>O2 (Germany)/Commissie</i> , 2 mei 2006, Jur. 2006, p. II-01231	218, 219, 231, 240, 264, 267
Zaak T-351/03, <i>Schneider Electric/Commissie</i> , 11 juli 2007, Jur. 2007, p. II-02237	373
Zaak T-155/04, <i>Selex Sistemi/Commissie</i> , 12 december 2006, Jur. 2006, p. II-04797	426, 428
Zaak T-177/04, <i>EasyJet Airline/Commissie</i> , 4 juli 2006, Jur. 2006, p. II-01931	124, 327, 352, 355, 368, 373, 379, 380
Zaak T-36/05, <i>Coats Holding Ltd en J &amp; P Coats Ltd/Commissie</i> , 12 september 2007, Jur. 2007, p. II-00110	252, 255, 268, 270, 271
Zaak T-87/05, <i>EDP/Commissie</i> , 21 september 2005, Jur. 2005, p. II-03745	123, 328, 351, 360, 373
Zaak T-170/06, <i>Alrosa Company Ltd /Commissie</i> , 11 juli 2007, Jur. 2007, p. II-02601	91, 110, 118, 121, 124, 289, 290, 291, 379

#### Zaken op grond van de Mededingingswet

##### **CBb**

Voorzieningenrechter CBb, 19 juni 2000, X/NMa ( <i>CBR</i> ), AWB 00/503	149, 153, 222, 223
Voorzieningenrechter CBb, 19 oktober 2001, Essent Zuid B.V., Edon Groep B.V./ NMa ( <i>Essent</i> ), LJN: AD5260	339
5 december 2001, NMa en Wegener ( <i>Wegener</i> ), LJN: AD6693	165, 189, 333, 334, 335, 339, 345, 347, 350, 353, 357, 370, 379, 380
27 september 2002, Essent Zuid B.V. en Edon Groep B.V./NMa ( <i>Essent</i> ), LJN: AE8688	288, 333, 339, 356, 370, 371, 374, 377
3 juli 2002, A/NMa ( <i>CBR</i> ), LJN: AE6021	222, 223
18 april 2003, Van Vollenhoven Olie B.V./NMa ( <i>Van Vollenhoven Olie</i> ), LJN: AF8094	222
27 juni 2003, B.A./NMa ( <i>Avebe</i> ), LJN: AI0109	145, 146
Voorzieningenrechter CBb, 5 augustus 2003, Carglass/NMa ( <i>Carglass</i> ), LJN: AL1845	165
20 februari 2004, A en C/NMa ( <i>Shiva I</i> ), LJN: AO5968	148, 162
12 maart 2004, A e.a. en NMa ( <i>Notarissen Breda</i> ), LJN: AO6479	222, 242
26 mei 2004, Vodafone Libertel N.V./NMa ( <i>Vodafone Libertel</i> ), LJN: AP0953	165, 166, 222, 241, 242, 245, 275, 291, 295, 309
28 mei 2004, Nederlands Elektriciteits Administratiekantoor B.V./NMa ( <i>Sep (Norsk Hydro)</i> ), LJN: AP1336	147

15 juli 2004, de Nederlandse Omroep Stichting/NMa ( <i>NOS</i> ), LJN: AQ1727	229
17 november 2004, Glasgarage Rotterdam B.V., Carglass B.V., en NMa ( <i>Carglass</i> ), LJN: AR6034	145, 147, 158, 159, 165, 185, 395, 401, 402, 405, 406, 407, 408, 409, 415, 427
28 oktober 2005, Vereniging Modint en Modint Credit & Finance B.V./NMa ( <i>Modint</i> ), LJN: AU5316	166, 222, 229, 230, 237, 239, 241, 259, 262, 264, 291, 309
11 november 2005, Vereniging van Reizigers/NMa ( <i>VVR</i> ), LJN: AU6574	162, 401, 405, 408, 415, 424, 425
7 december 2005, Secon Group B.V. en G-Star International B.V. en NMa ( <i>Secon</i> ), LJN: AU8309	134, 152, 181, 222, 225, 226, 234, 236, 242, 243, 258, 276, 277, 287, 292, 309
21 maart 2006, Elektroburo Vos/NMa, ( <i>Elektroburo Vos I</i> ), LJN: AV6537	152, 157, 158, 159
4 april 2006, Nederlandse Organisatie van Leesportefeuille Uitgevers/NMa ( <i>Leesportefeuille</i> ), LJN: AW1972	402, 420
2 mei 2006, A en NMa ( <i>Golfers</i> ), LJN: AX0125	222, 239, 241, 292, 309
28 november 2006, NMa en N.V. Nuon, Essent N.V. en Essent Energy Trading B.V. ( <i>Nuon Reliant</i> ), LJN: AZ3274	153, 165, 339, 341, 352, 353, 355, 356, 357, 359, 360, 364, 370, 371, 373, 374, 375, 376, 377
16 januari 2007, A/NMa ( <i>Shiva II</i> ), LJN: AZ7155	162, 163
22 maart 2007, NMa/Vereniging Vrije Vogel ( <i>VVV II</i> ), LJN: BA2598	402, 410
16 mei 2007, DELTA Energy B.V., E.ON Benelux B.V., Electrabel Nederland Beheermaatschappij, N.V. Elektriciteits Productie- maatschappij Zuid-Nederland EPZ, N.V. Nuon Energy Sourcing, Essent Energie Productie B.V., vertegenwoordigd door de vereni- ging EnergieNed, Federatie van Energiebedrijven in Nederland/ NMa ( <i>Delta e.a.</i> ), LJN: BA6969	152
6 september 2007, Elektroburo Vos/NMa, ( <i>Elektroburo Vos II</i> ), LJN: BB5596	222, 239, 240, 241
31 december 2007, T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., NMa, Orange Nederland N.V. ( <i>Mobiele Operators</i> ), LJN: BC1396	222, 227, 228, 229, 230, 232, 234, 251, 255, 264, 268, 270, 271, 287, 288, 291, 309

15 januari 2008, NMa en A en B ( <i>Boontje (Gemeente Castricum)</i> ), LJN: BC1932	222, 223, 287, 402, 411, 414, 419, 428, 429
19 februari 2008, Vereniging Het Fries Hollands Rundvee-Stam- boek/NMa ( <i>FHRS</i> ), LJN: BC4740	402, 412, 429
5 juni 2008, Vereniging Bergers Belangen, Auto- en Bergingsbedrijf A B.V., Garage- en Takelbedrijf C B.V., E Kraanverhuur B.V., Bergingscentrale G B.V., en Bergingscentrale I B.V., en Stichting Incident Management Nederland en NMa ( <i>VBBS (SIMN IV)</i> ), LJN: BD5256	222, 248, 402
3 juli 2008, Aesculaap B.V. en NMa ( <i>Aesculaap</i> ), LJN: BD6635	157, 222, 225, 251, 291, 307
3 juli 2008, AUV Dierenartsencoöperatie U.A. en NMa ( <i>AUV</i> ), LJN: BD6629	157, 222, 225, 307
6 oktober 2008, NMa/Nederlands Instituut van Psychologen, Nederlandse Vereniging van Vrijgevestigde Psychotherapeuten, Landelijke Vereniging van Eerstelijns Psychologen ( <i>NIP</i> ), LJN: BF8820	222, 231, 232, 240, 259, 263, 264, 288, 292, 309
19 januari 2009, NMa en Landesvereinigung der Erzeugerorganisa- tionen für Nordseekrabben- und Küstenfischer an der schleswig- holsteinischen Westküste e.V. Büsum, de Erzeugergemeinschaft der Küstenfischer im Weser-Ems-Gebiet e.V. en de Erzeuger- gemeinschaft der Krabbenfischer Elbe-Weser e.V. Dorum, en NMa en de Coöperatieve Producentenorganisatie Nederlandse Vissersbond U.A., de Coöperatieve Producentenorganisatie Delta Zuid U.A. en de Coöperatieve Producenten-organisatie Texel U.A., de Coöperatieve roducentenorganisatie Wieringen U.A., de Danske Fiskeres Producent rganisation, te Fredericia, Heiploeg B.V. en Goldfish B.V., Klaas Puul & Zoon B.V. ( <i>Duitse Garnalen tussenuitspraak</i> ), LJN: BH0436	47, 299, 301, 310
24 maart 2009, A en C/NMa ( <i>X-NOVA</i> ), LJN: BI0871	402, 403
<b>Rechtbank Rotterdam</b>	
Voorzieningenrechter 17 december 1998, MKB Nederland/NMa ( <i>fusie KBB &amp; Vendex</i> ), VMEDED 98/2165	145, 162, 339
Voorzieningenrechter 1 april 1999, de Vereniging de Nederlandse Dagbladpers/NMa ( <i>VND</i> ), LJN: AA3765	222
24 januari 2000, Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrij- ven, Stichting Meldadres BBS, Bureau Meldadres BBS B.V./NMa ( <i>VBBS I</i> ), LJN: AA5395	166, 185, 196
12 april 2000, Rijsschool X en Y/NMa ( <i>CBR</i> ), MEDED 99/382-SCR en MEDED 99/459-SCR	222, 223
20 september 2000, Wegener N.V., Redactiecommissie WUGO- middagbladen, de Nederlandse Vereniging van Journalisten/NMa ( <i>Wegener &amp; VNU</i> ), LJN: AA7514, LJN: AA9482	152, 162, 163, 164, 166, 175, 330, 334, 335, 339, 343, 345, 347, 351, 357, 369, 370, 376, 378

16 mei 2001, de vereniging Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde/NMa ( <i>KNMD</i> ), LJN: AB1940	222, 236, 253, 254, 264, 280, 295
21 juni 2001, Essent N.V./NMa ( <i>Essent</i> ), LJN: AB2805	166, 333, 339, 355, 356, 359, 364, 370, 371, 375, 376, 377, 378
Voorzieningenrechter 2 juli 2001, Stichting Verwerking Elektrische Huishoudelijke Apparaten (Stichting Witgoed), Stichting Verwerking Electronische Apparaten (Stichting Bruingoed), de Nederlandse Vereniging Verwijdering Metalektrische Producten (NVMP)/NMa ( <i>Stichting Witgoed en Stichting Bruingoed</i> ), LJN: AB2444	222, 248, 334
1 augustus 2001, A/NMa ( <i>Bloemenmarkt Amsterdam</i> ), LJN: AB3844	222, 223
1 augustus 2001, Van Vollenhoven Olie B.V./NMa ( <i>Van Vollenhoven</i> ), LJN: AB3736	222
9 augustus 2001, A/NMa en X/NMa ( <i>Postbussen</i> ), LJN: AB6591 en LJN: AB6588	149, 150, 160, 177, 179
26 september 2001, Inter Partner Assistance S.A./NMa ( <i>SIMN I</i> ), LJN: AD7190	145, 175, 222, 247, 248, 254, 280, 295
Voorzieningenrechter 12 oktober 2001, Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijven, Stichting Meldadres BBS, Bureau Meldadres BBS B.V./NMa ( <i>VBBS II</i> ), LJN: AD7478	222, 237, 242, 247, 280
23 oktober 2001, de vereniging Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel/NMa ( <i>COV</i> ), LJN: AD7476	222, 236, 237, 242, 247, 254, 277, 280, 295
4 december 2001, Stichting Saneringsfonds Varkensslachterijen, U-Vlees B.V. e.a./NMa ( <i>SSF</i> ), LJN: AD9026	165, 222, 236, 237, 242, 246, 248, 254, 280, 281, 295
6 februari 2002, mr. J.A. Velenturf, curator in het faillissement van de Stichting Academie voor Kunstzinnige Vorming/NMa en het college van B en W van de gemeente Roosendaal/NMa ( <i>Muziekscholen Roosendaal</i> ), LJN: AR5218 en LJN: AR5217	165, 222, 286, 419
25 februari 2002, Snelcore BV/NMa ( <i>Snelcore</i> ), MEDED 00/2266-SIMO	145, 149, 152, 153
25 februari 2002, Schuitema N.V en Koninklijke Ahold N.V./NMa ( <i>Schuitema-Ahold</i> ), LJN: AR5210	165
3 april 2002, United Technologies Corporation/NMa ( <i>UTC</i> ), LJN: AE1382	165, 172, 181, 182, 331, 332, 336, 365, 366
10 april 2002, Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten 'AVEBE' B.A./NMa ( <i>Avebe</i> ), LJN: AE1768	143, 145, 152
29 mei 2002, X/NMa, ( <i>X (Amicon)</i> ), LJN: AE3446	165
5 juni 2002, X/NMa ( <i>X (ABN Amro)</i> ), MEDED 99/2786-SIMO	148

11 september 2002, Vodafone Libertel N.V. (voorheen Libertel N.V. en Libertel Groep B.V.) en Unipart Group Ltd/NMa ( <i>Vodafone Libertel</i> ), LJN: AF0065	157, 177, 178, 193, 222, 239, 242, 245, 288, 291, 295
13 november 2002, Gilde Investment Management B.V., Gilde Buy-Out Fund II B.V., Gilde Buy-Out Fund II C.V./NMa, ( <i>Gilde Investment</i> ) LJN: AF2410	166, 175, 181, 182, 330, 331, 332, 336, 358, 366
26 november 2002, Nederlands Elektriciteits Administratiekantoor B.V., als rechtsopvolgster van N.V. Samenwerkende elektriciteitsproductiebedrijven/NMa ( <i>SEP (Norsk Hydro)</i> ), LJN: AR4219	147, 153, 165, 175, 192, 250, 293, 308
11 december 2002, Nederlandse Omroep Stichting en Holland Media Groep S.A./NMa ( <i>NOS en HMG (De Telegraaf)</i> ), LJN: AF1811	153, 175, 185, 221
Voorzieningenrechter 24 december 2002, Snitjer/NMa ( <i>Snitjer</i> ), LJN: AF2989	192
11 maart 2003, Sociaal Culturele Vereniging SHIVA/NMa ( <i>Shiva I</i> ), LJN: AF5735	163
11 maart 2003, Comité Verlaging Vliegtarieven Suriname/NMa ( <i>Comité Verlaging Vliegtarieven</i> ), LJN: AF5736	164
11 maart 2003, Carglass B.V. en Glasgarage Rotterdam B.V./NMa ( <i>Carglass</i> ), LJN: AF8902	145, 185, 404
1 mei 2003, Broadcast Newco Two B.V./NMa ( <i>Broadcast I</i> ), LJN: AF 9122	145, 172, 181, 332, 336, 337, 366, 367
18 juni 2003, X/NMa ( <i>Notarissen Breda</i> ), LJN: AH9702	175, 222, 225, 236, 237, 242, 243
18 juni 2003, Vereniging Vrije Vogel/NMa ( <i>VVV I</i> ), LJN: AI0095	165
7 augustus 2003, Texaco Nederland B.V./NMa ( <i>Texaco</i> ), LJN: AI1062	187
Voorzieningenrechter 175, 184r 26 november 2003, X/NMa ( <i>NOVA</i> ), LJN: AR2137	175, 184
13 februari 2004, Secon Group B.V. en G-Star International B.V./NMa ( <i>Secon</i> ), LJN: AO3912	175, 222, 225, 226, 234, 236, 242, 243, 275, 287
9 maart 2004, Allibre B.V./NMa ( <i>Allibre</i> ), MEDED 02/1445	165
25 maart 2004, Uneto-VNI/NMa ( <i>Uneto-VNI</i> ), LJN: AO7022	183, 222, 239, 240, 241, 261, 265, 292
Voorzieningenrechter 3 juni 2004, N.V. Nuon/NMa ( <i>Nuon-Reliant</i> ), LJN: AQ4479	334, 337, 339, 355, 365, 370
8 juni 2004, BasisMedia B.V./NMa ( <i>BasisMedia</i> ), LJN: AQ6555	239, 240, 261, 402, 411, 418
3 augustus 2004, Stichting de Nationale Sporttotalisator/NMa ( <i>Loterijfusie</i> ), MEDED 02/2517-RIP	145, 181
17 augustus 2004, Modint/NMa ( <i>Modint</i> ), MEDED 02/1087-RIP	222, 242, 253, 259, 280, 288, 295

17 augustus 2004, Vereniging Nederlandse Textiel Conventie/NMa ( <i>VNTC</i> ), LJN: AR4213, AQ9977	222, 236, 242, 243, 280
3 november 2004, de vereniging Nederlandse Associatie voor Psychotherapie/NMa ( <i>NAP</i> ), MEDED 04/1541-WILD	222, 223, 224, 287
3 december 2004, X/NMa ( <i>CZ</i> ), LJN: AS3852	401, 402, 403, 404, 417, 425
13 december 2004, Vereniging Van Reizigers en Sociale Culturele Vereniging Shiva/NMa ( <i>VVR</i> ), LJN: AS2354	222, 401, 402, 404, 422, 424, 425, 426
17 december 2004, Electroburo H. Vos B.V./NMa ( <i>Electroburo Vos</i> ), LJN: AS9142	149
22 december 2004, Vereniging Bergers Belangen, Auto- en Bergings- bedrijf Van den Boogaard B.V., Takel- en Bergingsbedrijf J. Vo- gelaar B.V., Van Marwijk Kraanverhuur B.V., Bergingscentrale H. van der Vliet B.V., Bergingscentrale Koppes B.V./NMa ( <i>VBB</i> ( <i>SIMN II</i> )), LJN: AS2391	165, 222, 235, 295, 402, 410, 418, 420
29 december 2004, X en Y/NMa ( <i>Golfers</i> ), MEDED 03/237-LAME	240, 241
10 januari 2005, Koninklijk verbond van Ondernemers in het Horeca- en Aanverwante bedrijf 'Horeca Nederland'/NMa ( <i>Sena</i> ), LJN: AJ9459	162, 402, 410, 420
3 februari 2005, Nederlandse Organisatie van Leesportefeuille- Uitgevers/NMa ( <i>Leesportefeuille</i> ), LJN: AS9462	402, 420, 421, 428, 429
7 maart 2005, Eredivisie C.V./NMa ( <i>Eredivisie</i> ), LJN: AT0707	166
31 mei 2005/1 juni 2005, X en Y en Z/NMa ( <i>Elektriciteitsfusie</i> ), LJN: AT6440; AT8794	166, 180, 181
24 juni 2005, X en Y en Z en W/NMa ( <i>Pompstations</i> ), LJN: AT8817	222, 225, 227, 228, 251, 255, 258, 269, 283, 287, 299, 303
16 augustus 2005, Alarm Centrale Nederland B.V./NMa ( <i>ACN (SIMN</i> <i>III)</i> ), LJN: AV2345	402, 410, 429
2 september 2005, Vereniging Vrije Vogel en Vereniging van Reizigers/NMa ( <i>VVV II</i> ), LJN: AU9056	401, 402, 405, 410, 413, 428, 429
7 december 2005, Stichting CZ groep Zorgverzekeringen Beheer, O.W.M. aanvullingsfonds OZ zorgverzekeringen U.A. en OZ Zorgverzekeringen N.V./NMa ( <i>Stichting CZ Groep</i> ), LJN: AU9053	134, 181, 336, 342, 358, 360, 376
19 december 2005, Boontje en BLOVO/NMa ( <i>Boontje (gemeente</i> <i>Castricum)</i> ), LJN: AV7339	222, 256, 287, 401, 402, 411, 412, 413, 414, 419, 428, 429
22 december 2005, X en het Nationaal Register van Onafhankelijke Assurantietussenpersonen/NMa ( <i>Gidi</i> ), LJN: AV9019	402, 404, 417, 425
22 februari 2006, K.I. Samen B.V./NMa ( <i>K.I. Stations</i> ), LJN: AY6107	396, 402, 408, 411, 420, 422, 428
22 februari 2006, Vereniging 'Het Fries Hollands Rundvee-Stamboek'/NMa ( <i>FHRS</i> ), LJN: AY6109	402, 412, 418, 429



28 februari 2006, de vereniging Bond van Garagehouders en de vereniging Nederlandse Christelijke Bond van Rijwielen- en Motorhandelaren/NMa ( <i>Bovag</i> ), LJN: AX1341	224, 225, 236, 237, 239, 241, 243, 256, 260, 261, 265, 276, 277, 284, 292
22 mei 2006, AUV Coöperatieve Nederlandse Veterinair-Farmaceutische Groothandel UA/NMa ( <i>AUV</i> ), LJN: AX8425	222, 224, 226, 227, 230, 236, 238, 243, 251, 253, 260, 261, 276, 277, 284, 293, 299, 306
22 mei 2006, Aesculaap B.V./NMa ( <i>Aesculaap</i> ), LJN: AX8428	222, 226, 236, 238, 243, 251, 276, 277, 293
20 juni 2006, de Landesvereinigung der Erzeugerorganisationen für Nordseekrabben- und Küstenfischer an der schleswig-holsteinischen Westküste e.V. Büsum, de Erzeugergemeinschaft der Küstenfischer im Weser-Ems-Gebiet e.V. en de Erzeugergemeinschaft der Krabbenfischer Elbe-Weser e.V. Dorum/NMa ( <i>Duitse Garnalen</i> ), LJN: AX9223	222, 225, 226, 236
11 juli 2006, Heijmans Beton- en Waterbouw B.V./NMa ( <i>Heijmans</i> ), LJN: AY6361	299, 304
13 juli 2006, KPN Mobile N.V., Orange Nederland B.V., Telfort B.V., T-Mobile Netherlands B.V., Vodafone Libertel N.V./NMa ( <i>Mobiele Operators</i> ), LJN: AY4035	222, 227, 233, 236, 268, 269, 271, 282, 287, 305
17 juli 2006, Nederlands Instituut van Psychologen en Nederlandse Vereniging van Vrij Gevestigde Psychotherapeuten en Landelijke Vereniging van Eerstelijns Psychologen/NMa ( <i>NIP</i> ), LJN: AY4928	222, 224, 239, 240, 241, 251, 256, 161, 262, 264, 265, 284, 292
19 juli 2006, de Coöperatieve Producentenorganisatie Nederlandse Vissersbond U.A., de Coöperatieve Producentenorganisatie Delta Zuid U.A. en de Coöperatieve Producentenorganisatie Texel U.A., de Coöperatieve Producentenorganisatie Wieringen U.A., de Danske Fiskeres Producent Organisation, te Fredericia (Denemarken), Heiploeg B.V. en Goldfish B.V., Klaas Puul & Zoon B.V./NMa ( <i>Garnalen</i> ), LJN: AY4888	222, 224, 225, 226, 227, 230, 236, 237, 238, 242, 244, 246, 247, 248, 257, 258, 260, 261, 264, 277, 280, 281, 287, 291, 292, 293, 295, 296, 298, 299, 301, 302
28 augustus 2006, X/NMa ( <i>X/SDHS</i> ), LJN: AZ0143	402, 407, 416
14 november 2006, Vereniging Bergers Belangen, Auto- en Bergingsbedrijf Van den Boogaard B.V., Takel- en Bergingsbedrijf J. Vogelaar B.V., Van Marwijk Kraanverhuur B.V., Bergingscentrale H. van der Vliet B.V., Bergingscentrale Koppes B.V./NMa ( <i>VBB (SIMN IV)</i> ), LJN: AZ7221	145, 295, 402
5 februari 2007, Fysiotherapeuten/NMa ( <i>Fysiotherapeuten</i> ), LJN: AZ9419	150, 159, 402

5 februari 2007, Mondygiënisten/NMa ( <i>Mondhygiënisten</i> ), LJN: AZ9430	150, 159, 402, 411, 418
19 april 2007, Nederlandse Vakbond Varkenshouders en de Nederlandse Bond van Handelaren in Vee/NMa ( <i>NVV</i> ), LJN: BA3538	134, 145, 162, 333, 336, 337, 355, 356, 358, 367
11 juni 2007, Broadcast Newco Two B.V., Vodafone Libertel N.V., UPC Nederland B.V., Orange Nederland N.V./NMa ( <i>Broadcast II</i> ), LJN: BA7252	334, 336, 337, 364
18 juli 2007, Giant Europe B.V., Accell Group N.V. en Koninklijke Gazelle B.V./NMa ( <i>Fietsenkartel</i> ), LJN: BB0440	222, 227, 228, 230, 236, 238, 244, 245, 255, 260, 261, 268, 269, 270, 271, 277, 282, 284, 292, 293, 298, 299, 303, 305, 307
24 juli 2007, Erdo B.V./NMa ( <i>Erdo</i> ), LJN: BB0750	222, 229, 230, 236, 238, 242, 243, 260, 261, 276, 277, 292, 293, 299, 302
21 augustus 2007, het Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie, X en Y/NMa ( <i>X/Agis</i> ), LJN: BB2621	402, 411, 418, 420, 428
25 september 2007, Raad voor rechtsbijstand/NMa ( <i>X/NOVA</i> ) MEDED 06/692-WILD	149
17 oktober 2007, CNV Dienstenbond/NMa ( <i>CNV</i> ), LJN: BB7105	222, 402, 404, 406, 416, 424, 425
27 november 2007, Alarm Centrale Nederland B.V./NMa ( <i>ACN (SIMN V)</i> ), LJN: BC0718	145
9 januari 2008, Merckx Volker Installatiegroep B.V., GTI Utiliteit Zuidoost B.V., GTI Utiliteit West B.V., GTI Utiliteit Noordwest B.V., GTI Utiliteit Zuid B.V., GTI Utiliteit Noord B.V., GTI Utiliteit Oost B.V., GTI Utiliteit Midden B.V., GTI Rotterdam Industrie B.V., GTI Industrie Noordwest B.V., MeFa Holding B.V. en Besturings- & Installatietechniek Van de Meerakker B.V./NMa ( <i>GTI Utiliteit</i> ), LJN: BC6212	222, 293
4 maart 2008, Solétanche Bachy France S.A./NMa ( <i>Solétanche</i> ), LJN: BC8958	222, 226, 241, 253, 258, 260, 265, 308
4 maart 2008, Airfield Holding B.V., Chellomedia Programming B.V./NMa ( <i>Airfield Holding</i> ), LJN: BC9420	331, 332, 366
23 juli 2008, Aannemings- en Transportbedrijf M.J. Oomen B.V., Aannemingsmaatschappij M.J. Oomen B.V., M.J. Oomen Beheer B.V., P. Oomen Beheer B.V./NMa ( <i>Aannemings &amp; Transport- bedrijf Oomen</i> ), LJN: BD8542	134, 165
29 september 2008, Mn Services N.V./NMa ( <i>Mn Services</i> ), LJN: BF6961	184, 427

17 oktober 2008, Lareco Nederland B.V./NMa ( <i>Lareco Nederland</i> ), LJN: BG0954	222, 298, 307
17 oktober 2008, Schagen Zwolle B.V./NMa ( <i>Schagen Zwolle</i> ), LJN: BG0955	222, 298, 307

### Overige nationale uitspraken

#### Hoge Raad

1 juli 1992, X AG, tegen de uitspraak van het Gerechtshof te Arnhem van 12 september 1988, BNB 1992/306, m.nt. Den Boer	92
27 februari 2004, X, tegen de uitspraak van het Gerechtshof te Amsterdam van 30 mei 2001, BNB 2004/225, m.nt. Zwemmer	92
22 april 2005, X/de Staatssecretaris van Financiën en vice versa, JB 2005/166, LJN: AO9006	307

#### Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS)

Voorzitter, 11 augustus 1976, Milieugroep Venray/Gedeputeerde Staten van Limburg, Gst. 1976, 6417.6, m.nt. Kan	161
15 oktober 1981, V.O.S.-Werkgroep Middelharnis, P. Kieviet- Grinwis, P.W. Vernooij/B en W van Middelharnis, t B/S, IV/75, nr. A-3.4142 (1980)	152
Voorzitter, 12 april 1995, Aluminium Hardenberg B.V./de minister van VROM, AB 1995/445, m.nt. Ch.B	181
18 maart 1996, S. Bakker/dagelijks bestuur van het Intergemeentelijk Samenwerkingsverband Goeree-Overflakkee, JB 1996/119, m.nt. FAMS	181
1 april 1996, Woningstichting Patrimonium, appellante tegen de uitspraak van de Rb. te Leeuwarden van 22 maart 1995 in het geschil tussen: appellante, tegen B en W van Leeuwarden, AB 1996/291, m.nt. PVB en Gst 1998, 7068/5	181
22 april 1996, Haegens Bouw B.V., appellante, tegen de uitspraken van de Rb. te Roermond van 17 augustus 1995, in de geschillen tussen: appellante e.a. en de staatssecretaris van VROM, AB 1997/39, m.nt. NV; JB 2000/218, m.nt. RJNS	152
29 november 1996, Alpha Kledingreinigingsbedrijf B.V./de minister van VROM, AB 1997/66, m.nt. PvB	181
30 januari 1997, V.O.F. van Eijk en Zn. e.a./B en W van Ter Aar, JB 1997/114, m.nt. HJS	136
16 november 1998, De B.V. 'Laucrat BV', appellante, tegen de uitspraak van de Rb. te Den Haag van 28 augustus 1997 in het geding tussen: appellante en B en W van Wassenaar, AB 1999/426, m.nt. dG	171
19 augustus 1999, Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, appellant, tegen de uitspraak van de Rb te Roermond van 17 juni 1998 in het geding tussen maatschap L.H. Evers en P.H.M. Evers en appellant ( <i>Winterbewaarpri</i> ), AB 1999/403, m.nt. MSV	281
5 september 2001, F.J.B., appellant tegen de uitspraak van de rechtbank Roermond van 6 maart 2001 in het geding tussen: appellant en B en W van Meijel, JB 2001/271, m.nt. RJNS	179

15 november 2002, A, mede ten behoeve van haar minderjarige kind, appellante, tegen de uitspraak van de Rb. te 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats 's-Hertogenbosch, van 10 oktober 2002 in het geding tussen: appellante en de Minister voor Vreemdelingen-zaken en Integratie, AB 2003/96, m.nt. Schuurmans	110
25 juni 2003, Milieugroep De Bilt, appellante, tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rb. te Utrecht van 20 maart 2002 in het geding tussen: appellante en B en W van De Bilt, AB 2004/5, m.nt. FM	193
16 juli 2003, het College van de Onafhankelijke Post en Telecommu-nicatie Autoriteit, appellant, tegen de uitspraak van de voorzienin-genrechter van de rechtbank te Rotterdam van 12 februari 2003 in het geding tussen: verzoeker en appellant, LJN: AH9903	193
23 juni 2004, Minister van EZ/KPN Mobiel, JB 2004/283	186
30 juni 2004, A en B, appellanten tegen de uitspraak van de rechtbank Haarlem van 28 oktober 2003 in het geding tussen: appellanten en B en W van Haarlem, JB 2004/293, m.nt. CLFGHA	390
18 augustus 2004, Appellanten/B en W van Duiven, AB 2005/106, m.nt. TN	181
23 augustus 2006, Vereniging Land- en Tuinbouworganisatie Noord, appellante tegen de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 22 juli 2005 in het geding tussen: appellante en College GS Zuid-Holland, JB 2006/291, m.nt. RJNS	163
7 maart 2007, Lelystad, St AB 2/2007, 07/57	136
7 februari 2007, Gazelle/Staat (de Nederlandse Mededingingsauto-riteit), LJN: AZ7951	194
1 oktober 2008, Stichting Openbare Ruimte/College GS van Limburg, JB 2008/239, m.nt. RJNS	161, 163
8 april 2009, X tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 juni 2008 in het geding tussen X en het college van B en W van Rotterdam, LJN: BI0419	308
<b>Cbb</b>	
Voorzieningenrechter 4 januari 1991, Texaco, AB 1991/185	137
29 augustus 1995, de vereniging naar Frans recht Le Comité des Salines de France, de vennootschap naar Frans recht La Com-pagnie des Salins du Midi et des Salines de l'Est/de staats-secretaris van Economische Zaken en de besloten vennootschap Frima B.V., AB 1995/600, m.nt. JHvdV	145, 171, 181
31 januari 1996, BV Vaalburg/Ministerie Landbouw, Natuurbeheer, Visserij, Rawb1996/63, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt	71
21 juli 1998, de rechtspersoon naar het recht van de Staat Costa Rica Bosque Teca Verde S.A., en De Stichting Bosque Teca Verde/De Nederlandsche Bank N.V., JB 1998/233, AB 1998/437, m.nt. JHvdV	171, 187, 197
28 oktober 1998, R.V.Z./Stichting Toezicht Effectenverkeer, JOR 1999/63	188
2 maart 1999, ING Bank NV/Stichting Toezicht Effectenverkeer, NJB 1999, p. 569; AB 1999/168, m.nt. JHvdV; JOR 1999/64, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol	187, 197

12 januari 2000, AWB 98/1150, 98/1151 en 98/1152, Vereniging het Nederlands Uitgeversverbond/Minister van Economische Zaken	166
19 december 2000, V./Stichting Toezicht Effectenverkeer, AB 2001/131, m.nt. JHvdV	187
13 augustus 2002, C.P.M. van de Sande Beheer BV/Bureau Heffingen, AB 2003/38, m.nt. JHvdV	171
6 juli 2005, GEM Westeraam Beheer B.V. en GEM Westeraam Elst C.V., de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), Shell Nederland Raffinaderij B.V., Shell Nederland Chemie B.V./DTe ( <i>Westeraam</i> ), LJN: AT9206	149, 159, 163
17 mei 2006, Campina Zuivel B.V./Productschap Zuivel, AB 2006/313, m.nt. A.P.W. Duijkersloot	73
21 november 2006, Stichting tot Behoud Leefmilieu Buggenum, Haelen, Horn, Nuhem en naaste omgeving e.a./College voor de Toelating van Bestrijdingsmiddelen, JB 2007/64, m.nt. RJNS	136
19 maart 2008, Oxxio Nederland B.V./Minister van Economische Zaken ( <i>Oxxio</i> ), LJN: BC8199	372
23 april 2008, Socopa International SA/Productschap Vee en Vlees, LJN: BD0646	316
9 september 2008, A, B en C/Minister van LNV, AB 2008/300, m.nt. I. Sewandono	125, 184, 427
Voorzieningenrechter CBb, 28 oktober 2008, Connexxion Openbaar Vervoer N.V., Arriva Openbaar Vervoer N.V./Gedeputeerde Staten van Fryslân ( <i>Qbuzz</i> ), LJN: BG1736	39, 138, 144, 145
8 december 2008, Opta/TNT, LJN: AZ4121	187
<b>CRvB</b>	
26 november 1998, A, C, de erven van thans wijlen E, en G/het bestuur van de Stichting Pensioenfonds ABP als rechtsopvolger van het bestuur van het voormalige Algemeen burgerlijk pensioenfonds, LJN: AA8765	71
<b>Gerechtshoven</b>	
Gerechtshof Den Haag 25 september 2003, Nederlandse Staat/Vodafone Libertel, AM 2003, p. 8, m.nt. MdG	199
Gerechtshof Amsterdam 9 oktober 2003, A/Staatssecretaris van Financiën, TAR 2003/203, m.nt. De Graaf	92
Gerechtshof Den Haag 24 februari 2005, Accell Group N.V., Batavus B.V., Koga B.V., Sparta B.V., appellanten in het principaal appel, geïntimeerden in het incidenteel appel, tegen De Staat der Nederlanden (Ministerie van Economische Zaken, directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit), geïntimeerde in het principaal appel, appellant in het incidenteel appel, LJN: AS9694	199
<b>Rechtbanken</b>	
Rechtbank Rotterdam 26 oktober 1999, Vereniging Organisatie Lokale Omroepen in Nederland/Staatssecretaris van Verkeer & Waterstaat, LJN: AA4080, AA5131, AA4083	178
Rechtbank Rotterdam 7 januari 2002, Versatel/Opta, LJN: AD7867	138
	565

Rechtbank Den Haag 1 oktober 2002, Vodafone Libertel/Staat, AM 2002, p. 8, m.nt BvD	199
Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag 22 januari 2003, AM 2003, p. 39-40, m.nt. BN	192
Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag 9 april 2003, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Van Hattum & Blankevoort B.V./Staat der Nederlanden (Ministerie van Economische Zaken, directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit), ( <i>Van Hattem en Blankevoort/Staat (NMa)</i> ), AB 2003/199, m.nt. OJ	186
Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag 20 mei 2003, Volker Stevin/Staat, M&M 4, p. 121-124	188
Rechtbank Den Haag 3 maart 2004, Accell, Batavus, Koga, Sparta/ Staat der Nederlanden (Ministerie van Economische Zaken, directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit), LJN: AO4880	199
Rechtbank Rotterdam 14 december 2004, Bouwfraude-ambtenaren, LJN: AR7472	239
Rechtbank Den Haag 31 augustus 2005, Gfk/Nederlandse Staat, AM 2005, p. 9-10, m.nt. BN	198, 199
Rechtbank Rotterdam 21 november 2005, X/De Nederlandsche Bank N.V., LJN: AU7199	282
Rechtbank Arnhem 3 juli 2006, Koninklijke Gazelle BV/de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, LJN: AY3536	194
Rechtbank Rotterdam 10 januari 2008, GoodWood Investments B.V./De Nederlandsche Bank N.V., AB 2008/122, m.nt. OJ	187, 188
Rechtbank Rotterdam 14 juli 2008, X/Consumentenautoriteit, LJN: BD9618, BD7663	193
Rechtbank Assen 17 december 2008, Combinatie Sprijker Infrabouw/ De Jong Konstruktie, Van Spijker Infrabouw B.V., De Jonge Konstruktie B.V./Provincie Drenthe, LJN: BH7635	30, 39
<b>Overige</b>	
Ombudsman 27 oktober 2004, AB 2005/22, m.nt. PJS	188

## Trefwoordenregister

- Actieve rechter 50, 87-88, 92, 126, 478
- Activisme 21, 70
- Afgeleidbelanghebbende: zie belanghebbende, ~ afgeleidbelanghebbende
- Afwijking van Awb 209, 463, 467, 492
- Alternatieve verklaring (voor convergentie) 75, 146, 372, 403, 424, 442-444, 456, 469, 477
- Alternatieve verklaring (voor marktgedrag) 267-268, 420
- Ambtshalve toetsing 102-103, 152, 158, 165, 172, 286, 302, 307, 316, 426, 430, 484
- Artikel 7-brief 178, 398, 400, 406
- Artikel 8:29 Awb 306-309, 364
- Autonomie (van de Nederlandse rechter/rechtsorde) 24, 275, 294, 315, 317, 319, 321, 436, 452, 472, 493, 495
- Bedrijfsbezoek/verificatie 165, 185-190, 201-204, 206, 299, 302-303, 308, 412, 421, 423, 462-466
- Beginselplicht (tot handhaving) 388, 390-392, 403, 432
- Belangenafweging 11, 105, 108, 112-115, 192, 296, 306, 309, 369, 391
- ~ bij prioritering 392-398, 403-405, 414-417, 423-425, 427, 431, 475
- Belanghebbende
- ~ afgeleidbelanghebbende 136, 143-144, 155, 157, 168, 208, 459-461
- ~ algemeen 10, 50, 133-137, 142-164, 166-170, 172, 174, 177, 188-189, 207-210, 305, 399, 409, 415, 444, 456-459
- ~ ambtshalve toetsing 103, 172
- ~ begrip 134-137, 459-460
- ~ bij sanctiebesluit 146-147
- ~ collectieve/algemene belangenbehartiging 135, 144, 157, 161-164, 167
- ~ concurrent 144-147
- ~ consument 148-151, 159-160, 167, 169, 208, 459, 461-462
- ~ consumentenorganisatie 148, 161, 164
- ~ contractpartij 152-154, 167
- ~ contrair 154, 161, 168, 459
- ~ derdebelanghebbende 57, 135, 181, 399
- ~ directbelanghebbende 57, 134-135, 154, 460
- ~ geadresseerde 144
- ~ in het EG-recht: zie rechtstreeks en individueel raken
- ~ klager 135, 145, 147, 150, 155-161, 167-168, 177-180, 207, 389, 434, 487
- ~ professionele dienstverlener 149-154
- ~ strategische uitleg 138, 159, 459
- ~ sociaal-economische context 153, 167
- ~ werknemer 152
- ~ werknemersvereniging 163-164
- Beleidsregels 11, 85, 104-105, 113, 240, 320
- ~ van de Commissie: zie Commissiebeleid
- ~ van de NMa: zie NMa-beleidsregels
- Beleidsvrijheid
- ~ algemeen 105, 111-115, 123-125, 320, 391, 454, 475
- ~ bij artikel 81(3) EG/artikel 6(3) Mw 120, 291, 596, 475
- ~ bij klachtafwijzing 427
- ~ bij prioritering 424-427
- ~ in het concentratietoezicht 366, 367-369, 380

- Beoordelingsmarge 114, 123, 125, 290-184, 315, 372, 374, 385, 477, 479
- Beoordelingsruimte
  - ~ algemeen 104, 111-114, 125, 295, 315
  - ~ bij kartelverbod 366-373
  - ~ bij klachtafwijzing 429-430
  - ~ in het concentratietoezicht 383
- Beoordelingsvrijheid
  - ~ algemeen 104, 111-120, 125, 454, 476-480
  - ~ bij kartelverbod 288-291
  - ~ bij klachtafwijzing 427-430, 433
  - ~ in het concentratietoezicht 366, 369-375, 379-380, 383
- Beschuldiging (duidelijkheid van) 105, 298, 301-302
- Besluit
  - ~ aankondiging bedrijfsbezoek 186, 190, 202-204, 463-464
  - ~ beslissing over horen 489-490, 202-204, 463-464
  - ~ beslissing over toegang tot dossier 191-193, 202-204, 463-464
  - ~ beslissing over vertrouwelijkheid 191-193, 234-205, 464-465
  - ~ in het concentratietoezicht 180-183
  - ~ op klacht 388-389, 398, 405, 407, 431, 444
  - ~ rapport 185
  - ~ rechtsoordeel: zie rechtsoordeel
  - ~ van een ondernemersvereniging 223-224, 256-258, 261
  - ~ verzoek om inlichtingen 187-190, 202-204, 463-464
  - ~ voorlopig oordeel: zie voorlopig oordeel
- Bewijsfuik 88
- Bewijsgebrek 97, 250, 255, 284
- Bewijslastverdeling
  - ~ algemeen 39, 56, 89-91, 97-100, 439, 468-471
  - ~ bij kartelverbod 215-217, 221, 251, 254-266, 279-280, 314-315
  - ~ bij klachtafwijzing/prioritering 419, 423, 432-433
  - ~ bij merkbaarheid 275-276
  - ~ bij remedies (concentratietoezicht) 328, 351
  - ~ bij sanctie 274
  - ~ in het concentratietoezicht 326, 342-348, 361, 382
- Bewijsmaatstaf
  - ~ algemeen 57-89, 89-91, 97, 102, 130, 469-471, 473
  - ~ bij inbreukbeschikking 221, 250-254, 277, 296, 312, 314-315, 320-321, 470
  - ~ bij klachtafwijzing 419-423, 432, 434, 489
  - ~ bij prioritering 416-417, 424, 431-432, 488
  - ~ bij prospectieve analyse 90, 340-341, 375
  - ~ bij uitzonderingen 253-254
  - ~ bij merkbaarheid 277, 293
  - ~ en toetsingsintensiteit 101-102, 130, 254, 320-321, 362, 385, 418, 425, 486-487
  - ~ in het concentratietoezicht, eerste fase 336-337, 368, 382
  - ~ in het concentratietoezicht, tweede fase 337-341, 361-362, 382, 470
  - ~ symmetrisch 338-339
- Bewijsmiddel
  - ~ algemeen 34, 86, 92-97, 255, 257, 281-283, 315, 352-358, 382
  - ~ Commissiebeschikking 97, 130, 264, 285, 319, 358, 385, 452-453
  - ~ economisch bewijs 5, 92, 94-95, 101, 116, 130, 255-257, 260, 268-270, 281-288, 292, 313, 353-355, 473, 476, 478-482
  - ~ mondelinge/getuigenverklaring 94, 258, 267-268, 282-283, 287, 313, 355
  - ~ verklaringen van marktpartijen 354-355
- Bewijsnood 58-59, 101, 412, 421, 422-423, 432, 488
- Bewijsomvang 90-91, 255, 260, 281, 348, 359, 419, 421, 469, 471
- Bewijsvermoeden
  - ~ algemeen 58-59, 99-101, 255, 285, 314, 344, 344, 456-457, 468-473
  - ~ bij merkbaarheid 276-278



- ~ in het concentratietoezicht 344-346, 349, 352-353, 361, 382
- ~ van afstemming of overeenkomst 258, 269-271, 314
- ~ van causaal verband bij o.a.f.g. 267-275, 285, 314-315, 472
- ~ veilige havens 285, 314
- Bezwaaradviescommissie 307
- Bypass 66, 69, 214, 223, 272, 311, 314, 325, 440-441, 443, 445, 452-454, 472
- Cautie 102, 105, 297, 303-304
- Chicago-school 216
- Coherentie(principes) 56, 58, 72, 78, 128-129, 160, 169, 203, 206, 210, 437, 439-440, 442, 445-449, 463, 465, 467, 472, 488, 495
- Comfort letter 184, 196-198, 463
- Commissiebeleid 317, 319-320, 330, 335, 381, 384-385, 397, 401, 449
- Commissiebeschikkingen
  - ~ als bewijs: zie bewijsmiddel,
  - ~ Commissiebeschikking
  - ~ als precedent: zie precedent,
  - ~ Commissiebeschikking
- Complexe economische beoordelingen 111, 116-126, 130, 288-289, 296, 310, 430, 477-478, 483
- ~ toetsing van 5, 115, 117, 124-126, 289, 291, 294, 310, 373-375, 381, 430
- Communicerende vaten (techniek) 122-124, 293, 375-376, 430, 432, 483
- Consumentenwelvaart 31, 44, 151, 164, 169-170, 216, 229, 329, 335, 397, 447, 448, 460
- Convergentie
  - ~ achteloze 232, 234, 312, 448
  - ~ autonome 63
  - ~ derivatieve 63
  - ~ interne 64, 288
  - ~ spontane 62, 64-74, 441, 454, 456, 472, 485, 463-495
  - ~ spontane, bij belanghebbende 142, 147, 162, 165, 167, 207-208, 211
  - ~ spontane, bij besluit 173, 177, 180, 201-202, 207-208, 211
  - ~ spontane, bij kartelverbod 267, 275, 320
  - ~ spontane, bij prioritering en klachtafwijzingen 395
  - ~ spontane, in het concentratietoezicht 336-337
  - ~ verplichte 64, 67, 457
- Counterfeitelijk onderzoek
  - ~ bij mededingingsbeperking 231-232, 240-241, 259-266, 280, 293
  - ~ in het concentratietoezicht 360
- Criminal charge 11, 48, 93-94, 304, 308, 336
- Cultuur en recht 3, 65-66, 77, 79-82, 495
- Decisiebeginsel 46, 48, 50
- Definitieve geschilbeslechting (zie ook: finaliteit) 6, 126
- De Minimis 220, 242-243, 276, 319
- Deskundigen 92, 95-96, 99-102, 122, 130, 283-285, 313, 356, 479-482, 492
- Deskundigheid/kennis/expertise (van de rechter) 53, 60, 109, 111, 120-122, 126-127, 144, 203, 206, 209, 374-375, 435, 439, 455, 478, 480-481, 490-492
- Diensten van algemeen economisch belang 10, 221
- Differentiatie(beginsel) 495
- Discretionaire bevoegdheid
  - ~ algemeen 85, 111, 114, 119
  - ~ bij artikel 81(3) EG 296, 316
  - ~ bij klachten/prioritering 391, 396, 414, 424-426, 475
  - ~ in het concentratietoezicht 367, 372-373
- Divergentie
  - ~ algemeen 58, 62, 64, 67, 70, 72-75, 80-81, 83, 447, 449, 459, 462
  - ~ belanghebbende 155
  - ~ besluit 180, 185, 188, 190, 193, 200, 202
  - ~ bevoegdheden concentratietoezicht 379
  - ~ bewijsmaatstaf 254, 418, 424
  - ~ bij kartelverbod 311-312
  - ~ bij klachten/prioritering 391, 397, 401, 409, 415, 418, 424, 431, 433
  - ~ schijndivergentie 249, 447

- Doelbeperking
  - ~ bedoeling van partijen 259-260
  - ~ economische benadering 260, 262, 312, 313, 449
  - ~ en merkbaarheid 242-243, 275-280, 285, 312, 470
  - ~ in uitspraken nationale rechter 235-239
  - ~ onderscheid effectbeperking 217-218, 229-235, 290, 311, 448
  - ~ onderzoeksverplichting 230-232, 249, 275, 259-264, 279-280
  - ~ toetsing van 290-294, 313, 316
- Doelstellingen mededingingsrecht 8, 31, 33, 151, 158-160, 164, 215-216, 229, 234, 311, 329-330, 334-335, 341, 348, 361-362, 384, 447-448, 487
- Doeltreffendheid (vereiste) 26-29, 31, 37-40, 44-47, 53-54, 73, 159, 141, 203, 273-274, 317, 438, 465
- Dubbele standaard 73, 129, 141
- Economisch bewijs: zie bewijsmiddel, ~ economisch bewijs
- Economische modellen/theorieën (zie ook bewijsmiddel, ~ economisch bewijs) 91, 95-96, 118-120, 276, 353, 355-359, 383, 479-482
  - ~ toetsing van 126, 287-288, 292, 383, 477-480
- Economisering 8, 265, 280, 316, 448, 47
- Economische benadering
  - ~ algemeen 216, 218-219, 229, 235, 238, 249, 254, 447-449, 454-477, 479, 482, 490
  - ~ bij doelbeperkingen 260-266, 290, 292-294, 312-313, 316, 449
  - ~ bij effectbeperkingen 240, 312-313
  - ~ in het concentratietoezicht 326
- Effectbeperking
  - ~ en merkbaarheid 276-280, 313
  - ~ in uitspraken nationale rechter 239-241
  - ~ onderscheid doelbeperking: zie doelbeperking, ~ onderscheid effectbeperking
  - ~ onderzoeksverplichting 249, 464-467, 312, 316-318, 470
  - ~ toetsing van 290-294, 315-316
- Effectiviteitsbeginsel: zie doeltreffendheid
- Efficiëntie(s)
  - ~ algemeen 88, 91, 95, 111, 469, 471, 473, 479
  - ~ als beginsel 44, 46, 53, 121-122, 203, 492
  - ~ bij concentratietoezicht 326, 329, 235, 346, 348-350, 361, 384-385
  - ~ bij kartelverbod 216, 244, 266-267, 281, 311, 313
- Equivalentie (eis) 4, 26, 28, 31, 38, 40, 54, 71, 143, 174, 438
- Eurowob 194
- Evenredigheid (beginsel) 71, 109, 124, 304, 380
- EVRM
  - ~ artikel 6 EVRM 11, 45-47, 87-88, 93, 96, 109, 130, 189, 199, 209, 250-251, 254-255, 274-275, 282-283, 293-294, 299, 307, 304-310, 377, 469-470, 496
  - ~ artikel 8 EVRM 11-12, 299, 302-303
  - ~ verhouding EG 12-13, 106, 129-130, 250, 282, 316
- Failing firm (verweer) 329, 346, 348-350
- Finaliteit 46, 50-54, 56, 439
- Fishing expeditions 282, 298, 303
- Fix-it-first 329
- Gebonden bevoegdheid 105, 111
- Getuigen (zie ook bewijsmiddel, ~ getuigenverklaring) 47, 92, 94, 96, 101, 283, 287, 484
- Globalisering 9, 53, 76-77, 80
- Groepsvrijstelling 70, 100, 220-221, 245-246, 266, 295, 314
- Grondenfuik 103-104
- Handeling (van de Commissie) 68, 75, 139-141
- Hard cases (zie ook interpretatieruimte) 127, 223, 293, 445
- Harmonisatie 10, 21, 24, 61-62, 64, 77, 81-83, 495
- Helder stelsel (van rechtsbescherming) 39, 56, 138, 201, 439

Hoorrecht (zie ook besluit, ~ beslissing over horen; rechten van verdediging)
 

- ~ algemeen 105, 107, 202, 463
- ~ beschuldigde onderneming 178, 185, 188-189, 303-304
- ~ concentratietoezicht 363
- ~ derde 188-189
- ~ klager 398-401, 405-405, 409, 412, 415, 433
- ~ ratio 107, 194, 297, 300, 399, 401, 412, 415, 433, 483-485
- ~ regeling Mw 108, 178, 189, 363, 399, 412, 433, 483

 Informele afdoening/oordelen 197-198, 200, 387, 395, 463
   
 Informele zienswijze 195-200
   
 Inspiratieverwijzing 66, 69, 310, 390
   
 Integration-through-law 22, 62, 76
   
 Internemarktimperatief 216, 218, 234-235, 238, 429, 312, 447-448, 453-454
   
 Interpretatieruimte (van de rechter) 68-69, 85, 224, 450
   
 Ius commune 22, 61, 66, 75, 83, 435-436, 438, 447, 494-495
   
 Ius commune/integrationistische attitude 29, 62, 77-78, 82-83
   
 Klacht
 

- ~ als aanvraag 156-157, 179, 202, 387-388, 398, 405, 409, 415, 441, 444
- ~ en belanghebbende: zie belanghebbende, ~ klager

 Klachtgerechtigde EG 150-151, 156, 159, 164, 167
   
 Kruisbestuiving 64-65
   
 Kwaliteit (beginsel) 46, 48, 50-51, 56, 439, 445, 452, 462-463, 466-467, 490-491
   
 Landbouwverordening/beleid 142, 246-247, 295
   
 Legal privilege 12, 63, 72, 106, 297, 300
   
 Legitimiteit
 

- ~ van recht, procesrecht 2, 3
- ~ van uitspraken/rechtspraak 101, 126-158, 490

 Machtenscheiding 42-43, 317
   
 Medewerkingsplicht 187, 190, 203, 299, 302-304, 463-464
   
 Marginale toets
 

- ~ algemeen 109-110, 112, 121, 123, 125, 130, 475-477, 487
- ~ bij kartelverbod 294, 295, 297, 310, 320
- ~ bij klachtafwijzing 434, 487-488
- ~ in het concentratietoezicht 367-368, 370, 372, 375, 377, 380, 385
- ~ omschrijving 114-115

 Marktafbakening 99, 240-241, 265-266, 277, 280, 292-293, 333, 346-347, 353, 355-356, 358-359, 376, 454, 479
   
 Merkbaarheid
 

- ~ bewijs 275-280, 284, 313
- ~ toetsing 293-313
- ~ vereiste 219-221, 242-243, 249, 285, 311, 313, 446

 Minimalisme 79, 127, 229, 234, 292, 297, 312, 381, 384, 444, 449
   
 Misbruikverbod 5, 9-10, 20, 32, 43-44, 91, 93, 148, 162, 323, 338, 396, 448, 489
   
 Modernisering 8, 120, 216
   
 Motivering/motiveringsplicht
 

- ~ van besluiten 39, 56, 102, 105, 111-111, 115, 117, 122, 124, 263, 288, 297, 370, 373, 375-376, 385, 398, 405, 409, 413, 418, 426-433, 488
- ~ van uitspraken rechter (zie ook minimalisme) 46, 56, 87, 98, 444, 446, 452, 453

 Nemo tenetur/zwijgrecht 11, 47, 105-106, 282, 304-305
   
 Nevenrestrictie
 

- ~ bij concentraties 182, 325, 330-332
- ~ bij mededingingsbeperkende afspraken 218-219, 241, 311

 NMa-beleidsregels
 

- ~ prioritering/klachten 396, 401, 416
- ~ remedies (concentratietoezicht) 327-328, 334, 350-351, 381-382, 385, 445, 454-455

- O.a.f.g.  
 ~ begrip 214-215, 223, 227-228, 272, 287, 311, 441  
 ~ bewijsvermoeden: zie bewijsvermoeden, ~ o.a.f.g.
- Onderdelenfuik 104, 134
- Onderneming/ondernemingsbegrip 214-215, 222-223, 225, 256, 286-287, 428, 446
- Onderzoeksplicht  
 ~ algemeen 474-475, 487  
 ~ bij afwijzing klachten 388, 398, 409, 413-414, 430-432, 487  
 ~ bij mededingingsbeperkingen (zie ook doelbeperking, ~ onderzoeksverplichting; effectbeperking, ~ onderzoeksverplichting) 217, 220, 255, 259-265, 279, 285, 309, 311-312, 449  
 ~ bij merkbaarheid 243, 276-279, 313  
 ~ bij prioritering 392, 398, 402-403, 406-407, 414-415, 424, 431-432, 487-488  
 ~ en bewijslastverdeling 97-98, 284, 419-420, 425, 469, 471  
 ~ en bewijsmaatstaf 89-90, 469, 471  
 ~ in het concentratietoezicht 359-390, 382
- Onpartijdigheid/onpartijdigheidsbeginsel 45
- Onrechtmatig bewijs 92-93, 250, 255, 281-282, 474
- Onschuldpresumptie 11, 47, 90, 98-100, 105, 109, 199, 250, 255, 299, 270
- Ontheffing (kartelverbod) 116, 143, 145, 154, 158-189, 165, 172, 183, 196-197, 220, 242, 245-249, 251, 253-254, 280-281, 291, 295-296, 310, 316, 320-321, 409, 475
- Overeenkomst  
 ~ bewijs van 97, 256-258  
 ~ overeenkomstbegrip 94, 228-229, 258
- Parallellisme 4, 72-73, 250, 272, 375, 397, 444, 456-457, 460, 472  
 ~ bij toegang 146-147, 153, 165, 167, 175, 180, 211
- Persbericht/persbeleid 195-196, 199, 206, 466
- Positieve werking (van effectieve rechtsbescherming) 6, 14, 17, 28, 30-31, 52, 54, 457
- Precedent  
 ~ algemeen 66, 69-70, 127-130, 437, 449-450  
 ~ bij klachten en prioritering 415  
 ~ Commissiebeschikkingen 97, 237, 245, 247-249, 311, 317-319, 333, 358, 451-453  
 ~ in het concentratietoezicht 333, 366, 381
- Prejudiciële vragen/prejudiciële procedure  
 ~ algemeen 8, 21, 68-71, 73-74, 128-189, 141, 245, 303, 318, 449, 450, 485-486, 489-490, 493-494  
 ~ van het CBb in Mobiele Operators 218, 232-235, 271-275, 285, 291-292, 314, 345, 448, 457, 472
- Prioriteringsbevoegdheid 389-390, 401-403, 413-415, 425, 431-432, 441, 443-444, 475-476
- Procedurele autonomie 12, 18, 24-27, 29, 37, 53, 89, 93, 137, 272-273, 275, 393
- Procesbelang 134-135, 138, 143, 165-167
- Prospectief onderzoek/feitenvaststelling/analyse 90, 130, 252, 335-336, 340-341, 355, 358-360, 362, 375  
 ~ bewijsmaatstaf: zie bewijsmaatstaf, ~ bij prospectieve analyse
- Pseudotegenbewijs 98-99, 252-253, 264, 346, 348, 471, 473
- Punten van overweging 195-197, 325, 328, 350, 363
- Rapport 108, 178, 185, 189-190, 198, 298, 301, 387, 394-395, 399, 401, 408-409
- Rechten van verdediging (zie ook horen; verdedigingsbeginsel)  
 ~ algemeen 8, 33-34, 47, 51, 54, 56-60, 93, 102, 105-108, 130, 190, 194, 208-210, 281, 439, 458, 467, 482-486

- ~ i.h.k.v. kartelverbod 297-310, 463
- ~ i.h.k.v. concentratietoezicht 324-325, 362-364, 481
- ~ van de klager 399-401, 405, 407-408, 430
- Rechten van verweer: zie rechten van verdediging
- Rechterlijke beslisruimte: zie interpretatieruimte
- Rechterlijke identiteit 67, 73, 319, 452, 457
- Rechtsoordeel 171, 181-184, 196-198, 428
- Rechtstreeks en individueel raken 73-74, 139-142, 146-147, 153-156, 162, 165, 177, 179, 184, 458-459
- Rechtszekerheid/rechtszekerheidsbeginsel 17, 22-23, 29, 39, 42, 44-46, 50-51, 55-59, 71, 82, 209-210, 218, 381, 439, 445, 447, 452, 467, 470, 487
- Redelijke termijn 11, 46, 112, 284, 299, 306-307, 484
- Reformatio in peius 109
- Relativiteitseis/vereiste 136-138, 151, 169-170
- Remedie
  - ~ i.h.k.v. effectieve rechtsbescherming 25-27, 30, 35-38, 54, 72, 196, 439
  - ~ in het concentratietoezicht 198, 291, 324-328, 334-336, 349-351, 361, 369, 378-380, 382-385, 397, 444-445, 453
- Rule of reason 27, 218-219, 241-242, 266, 311, 446
- Spill-over-effecten 34-35, 54-55, 64, 70-72, 74, 81, 208, 211, 314-315, 457, 473
- State-action defense 229, 244
- Subjectivering 51, 87-88, 136
- Tegenbewijs
  - ~ algemeen 91, 98-100, 452, 468, 471-473
  - ~ bewijsmaatstaf voor 252-253, 277, 471
  - ~ bij kartelverbod 251-253, 255, 258, 264, 266, 268-270, 277, 279, 319
  - ~ in het concentratietoezicht 346-350, 355, 357
  - ~ pseudotegenbewijs: zie pseudotegenbewijs
  - ~ tegen bewijsvermoeden 100, 266, 274, 279, 345
- Tegenmacht (countervailing power) 346-348, 356
- Terinzagelegging 11, 188, 191-193, 204-206, 208, 605-306, 400
- Toegang tot de rechter (beginsel) 3, 5, 23, 26-27, 30, 34, 37, 39, 46, 49-51, 54, 58-59, 86, 103, 201, 327, 439
- Toegang tot dossier 106-107, 188-191, 202-203, 205, 207-208, 305-306, 363, 399, 400-401, 462-464
  - ~ weigering als besluit: zie besluit, ~ toegang tot dossier
- Toetsingsgronden 103-104, 115, 124, 133, 137
- Toetsingsintensiteit
  - ~ algemeen 108, 109, 121, 126, 130, 438, 474-475, 477-478, 486
  - ~ bij complexe economische beoordelingen: zie complexe economische beoordelingen, ~ toetsing van
  - ~ bij doelbeperking, zie doelbeperking, ~ toetsing van
  - ~ bij effectbeperkingen, zie effectbeperking, ~ toetsing van
  - ~ bij kartelverbod 236, 289-290, 309, 316, 320-321
  - ~ bij merkbaarheid 293
  - ~ en bewijs: zie bewijsmaatstaf, ~ en toetsingsintensiteit
  - ~ en onderscheid doelbeperking/effectbeperking 290, 316
  - ~ in het concentratietoezicht 340, 357, 362, 366, 370-371, 373, 375-376, 378, 383, 385
  - ~ marginale toets: zie marginale toets
  - ~ volle toets: zie volle toets
- Toezeggingsbesluit 118, 124, 197-198, 248, 251, 289-290, 387, 395-396, 400-401
- Transplantatie 33, 39, 214, 220, 221, 234, 311, 325, 332, 382, 440-441, 443, 446, 454
- Uitlegverwijzing 66, 69, 220

Vage norm(en) 112, 114, 120, 125,  
 311, 437, 446, 448  
 Verdedigingsbeginsel 45, 47, 51, 94,  
 299, 484, 486  
 Vertaling (recht op) 47, 299, 307  
 Vertrouwelijkheidsbeslissingen 188,  
 191-195, 205, 462, 464, 465  
 Verzoek om inlichtingen 187-188,  
 206, 462, 464  
 Verzoekschriftprocedure 136, 172-  
 173, 200, 205-206, 209, 462, 466-  
 467  
 Volle toets (zie ook: communicerende-  
 vatentechniek)  
 ~ algemeen 11, 109, 115, 122, 124,  
 130, 474, 477, 486-487  
 ~ bij kartelverbod 286, 288-291,  
 293, 310-311, 316  
 ~ bij klachten/prioritering 428  
 ~ in het concentratietoezicht 365-  
 366, 368, 376, 383, 385  
 ~ omschrijving 110-112  
 Voorlopig oordeel 166, 185, 196-197  
 Voorzorgsbeginsel 338  
 Vos-verruiming 159-160, 168, 170,  
 457, 460  
 Vrije bewijs(leer) 50, 86, 92-93, 97,  
 313, 352  
 Vrijheid(sbeginsel) 42-44, 47, 60,  
 80, 338  
 Wettelijke uitzondering 9, 220, 242,  
 329  
 Wilsovereenstemming 225-226, 257-  
 258, 315  
 Wob 11, 176, 191-195, 201, 204-  
 205, 366, 401, 433, 462, 464, 465  
 Zeggenschap 325, 332, 441  
 Zorgvuldigheid (beginsel/norm/plicht)  
 87, 93, 96, 98-99, 102, 105, 110-  
 111, 115, 124, 135, 194, 203, 217,  
 305-306, 375-377, 385, 399, 409,  
 413, 483-485

## **Curriculum vitae**

Anna Gerbrandy werd geboren op 10 juli 1971 te Amsterdam. In 1989 behaalde zij haar VWO-diploma aan CSG Oostergo, Dokkum, waarna zij twee jaar in het buitenland verbleef. Zij voltooide in 1995 de studie Nederlands recht, afstudeerrichting Internationaal recht, met een Europeesrechtelijke aantekening aan de Universiteit Utrecht. Vervolgens werkte zij als advocaat bij een internationaal georiënteerd advocatenkantoor in Amsterdam en als senior juridisch medewerker bij de rechtbank Rotterdam. In 2002 keerde zij terug naar de Universiteit Utrecht als onderzoeker en docent, waarna zij in 2003 startte met een promotieonderzoek. Sinds 1 januari 2009 is zij werkzaam als docent en onderzoeker bij het Europa Instituut van diezelfde universiteit.

