



## Hof van Justitie (Grote Kamer) 22 februari 2005, Commissie/max.mobil telekommunikationservice GmbH, zaak C-141/02P, n.n.g. in de Jur.

(m.nt. mr B.J. Drijber)

### Feiten en beslissing

In Oostenrijk kregen in 1996 Mobilkom Austria en max.mobil kort na elkaar een GSM-vergunning toegevoegd. Beide exploitanten moesten voor die vergunning betalen. De firma max.mobil, die later door T-Mobile zou worden overgenomen, diende bij de Commissie een klacht in tegen de Oostenrijkse Republiek over het feit dat zij als tweede aanbieder en nieuwkomer op de markt hetzelfde bedrag had moeten betalen als de *incumbent* Mobilkom. Die klacht was gebaseerd op art. 86 lid 3 EG juncto art. 82 EG. Door de vergoeding niet te differentiëren, had Oostenrijk een maatregel vastgesteld die ertoe kon leiden dat Mobilkom haar machtspositie zou misbruiken. De Commissie verwierp die klacht. Onder verwijzing naar haar eerdere beschikkingen over de verdeling van GSM-vergunningen in Spanje en Italië verklaarde de Commissie alleen op te treden als een lidstaat aan een nieuwkomer op de markt een *hogere* vergoeding oplegt dan aan een onderneming die reeds op die markt actief is.<sup>1</sup> Tegen deze weigering om een procedure ex art. 86 lid 3 EG te openen ging max.mobil in beroep.

Het Gerecht verklaarde het beroep ontvankelijk. Naar analogie van klachten over schending van art. 81/82 en over staatssteun dient de Commissie een klacht zorgvuldig en onpartijdig te behandelen. De Commissie heeft namelijk een algemene verplichting tot het houden van toezicht. Anders dan een besluit om niet een inbreukprocedure te openen (art. 226 EG), is het besluit om geen procedure ex art. 86 lid 3 te openen aan de klager gericht en kan daarom wel aan rechterlijke toetsing onderworpen zijn, aldus het Gerecht. Het beroep was daarom ontvankelijk maar ten gronde werd het vervolgens verworpen.

Beide partijen stelden een hogere voorziening in: de Commissie vocht de verwerping van haar niet-ontvankelijkheidsverweer aan, max.mobil de terughoudende toetsing die

had geresulteerd in verwerping van haar beroep. In een sterke conclusie uit advocaat-generaal Poiares Maduro forse kritiek op het arrest van het Gerecht. Ten aanzien van de ontvankelijkheid concludeert hij niettemin tot bevestiging van het arrest, zij het op andere gronden. Ten aanzien van de door het Gerecht aangelegde toetsingscriteria concludeert hij tot vernietiging.

Het Hof honoreert de hogere voorziening van de Commissie:<sup>2</sup>

*‘69. Uit de bewoordingen van artikel [86], lid 3, van het Verdrag en uit de opzet van de bepalingen van dit artikel vloeit (...) dat de Commissie niet verplicht is, een maatregel in de zin van deze bepalingen te nemen, aangezien particulieren niet kunnen eisen dat deze instelling een bepaald standpunt inneemt.*

*70. De omstandigheid dat de verzoeker een rechtstreeks en individueel belang heeft bij het besluit waarbij de Commissie weigert om zijn klacht in behandeling te nemen, is niet van dien aard dat hij daardoor het recht verkrijgt om tegen deze beschikking op te komen. De brief waarbij de Commissie de vennootschap max.mobil heeft laten weten dat zij niet van plan was om tegen de Republiek Oostenrijk op te treden, kan niet worden geacht bindende rechtsgevolgen te sorteren, zodat deze brief geen handeling oplevert waartegen een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld.*

*71. De verzoeker kan zich evenmin beroepen op een recht om beroep in te stellen op grond van verordening nr. 17, die niet van toepassing is op artikel [86] van het Verdrag.*

<sup>1</sup> Dit standpunt heeft de Commissie later opnieuw ingenomen in verband met de toekenning van een tweede GSM-vergunning aan Libertel. Uiteindelijk hoefde noch KPN noch Libertel een vergoeding te betalen.

<sup>2</sup> Omdat de zaak in eerste instantie was aangebracht vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam (1 mei 1999) hanteert het Hof de oude nummering en spreekt het steeds over art. 90. In deze noot gebruik ik de thans geldende nummering.

72. *Deze vaststelling druist niet in tegen het beginsel van behoorlijk bestuur noch tegen een ander algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Geen enkel algemeen beginsel van gemeenschapsrecht eist immers dat een onderneming voor de gemeenschapsrechter moet kunnen opkomen tegen de weigering van de Commissie om op grond van artikel [86], lid 3, van het Verdrag tegen een lidstaat op te treden.'*

Het beroep van max.mobil tegen de brief van de Commissie wordt door het Hof verworpen.<sup>3</sup> Om die reden komt het Hof aan de incidentele hogere voorziening niet toe.

## Noot

De positie van klagers in het Europees mededingingsrecht is in de loop der jaren versterkt, doordat aan hen in toenemende mate rechtsbescherming is toegekend. Voor de toepassing van art. 81 en 82 EG werd aanvaard dat de klager recht heeft op een definitieve standpuntbepaling van de Commissie over zijn klacht. Een afwijzing van de klacht wijzigt zijn rechtspositie omdat hij niet opnieuw gebruik kan maken van zijn (procedurele) recht over hetzelfde onderwerp een klacht in te dienen zonder nieuwe feiten aan te voeren.<sup>4</sup> Voor de toepassing van de staatssteunregels (art. 87 en 88 EG) heeft het Hof aanvaard dat een beschikking waarbij de Commissie beslist dat er voor een maatregel geen steun of verenigbare steun is, een voor beroep vatbare beslissing vormt.<sup>5</sup> Een klager zal in de regel rechtstreeks en individueel zijn geraakt en daarom de aan de betrokken lidstaat gerichte beschikking in rechte kunnen aanvechten. Ten slotte is hetzelfde aanvaard voor concentratiecontrole.<sup>6</sup>

Met name het Gerecht heeft regelmatig een beschikking op verzoek van een klager vernietigd. Sommige van zijn arresten stralen uit dat het Gerecht vond dat de Commissie zich er te gemakkelijk van had afgemaakt en daarom niet echt onpartijdig was geweest. De gekozen benadering wijkt in feite niet veel af van het in art. 3:2 Awb gecodificeerde beginsel van zorgvuldige voorbereiding:

*'Bij de voorbereiding van een besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent relevante feiten en af te wegen belangen.'*

Bedacht zij wel dat de vernietiging van een beschikking waarbij een klacht is afgewezen, de klager uiteindelijk vaak weinig oplevert. De Commissie zal haar huiswerk over moeten doen.<sup>7</sup> In de praktijk betekent dat niet zelden dat de Commissie terugkomt met een nieuwe, beter gemotiveerde, afwijzing.

Veel zwakker is de positie van klagers in de klassieke inbreukprocedure (art. 226 EG). Zij kunnen niet in beroep komen van een weigering van de Commissie de procedure te openen en evenmin via de procedure wegens nalaten (art. 232 EG) de Commissie dwingen een inhoudelijk standpunt in te nemen op de klacht.<sup>8</sup> Dat geldt ook als de mededin-

gingsregels in het geding zijn, bijvoorbeeld een vermeende schending van de artt. 3 lid 1 sub g), 10 en 81 EG. Kortom de procedurele positie van de klager is onbestaand, zij het dat hij – mede onder druk van de Europese Ombudsman – tegenwoordig wel bepaalde 'informatierechten' heeft.<sup>9</sup>

De vraag die in de hier besproken zaak centraal stond, is hoe klagers ex art. 86 lid 3 EG moeten worden behandeld. Op grond van deze bepaling kan de Commissie 'voorzoover nodig' aan een of meer lidstaten een richtlijn of een beschikking richten teneinde aan een inbreuk op art. 86 lid 1, in samenhang met een andere verdragsbepaling,<sup>10</sup> een einde te maken. Het was het enige stukje mededingingstoezicht waarvoor nog niet was uitgemaakt dat een klager in beroep tegen een besluit van de Commissie geen procedure in kan stellen. Zoals zo vaak zijn duidelijk twee opvattingen mogelijk

Volgens een *restrictieve opvatting* is beroep door een onderneming/klager uitgesloten. Er is geen regeling van secundair recht die in een klachtrecht voorziet. De klager heeft daarom geen beschermde procedurele status. De procedure van art. 86 lid 3 EG is een alternatief voor de inbreukprocedure ex art. 226 EG, waarin de klager evenmin de mogelijkheid heeft zich tot het Hof te wenden. Bovendien wijzigt een brief waarbij de Commissie aankondigt geen procedure ex art. 86 lid 3 te zullen openen, de positie van de klager niet.

- 
- 3 In punt 2 van het dictum van het arrest staat dat het bij het Gerecht ingestelde beroep wordt verworpen, terwijl volgens mij eigenlijk van een niet-ontvankelijkverklaring sprake zou moeten zijn.
  - 4 Verordening 99/63 en, later, Verordening 2842/98 (Pb. 1998, L 354/18) bevatten een artikel 6 dat de Commissie verplichtte de klager te informeren als zij het voornemen had de klacht te verwerpen. Er was echter geen bepaling die voorschreef dat de Commissie vervolgens, na opmerkingen van de klager te hebben ontvangen, de klacht bij beschikking moest afwijzen als die opmerkingen haar niet op andere gedachten brachten. De rechtspraak heeft niettemin het bestaan van die verplichting aangenomen, omdat de 'art. 6 brief' een voorbereidende handeling is en de klager anders verstoken zou blijven van iedere rechtsbescherming. Zie o.a. *Guerrin Automobiles*, C-282/95P, Jur. 1997, p. I-1503. Art. 7 lid 2 van de thans geldende uitvoeringsverordening (Verordening 773/2004, Pb. 2004, L 123/18) heeft deze praktijk gecodificeerd.
  - 5 Zie *Cofaz*, 169/84, Jur. 1986, p. 391 en *Cook*, C-198/91, Jur. 1993, p. I-2487.
  - 6 Zie bijvoorbeeld *Schlüsselverlag J.S. Moser*, C-170/02P, Jur. 2003, p. I-9889.
  - 7 Zie art. 233 EG. Deze procedure heeft in het Nederlands bestuursrecht als pendant de plicht om met inachtneming van de uitspraak een nieuw besluit op bezwaar te nemen.
  - 8 Vaste rechtspraak sinds *Lütticke*, 48/65, Jur. 1966, p. 27. Zie bijv. *Asia Motor France*, C-29/92, Jur. 1992, p. I-3935.
  - 9 Zo krijgt hij van tevoren bericht als de Commissie voornemens is haar dossier te sluiten. Art. 41 van het Handvest voor de grondrechten speelt hier een rol. Ik denk echter wel dat het principieel juist is dat een klager niet de Commissie in beweging kan zetten, omdat dan al snel particuliere belangen zouden gaan bepalen wanneer de Commissie in het algemeen belang optreedt. Anderzijds zijn klachten een onmisbaar instrument voor de detectie van inbreuken en komt het voor dat een klacht door een Directoraat-Generaal wordt aangegrepen als argument om, soms tegen de zin van andere diensten in, een inbreukprocedure door te zetten. De houding van de Commissie tegenover klachten heeft soms iets tweeslachtigs.
  - 10 Art. 86 lid 1 is een verwijzingsnorm, omdat deze bepaling niet 'sec' maar alleen in samenhang met een andere verdragsbepaling kan zijn geschonden. Vaak is die andere verdragsbepaling art. 82 EG.

Ten slotte hebben de betrokken verdragsbepalingen directe werking,<sup>11</sup> zodat een belanghebbende onderneming ook voor de nationale rechter een procedure kan beginnen.

Volgens een *extensieve opvatting* kan een klager wel beroep instellen tegen een dergelijk besluit van de Commissie. Het Hof heeft erkend, in *Nederland en PTT/Commissie*,<sup>12</sup> dat een verbodsbeschikking ex art. 86 lid 3, waarbij een exclusief of bijzonder recht van een bepaalde onderneming als strijdig met het art. 86 lid 1 juncto art. 82 EG wordt aangemerkt, door die (begunstigde) onderneming kan worden aangevochten. Niet valt in te zien waarom het omgekeerde niet evenzeer heeft te gelden, voor het geval een klager/concurrent rechtstreeks in zijn belangen is getroffen. Bovendien heeft de weigering de procedure te openen wel degelijk rechtsgevolgen, omdat de lidstaat in kwestie weet dat hij van een procedure verschoond blijft en de klager dezelfde klacht niet een tweede maal kan indienen. Het dossier wordt gesloten. Bij staatssteun wordt de procedure gestart door een aanmelding en is sprake van een exclusieve dialoog tussen lidstaat en Commissie. Desondanks kan een klager in beroep komen tegen een voor de betrokken lidstaat gunstige beschikking. Niet valt in te zien waarom dat dan voor art. 86 lid 3 anders zou moeten zijn.

Ik sluit mij aan bij de argumenten voor de extensieve opvatting, die ik slechts schetsmatig heb weergegeven. Zij passen ook het beste in een tendens die er onmiskenbaar op is gericht de toegang tot de rechter te verbeteren. Deze extensieve interpretatie zou ik in elk geval willen voorstaan in situaties als de onderhavige waarbij de klager de Commissie heeft gevraagd om (i) een beschikking te geven wegens (ii) strijd met art. 86 lid 1 juncto art. 82 – dus wegens strijd met het mededingingsrecht. In dat geval dringt de parallel met de procedure van Verordening 17 (thans Verordening 1/2003) zich het meeste op, en die met de gewone inbreukprocedure het minst. Sterker nog: een schending van art. 86 juncto 82 EG kan, anders dan een inbreuk op bijvoorbeeld art. 86 juncto 49 EG, niet via een gewone inbreukprocedure worden aangepakt. De meerwaarde van de procedure van art. 86 lid 3 zit hem in de praktijk dan ook vooral daarin, dat overheidsmaatregelen kunnen worden aangepakt die leiden tot schendingen van het *mededingingsrecht*.

Wat vindt het Hof er nu van? In het arrest *Verband der Bilanzbuchhalter van 1997*<sup>13</sup> had het Hof de restrictieve benadering als uitgangspunt genomen, maar – in afwijking van het Gerecht in die zaak – duidelijk ruimte gelaten voor een soepeler benadering.<sup>14</sup> Het overwoog:

*'25. Het is niet a priori uitgesloten, dat er uitzonderingssituaties kunnen bestaan waarin een particulier of eventueel een vereniging die is opgericht ter behartiging van de collectieve belangen van een groep justitiabelen, in rechte kan optreden tegen een weigering van de Commissie om een beschikking te geven in het kader van haar toezichthoudende taak als bedoeld in artikel [86], leden 1 en 3.*

*26. In casu heeft requirant de Commissie evenwel verzocht, krachtens artikel [86], leden 1 en 3, tot de Bondsrepubliek Duitsland een beschikking te geven waarin wordt vastgesteld, dat een wetgevende handeling van algemene strekking, te weten het Steuerberatungsgesetz, in strijd is met het Verdrag,<sup>15</sup> en waarin wordt aangegeven welke maatregelen moeten worden genomen om aan de gemeenschapsrechtelijke verplichtingen te voldoen. De beschikking waartegen voor het Gerecht werd opgekomen, was dus de weigering van de Commissie om een dergelijke beschikking tot de Bondsrepubliek Duitsland te richten. (...)*

*28. Bovendien kan een particulier niet door middel van een beroep tegen de weigering van de Commissie om jegens een lidstaat een beschikking krachtens artikel [86], leden 1 en 3, te geven, indirect afdwingen dat deze lidstaat een wetgevende handeling van algemene strekking vaststelt.'*

Dat laatste argument houdt volgens mij niet meer in dan dat de Commissie niet de bevoegdheid heeft een lidstaat positief voor te schrijven hoe aan een bepaalde inbreuk een einde te maken. *A contrario* lijkt uit het geheel van overwegingen echter te volgen dat voor de klager wel beroep openstaat tegen de weigering van de Commissie te constateren dat een aan hem gericht besluit van een lidstaat in strijd met art. 86 lid 1 juncto art. 82 is. En dat geval deed zich voor bij de Oostenrijkse maatregel om max. mobil een vergoeding in rekening te brengen, welke overeenkwam met die voor de *incumbent*.

Het Hof heeft echter anders beslist en onomwonden voor de restrictieve opvatting gekozen. Ik vind de gehanteerde argumenten weinig overtuigend. Het is waar dat de Commissie niet – positief – kan worden verplicht een bepaald standpunt in te nemen (punt 69), maar dat is evenmin mogelijk in de gewone mededingingsprocedure van Verordening 17. Niettemin heeft de klager daar wel recht op rechterlijke controle van een brief waarbij zijn klacht wordt afgewezen. Met het argument dat de brief aan de Oostenrijkse regering geen bindende rechtsgevolgen kon sorteren (punt 70) legt het Hof weliswaar het juiste criterium aan,<sup>16</sup> maar of het daarvan ook een juiste toepassing geeft zou ik willen betwijfelen. De lidstaat weet dat hem geen verbodsbeschikking boven het hoofd hangt<sup>17</sup> en de brief heeft ontegenzeggelijk een definitieve

11 Wat een verschil is met staatssteun. Het in art. 87 lid 1 EG neergelegde verbod heeft immers geen directe werking, alleen de standstill-verplichting van art. 88 lid 3, 3e zin heeft dat.

12 C-48/90 en C-66/90, Jur. 1992, p. I-565.

13 C-107/95P, Jur. 1997, p. I-947.

14 Daartoe opgeroepen door advocaat-generaal La Pergola in zijn conclusie in die zaak.

15 Volgens eiseres in die zaak was die nationale wet in strijd met art. 49 en 82 EG.

16 Anders dan het Gerecht, dat veel belang hechtte aan de vraag wie de geadresseerde van de brief was.

17 Zie ook de conclusie A-G, punt 45.

tief karakter. De klager kan weliswaar bij de nationale rechter een procedure starten, omdat de artt. 86 lid 1 en 82 directe werking hebben en een brief als hier aan de orde de nationale rechter niet bindt, maar na zo'n brief van de Commissie staat hij dan vermoedelijk wel met 0-1 achter.

Dat Verordening 17 niet van toepassing is op art. 86 lid 3 van het Verdrag (punt 71) is bekend, maar zou evenmin beslissend moeten zijn. Noch Verordening 17 noch de verordening van de Commissie ter uitvoering daarvan voorzagen immers in de verplichting op een klacht te beslissen door middel van een voor beroep vatbare handeling, maar toch heeft het Hof het bestaan van een dergelijke verplichting aangenomen.<sup>18</sup> Het gaat hier ook om een procedure tegen een lidstaat. Overigens kan de dominante onderneming zelf langs de weg van Verordening 17 worden aangesproken op eventueel misbruik, als het daarbij althans om gedragingen gaat die haar kunnen worden toegerekend. Ook bij de overweging dat 'geen enkel algemeen beginsel van gemeenschapsrecht' eist dat een onderneming in een geval als het onderhavige een beroepsmogelijkheid moet hebben (punt 72), past de tegenwerping dat het ontbreken van een dergelijk algemeen rechtsbeginsel het Hof er niet van heeft weerhouden om ten aanzien van klachten over gedragingen van ondernemingen of over staatssteun wél de toegang tot de communautaire rechter te openen.

Ik vind dit al met al dan ook een niet erg bevredigende uitspraak. De deur die het Hof in *Verband der Bilanzbuchhalter* op een kier had gezet, is nu – door de Grote Kamer – weer dichtgegooid. In de toekomst is een andere lijn alleen denkbaar als het Hof openlijk omgaat. Een onderneming die meent nadeel te ondervinden van een nationale maatregel ten gunste van een concurrent, doet er wellicht beter aan direct naar de nationale rechter te stappen, zonder bij de Commissie te klagen. Er is intussen heel wat Europese rechtspraak over art. 86 lid 1 EG in samenhang met art. 82, welke zonder uitzondering tot stand is gekomen in prejudiciële procedures en dus in het kader van gedingen bij een nationale rechter.<sup>19</sup> Ten slotte is het vanuit een oogpunt van rechtszekerheid weinig fraai dat het Gerecht en het Hof op het punt van de ontvankelijkheidsvoorwaarden van art. 230, 4<sup>e</sup> alinea, EG opnieuw van mening verschillen.<sup>20</sup>

18 Zie noot 4.

19 Die zal moeten onderzoeken of een nationale maatregel ertoe zal leiden dat een onderneming met een machtspositie daarvan misbruik gaat maken. Dat vergt het uitvoeren van een prospectieve analyse, wat doorgaans bepaald geen sinecure zal zijn.

20 Voor een rechtstreeks beroep van een particulier tegen een communautaire verordening die geen nationale uitvoeringsmaatregelen vraagt, was het Hof in *Unión de Pequeños Agricultores*, C-50/00P, Jur. 2002, p. I-6677 strikter dan het Gerecht kort daarvoor – en principieel – in T-177/01, *Jégo-Quéré*, Jur. 2002, p. II-2365). Laatstgenoemd arrest is dan ook vernietigd (C-263/02P, Jur. 2004, p. I-3425). Zie R. Barents, 'Een midzomernachtdroom op de Kirchberg', *SEW* 2003, p. 2. Zie daarvoor het arrest *Comafrika*, C-73/97P, Jur. 1999, p. I-185, waarin het Hof in tegenstelling tot het Gerecht in T-70/94, Jur. 1996, p. II-1741, een exceptie van niet-ontvankelijkheid van de Commissie honoreerde. Voor de vraag wanneer een onderneming rechtstreeks is geraakt door een aan een andere partij gerichte handeling, was het Hof (*Glencore*, C-403/96P, Jur. 1998, p. I-2405), echter juist soepeler dan het Gerecht in T-491/93, Jur. 1996, p. II-1131. Zo zijn er andere voorbeelden.