

# Annotatie

## Van Europese en Nederlandse prioriteiten

(GvEA 15 december 2010, zaak T-427/08, *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs*, n.n.g.; CBb 20 augustus 2010, *Vereniging van Reizigers/NMa II*, LJN BN4700)

Mr. P.J. Kreijger\*

110

### Achtergrond

Van oudsher hebben klachten een belangrijke rol gespeeld bij de handhaving van het mededingingsrecht. In haar Witboek modernisering uit 1999<sup>1</sup> gaf de Commissie bijvoorbeeld aan dat tot dan toe circa 30% van de nieuwe zaken het gevolg was van formele klachten terwijl informele signalen aan vrijwel al haar ambtshalve activiteiten vooraf zijn gegaan. Niettegenstaande dit belang van klachten is de formele positie van klagers pas in de loop van de jaren uitgekristalliseerd in de rechtspraak – Verordening (EG) nr. 17/62 regelde niets over de positie van klagers en, meer specifiek, het al dan niet bestaan van een recht op een inhoudelijke beslissing van de Commissie op hun klacht. In het bijzonder het Gerecht heeft in zijn tweede *Automec*-uitspraak uit 1992<sup>2</sup> het tot op heden vigerende kader geformuleerd voor de beoordeling van de Commissie om klachten niet, dan wel niet verder, in behandeling te nemen omdat zij aan andere zaken een hogere prioriteit toekent. Kort gesteld oordeelde het Gerecht dat de aan de Commissie opgedragen toezichtstaak niet betekent dat de Commissie ook steeds verplicht is om naar aanleiding van een klacht een beschikking vast te stellen en dus

evenmin verplicht is daartoe een onderzoek in leiden. Aan de administratiefrechtelijke en veelomvattende aard van de mededingingsrechtelijke toezichtstaak van de Commissie is voorts inherent, aldus het Gerecht, dat zij prioriteiten kan stellen. Wel mag van de Commissie worden verlangd dat zij de onder haar aandacht gebrachte feiten en omstandigheden zorgvuldig onderzoekt. Het Gerecht bevestigde voorts dat het ‘communautair belang’ een legitiem prioriteringscriterium vormt, nu de Commissie niet, zoals een rechter, louter met het oog op het belang van procespartijen beslist (en dus ook op straffe van rechtsweigeren moet beslissen), maar in het algemeen (Communautair) belang haar prioriteiten stelt. De Commissie dient steeds een afweging te maken van de impact op de gemeenschappelijke markt van de gestelde inbreuken, de omvang van het gevraagde onderzoek en de waarschijnlijkheid dat een inbreuk kan worden vastgesteld.

Dit alles is naderhand geformaliseerd in artikel 7 van Verordening (EG) nr. 1/2003, waarin een ‘klachtrecht’ is geformuleerd in hoofdstuk IV van Verordening (EG) nr. 773/2004 (waarin klagers zekere procedurele rechten wordt geboden) en in een mededeling waarin de Commissie haar beleid met betrekking tot het afwijzen van klachten wegens gebrek aan communautair nader uitwerkt.<sup>3</sup> In de mededeling behoudt de Commissie zich op dit punt alle ruimte voor: zij meent dat het aantal beoordelingscriteria ter invulling van het ‘communau-

\* Mr. P.J. Kreijger is advocaat bij Linklaters LLP te Amsterdam.

1. Pb. EU 1999, C 132, p. 1.

2. GvEA 18 september 1992, zaak T-24/90, *Jur.* 1992, p. II-2223, *Automec Srl./Commissie*.

3. 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.

tair belang' niet kan worden beperkt, terwijl evenmin een verplichting bestaat uitsluitend bepaalde criteria te gebruiken, noch verboden is nieuwe criteria te hanteren of in een gegeven geval de voorkeur te geven aan één enkel criterium ter beoordeling van het communautair belang. Aan de rechtspraak ontleent de Commissie een aantal in dit verband relevante gezichtspunten, waaronder de mogelijkheid voor de klager zich tot de nationale rechter te wenden en de ernst van de gestelde inbreuken, maar deze gezichtspunten zouden niet uitputtend zijn.

Ondertussen kenden we in het Nederlandse mededingingsrecht nog geen 'eigen' *Automec II*-uitspraak en bestond onduidelijkheid over de mate waarin, in ieder geval materieelrechtelijk, in het Nederlandse systeem vergelijkbare criteria en eisen gelden als op Europees niveau – zoals uitvoerig onderzocht in de dissertatie van Gerbrandy uit 2009, waarin een volledig hoofdstuk aan deze problematiek is gewijd dat een mooi overzicht biedt van de stand van zaken (voorafgaand aan de hier te bespreken uitspraak van het CBB).<sup>4</sup> Kort gesteld komt deze erop neer dat de positie van klagers wordt beheerst door de regels van de Algemene wet bestuursrecht voor zover de klacht kan worden getypeerd als een verzoek aan de NMa op grond van artikel 56 Mw handhavend op te treden tegen gestelde inbreuken (hetgeen doorgaans al spoedig het geval is). Ofschoon een met artikel 7 Verordening (EG) nr. 1/2003 vergelijkbaar expliciet klachtrecht niet in artikel 56 Mw staat vermeld, is dat geen belemmering: (aan)vragen staat immers vrij en voor zover de verzoeker als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb bij het gevraagde besluit van de NMa kan worden aangemerkt (hetgeen onder meer bij consumenten problematisch kan zijn omdat zij zich al snel in onvoldoende mate onderscheiden van andere consumenten), geldt de klacht als een tot de NMa gerichte aanvraag in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb zodat de NMa verplicht is daarop een besluit te nemen. De belanghebbende klager ontleent dus aan de Awb alvast het recht op *een* besluit maar de Awb zegt uiteraard niets over de vraag *welk* besluit (wel of niet optreden) dit moet zijn. Uit het feit dat artikel 56 Mw bepaalt dat de NMa de daarin genoemde besluiten *kan* nemen, wordt een discretionaire marge van de NMa afgeleid waarbinnen zij kan besluiten daar ook van af te zien. In het uitoefenen van haar bevoegdheid is de NMa gehouden beleidsmatig te handelen en de betrokken belangen af te wegen, artikel 3:4 Awb. Ofschoon dit natuurlijk wezenlijke kernbepalingen en -principes van algemeen bestuursrecht zijn, volgt daaruit nog geen inhoudelijk kader dat klagers houvast verleent. Het dichtst in de buurt komt de in 2009 door de NMa gepubliceerde brochure 'Klachten, tips, signalen en besluitaanvragen' waarin de NMa het publiek voorhoudt dat zij gelet op haar capaciteit genoodzaakt is keuzes te maken uit de stroom van klachten en meldingen, waarbij zij kijkt naar het economisch belang, het consumentenbelang, de

ernst van de overtreding en de vraag of optreden van de NMa doelmatig en doeltreffend is. Vergelijkbare criteria formuleerde de NMa in eerdere jaarverslagen en brochures.

## De zaak CEHR

Zoals gebruikelijk in het (mededingings)recht kent ook het arrest in de zaak *CEHR* een lange procedurele voorgeschiedenis, die in deze zaak aanvangt met een klacht die in 2004 wordt ingediend door de federatie van brancheverenigingen van reparateurs van horloges, de *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs* (CEHR). Het gaat hier om reparateurs van duurdere (veelal Zwitserse) merkhorloges die onafhankelijk opereren van fabrikanten en selectieve dealernetwerken, zoals ook bij bijvoorbeeld auto's het geval is. Namens hen stelt CEHR, kort gesteld, de commerciële beslissing aan de orde van verscheidene fabrikanten van merkhorloges om reserveonderdelen en reparatiediensten 'in huis' te houden (dat wil zeggen: uitsluitend onderhoud en reparatie binnen hun eigen selectieve distributiesysteem toe te staan) en niet langer reserveonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs. In de eigen woorden van CEHR ([www.cehr.org](http://www.cehr.org)):

### 'WAT DENKT U ? ...

U bezit een horloge, een merkhorloge waaraan U houdt!

Dit horloge loopt niet meer, had een ongelukje (gebroken glas, ...) of heeft een onderhoud nodig. Dan stelt U vast dat U, alhoewel eigenaar ervan, U niet vrij bent het te laten herstellen waar en bij wie U wenst! De grote Zwitserse horlogemerken passen inderdaad sinds enkele tijd volgende politiek toe: ze leveren geen onderdelen meer aan zelfstandige herstellende ateliers. Dit betekent dat U als klant voor het in orde brengen van uw horloge verplicht wordt dit naar een officiële verdeler (winkel) van het merk te brengen die het weer zal doorgeven aan een door het merk geaggregeerd atelier. U wordt hierdoor verplicht de levertijd en de prijs te aanvaarden die door het officiële merkatelier opgelegd worden en dat zelfs kan beslissen dat uw horloge nu te oud geworden is om nog hersteld te worden. Uw horloge wordt dus op uw kosten (en risico?) en meestal zonder U hiervan op de hoogte te stellen naar een centraal atelier gezonden, soms zelfs in het buitenland.

Het werk zal dikwijls insluiten dingen dat U hebt niet vraagt, maar moet betaald, zoals een nieuwe wijzerplaat, nieuwe wijzers ...

Uw horloge wordt dus hersteld op hun voorwaarden of wordt onherstelbaar.

De vrije concurrentie wordt hierbij dus met de voeten getreden en de betrokken merken respecteren het vertrouwen niet dat U in uw vaste hersteller – een ervaren uurwerkmaker – stelt!

4. A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, hfdst. 5.

Daarom heeft onze Europese Beroepsvereniging een klacht ingediend bij de Europese Commissie.’

In haar klacht gaat CEAHR voor verschillende ankers liggen. Zij verwijt de merkfabrikanten dat hun beslissing niet langer reserveonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs in onderling overleg en dus in strijd met artikel 101 VWEU tot stand is gekomen, terwijl ook de door ieder van deze fabrikanten gehanteerde selectieve distributiestelsels in strijd zouden zijn met artikel 101 VWEU. Met hun leveringsweigering zouden de fabrikanten voorts misbruik maken van de machtspositie die ieder van hen inneemt op de afzonderlijke markt voor onderdelen voor de door hen vervaardigde horloges (onderdelen die onderling niet uitwisselbaar zijn) op welke ‘*aftermarket*’ de onafhankelijke reparateurs de vragers zijn.

De Commissie blijkt echter minder warm te lopen dan CEAHR: op 28 april 2005 deelt zij CEAHR als haar voorlopig standpunt mee dat zij na onderzoek geen enkel bewijs had gevonden van enige collusie tussen horlogefabrikanten gericht op het uitsluiten van onafhankelijke reparateurs, terwijl bovendien volgens de Commissie ook niet is gebleken van het bestaan van afzonderlijke relevante markten voor reserveonderdelen en reparatiediensten voor horloges (althans, markten die los gezien moeten worden van de primaire markt voor de horloges). CEAHR handhaaft haar klacht in reactie op het voorlopig standpunt, waarna de Commissie er tot 13 december 2007 over doet om CEAHR te berichten dat zij eveneens aan haar oorspronkelijke standpunt vasthoudt en geen gemeenschapsbelang ziet dat noopt tot verder onderzoek. Dit standpunt legt zij op 10 juli 2008 vast in een formele beschikking op grond van artikel 7 lid 1 van de Procedureverordening en het is deze beschikking die door CEAHR met succes bij het Gerecht wordt aangevochten.

Bij zijn beoordeling vertrekt het Gerecht vanaf de in verschillende uitspraken bevestigde discretionaire bevoegdheid van de Commissie om klachten wegens ontoereikend gemeenschapsbelang af te wijzen, inclusief de daaraan gestelde grenzen (zorgvuldig onderzoek, nauwkeurige en gedetailleerde motivering). Tegen die achtergrond onderzoekt het Gerecht dan eerst de constatering van de Commissie dat het marktsegment waar de klacht van CEAHR op ziet slechts een beperkt economisch belang vertegenwoordigt omdat met reparatiediensten voor luxe horloges slechts een zeer beperkt deel van de omzet op de totale horlogemarkt (waarvan luxe horloges zelf ook maar een beperkt deel zouden zijn) zou zijn gemoeid. Die constatering kan het Gerecht niet rijmen met het niet door de Commissie weersproken betoog van CEAHR dat de gewraakte gedragingen in zeker zes lidstaten van de EU gevolgen hebben en evenmin met het ontbreken van cijfers en ramingen van de omvang van de markt. Nu is de Commissie niet verplicht om zich bij de beoordeling van de mate waarin het gemeenschapsbelang met een klacht is gemoeid uit te laten over de omvang van de betrokken markt, maar *als* de Commissie dat doet – zoals ook in dit geval – dan

moet die conclusie wel voldoende worden gemotiveerd, anders dan de Commissie in de bestreden beschikking doet.

Vervolgens beziet het Gerecht de argumentatie van de Commissie met betrekking tot de *afbakening* van de relevante markt, meer specifiek de weigering van de Commissie om de klacht van CEAHR te beoordelen uitgaande van afzonderlijke relevante markten voor reparatie en onderhoud van, en vervangingsoordelen voor luxe horloges. Ook op dit punt stelt het Gerecht de beoordelingsmarge van de Commissie voorop (marktafbakening vergt ingewikkelde economische beoordelingen die slechts aan beperkte toetsing door de Gemeenschapsrechter zijn onderworpen) om vervolgens in feite toch tamelijk diepgaand de overwegingen van de Commissie inzake marktafbakening te analyseren. De beschikking doorstaat die analyse niet. Voor wat betreft vervangingsonderdelen overwoog de Commissie dat CEAHR onvoldoende had aangetoond dat onderdelen voor horloges van verschillende merken niet onderling substitueerbaar zijn terwijl voor wat betreft het primaire product, de horloges, geldt dat consumenten kunnen kiezen tussen tal van horlogemerken en zij voor hun oude horloge op de tweedehandsmarkt voldoende kunnen terugkrijgen. Dit gaat het Gerecht te kort door de bocht: de enkele mogelijkheid voor consumenten om van horloge(merk) te wisselen is niet voldoende om van een enkele systeemmarkt, die horloges en service (reparatie en vervangingsonderdelen) omvat, uit te kunnen gaan. Het Gerecht houdt de Commissie randnummer 56 van de mededeling inzake afbakening van de relevante markt voor:

‘Er is een aantal gebieden waar de toepassing van de bovengenoemde beginselen omzichtig moet gebeuren. Dit is het geval bij het onderzoek van primaire en secundaire markten, inzonderheid wanneer de gedragingen van ondernemingen op een bepaald ogenblik moeten worden getoetst aan artikel 86. De methode om in deze gevallen de markten te bepalen is dezelfde, d.w.z. dat de reacties van afnemers op wijzigingen van de relatieve prijs worden beoordeeld aan de hand van hun aankoopbeslissingen, evenwel ook rekening houdend met beperkingen inzake substitutie welke uitgaan van de voorwaarden op verwante markten. Een enge marktdefinitie voor secundaire producten – zoals bijvoorbeeld onderdelen – kan nodig zijn wanneer er aanzienlijke verenigbaarheid is met het primaire product. Problemen om verenigbare secundaire producten te vinden, gecombineerd met hoge prijzen en een lange levensduur van de primaire producten, kan stijgingen van de relatieve prijs van secundaire producten winstgevend maken. Een andere marktbepalingsmethode kan mogelijk zijn, wanneer aanzienlijke substitutie tussen secundaire producten mogelijk is of wanneer door de kenmerken van de primaire producten snelle en directe reacties van de consumenten op stijgingen van de relatieve prijs van de secundaire producten mogelijk zijn.

Aldus had de Commissie, zoals ook in de mededeling inzake afbakening van de relevante markt en de rechtspraak wordt bevestigd, haar conclusie moeten baseren op de vaststelling dat een voldoende aantal consumenten bij een matige prijsstijging op de servicemarkt(en) zal overstappen op een ander primair product. De Commissie stelt dit echter niet vast. De enkele mogelijkheid van primair product te wisselen (een nieuw horloge te kopen) zegt daarover niets, aldus het Gerecht. Te meer niet nu de Commissie zelf ook vaststelde dat de kosten van service slechts een fractie van de prijs van een horloge uitmaken en voor de consument juist geen bepalende factor zijn bij de keuze een luxe horloge aan te schaffen. Daar komt bij dat vervangingsonderdelen niet door consumenten maar door reparateurs worden gekocht zodat de consument ook niet als eerste met een prijsstijging van onderdelen geconfronteerd wordt. Waarom zou je als consument dan toch bij een beperkte stijging in servicekosten een heel nieuw, duur, horloge kopen? In de tweedehandsmarkt ziet het Gerecht geen soelaas nu de Commissie helemaal niet heeft onderzocht in hoeverre een tweedehandsprijs opweegt tegen hogere servicekosten (zodat de consument liever zijn oude horloge inruilt in plaats van genoeg te nemen met hogere servicekosten) terwijl bovendien een kapot horloge niet veel waard zal zijn op de tweedehandsmarkt, zodat de consument hoe dan ook zelf de reparatiekosten moet dragen, dus ook als hij op de tweedehandsmarkt een alternatief zou zoeken.

Ook de overwegingen van de Commissie met betrekking tot de markt voor reparatie en onderhoud worden door het Gerecht als een kennelijke beoordelingsfout afgeserveerd, omdat de Commissie ook hier niet beoordeelt of, en in hoeverre de vraag naar horloges wordt beïnvloed door de kosten van reparatie en onderhoud terwijl de vaststelling van de Commissie dat die kosten ten opzichte van de aanschafprijs van een horloge gering zijn en het feit dat er bepaalde marktdeelnemers (de achterban van CEAHR) gespecialiseerd zijn op de klantenservicemarkt, duidelijke aanwijzingen vormen dat juist wel een afzonderlijke servicemarkt bestaat.

De gebreken in de marktafbakening door de Commissie werken ook door in de beoordeling door het Gerecht van de argumentatie waarmee het beroep van CEAHR op schending van artikel 101 en 102 VWEU wordt afgedaan in de bestreden beschikking. Voor wat betreft het oordeel van de Commissie dat niet is gebleken van collusie tussen horlogefabrikanten, is het Gerecht kort: het bestaan van enige mededingingsregeling is door CEAHR in het geheel niet aangetoond terwijl uit haar eigen stukken het tegendeel blijkt nu daarin wordt gerept van een over vele jaren uitgesmeerde 'weigeringsprogressie', oftewel een ontwikkeling waarin sinds 1985 steeds meer merkfabrikanten servicediensten aan hun selectief distributeurs gingen voorbehouden. Daaruit zou juist niet blijken dat dit een gecoördineerde commerciële politiek van fabrikanten is, maar juist een reeks opeenvolgende individuele beslissingen. In zoverre faalt het beroep op artikel 101 VWEU.

Anders ligt dat echter voor het bezwaar van CEAHR dat de selectieve distributiestelsels van de horlogefabrikanten niet zijn vrijgesteld onder Verordening (EG) nr. 2790/1999 en deze fabrikanten misbruik maakten van hun machtspositie op de markten voor vervangingsonderdelen van de door hen vervaardigde horloges. Waar de Commissie de markten ondeugdelijk afbakt, kan zij evenmin deugdelijk beoordelen of de marktaandeeldrempel van 30% van Verordening (EG) nr. 2790/1999 al dan niet wordt overschreden dan wel of een economische machtspositie aan de orde is.

De overweging van de Commissie dat het gemeenschapsbelang niet noopte tot voortzetting van het door CEAHR verlangde onderzoek, is vrijwel volledig gebaseerd op, of te herleiden tot, de conclusies van de Commissie omtrent de marktafbakening. Dit is van belang, nu beoordelingsfouten op zich nog niet tot vernietiging nopen wanneer die fouten voor het uiteindelijke resultaat – afwijzing van de klacht wegens gebrek aan gemeenschapsbelang – geen verschil hadden gemaakt. De enige reden voor afwijzing van de klacht van CEAHR die niet op de gebrekkige marktafbakening is te herleiden, is de overweging dat nationale autoriteiten en rechters goed geplaatst zijn eventuele inbreuken op artikel 101 en 102 VWEU te beoordelen. Het Gerecht wijst erop dat in de rechtspraak weliswaar is aanvaard dat het Gemeenschapsbelang geen interventie door de Commissie vergt in gevallen waarin de gevolgen van een gestelde inbreuk tot een enkele lidstaat beperkt blijven en de klager aldaar de rechter en bevoegde autoriteiten heeft ingeschakeld, maar dat in deze zaak nu juist vaststaat dat de gestelde inbreuk ten minste vijf lidstaten (en mogelijk zelfs alle) raakt en wordt begaan door ondernemingen die buiten de EU zijn gevestigd (Zwitserse horlogefabrikanten) zodat optreden op niveau van de EU mogelijk doelmatiger is dan optreden in verschillende lidstaten.

## Ondertussen in Nederland: de zaak VVR II

Het toeval wilde dat het Gerecht de uitspraak in de zaak *CEAHR* deed kort nadat het College van Beroep voor het bedrijfsleven de NMa op de vingers tikte voor het – althans volgens het CBb – wat al te vlot wegprioriteren van een klacht. Deze zaak draaide om een van die onderwerpen die zich tot een van de *running gags* van het Nederlands mededingingsrecht heeft weten aan te slepen: de ticketprijzen op de lijn Amsterdam-Paramaribo. Op deze route hadden de KLM en de SLM tot 1 mei 2006 formeel een monopolie terwijl zij thans nog steeds de enige zijn die op deze route vliegen (Martinair heeft de dienst na een paar jaar gestaakt en TUI/Arkefly hebben de plannen daartoe nooit gerealiseerd). De NMa oordeelde al in 2001 (naar aanleiding van een klacht van 2 januari 1998) dat deze prijzen weliswaar



hoog, maar niet te hoog waren,<sup>5</sup> en wees vervolgens in 2004 op grond van het prioriteringsbeleid de klachten af die in 2003 tegen deze tarieven (en tegen tal van andere aspecten van de service van KLM en SLM) door de Vereniging van Reizigers (VVR) waren ingediend. De VVR vocht de verwerping van haar bezwaar tegen deze afwijzing tot aan het CBB aan en met succes: op 11 november 2005<sup>6</sup> oordeelde het CBB dat de NMa vanwege een procedurele fout (verzuim VVR te horen op nieuwe gegevens die in de beoordeling werden betrokken) opnieuw op het bezwaar van VVR moest beslissen. Dat deed de NMa dan ook op 21 juni 2006, maar opnieuw werd de klacht van VVR wegens prioriteit terzijde gelegd, waarbij inmiddels ook een rol speelde dat het monopolie van (het samenwerkingsverband) KLM en SLM per 1 mei 2006 was afgelopen, en Martinair en TUI voornemens waren ook vluchten van en naar Paramaribo te gaan verzorgen. VVR ging andermaal in beroep omdat naar haar mening de tarieven onverminderd hoog en de service onverminderd slecht waren, van concurrentie na 1 mei 2006 niets terecht was gekomen en de verwachtingen van de NMa hieromtrent speculatief waren. VVR won uiteindelijk opnieuw bij het CBB, die met de hier te bespreken uitspraak de gelegenheid te baat neemt de juridische kaders voor het prioriteringsbeleid van de NMa duidelijk uiteen te zetten en in een aantal principiële overwegingen de lat voor de NMa voor het wegprioriteren van klachten hoger te leggen. Alvorens het CBB het algemene kader schetst, wordt vooropgesteld dat het in deze zaak gaat om beslissingen van de<sup>7</sup> NMa

‘(...) om naar aanleiding van een klacht op grond van door hem te stellen prioriteiten niet tot het instellen van nader onderzoek naar de gegrondheid van die klacht over te gaan, of – in voorkomend geval – een aangevangen onderzoek af te sluiten met een afwijzing van de klacht, zonder dat aannemelijk is dat verder onderzoek leidt tot de conclusie dat de klacht ongegrond moet worden verklaard.’

Deze formulering is van belang nu daarin expliciet geen onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie waarin de NMa besluit een klacht wegens gebrek aan prioriteit *zonder (nader) onderzoek* terzijde te leggen en de situatie waarin besloten wordt een eenmaal ingezet onderzoek niet voort te zetten. Dit onderscheid wordt door Gerbrandy in haar bespreking van het prioriteringsbeleid wel gehanteerd, maar zij benadrukt ook dat de afbakening tussen afwijzing van een klacht op grond van prioritering en op inhoudelijke gronden lastig te maken is.<sup>8</sup> Vervolgens stelt het CBB nog eens voorop dat een klacht van een belanghebbende moet worden aangemerkt als

5. Zaak 11, *Shiva-KLM*.

6. LJN AU6574.

7. De uitspraak geeft blijk van het (naar ik meen tamelijk recente) fenomeen dat het CBB in uitspraken niet meer refereert aan ‘de NMa’ maar simpel ‘NMa’. Taalkundig onjuist, zou ik menen (het is immers *de* autoriteit) en daarom niet passend in rechterlijke uitspraken.

8. A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, hfdst. 5, par. 2.2.

een aanvraag tot handhaving waarop de NMa verplicht is te beslissen. Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving zal, in geval van geconstateerde overtreding van een of meer van deze regels, de NMa ook moeten handhaven, (slechts) behoudens bijzondere omstandigheden. Het CBB wijst op het bepaalde in artikel 4:2 lid 2 Awb, waarin van de aanvrager wordt verlangd de nodige gegevens en bescheiden te verschaffen. In de context van het mededingingsrecht is daarbij van belang, aldus het CBB, dat een klager doorgaans niet over uitvoerige en gedetailleerde informatie over de situatie op de betrokken markt en de positie en gedragingen van de beklagde onderneming(en) zal beschikken en die ook moeilijk zal kunnen krijgen, terwijl juist de NMa veelal over marktinformatie zal beschikken of die juist met haar bevoegdheden boven tafel kan krijgen. Daar komt bij, aldus nog steeds het CBB, dat klagers, anders dan de NMa, in de regel onvoldoende kennis hebben om deze informatie met het oog op de toepassing van de Mw te analyseren. Evenmin mag van klagers in het algemeen een juridische specificatie van hun klacht worden geëist. De klager moet zodanige gegevens aanreiken dat de NMa daarmee gericht onderzoek kan verrichten, waartoe in elk geval de partijen, de gestelde inbreuken en het belang van de klager moeten worden aangeduid, zo mogelijk gedocumenteerd. Doet de klager dat, dan moet de NMa de klacht in behandeling nemen. Leert een eerste of globaal onderzoek dat de klacht *hoe dan ook* niet kan leiden tot handhaving, dan behoeft de NMa geen nader onderzoek in te stellen. Uit de wettelijke taakopdracht van de NMa vloeit echter voort dat van de NMa een actieve houding mag worden verlangd terwijl voorts van belang is dat klagers veelal over ontoereikende mogelijkheden beschikken om zich via andere (rechts)wegen tegen de door hen gestelde inbreuken op mededingingsregels te beschermen. De afwijzing van een klacht op grond van het prioriteringsbeleid vergt aldus deugdelijke motivering en doorgaans enige inhoudelijke beoordeling en onderzoek.

Aan die maatstaf voldoet het besluit van de NMa tot (herhaalde) afwijzing van de klacht niet, ofschoon de door de NMa gehanteerde prioriteringscriteria op zich niet in strijd zijn met de wet of met algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het CBB ook in deze zaak in algemene zin de beleidsruimte van de NMa erkent. Toch was in het licht van alle omstandigheden van het geval op het moment dat de NMa de bezwaren verwierp, 21 juni 2006, niet uit te sluiten dat KLM en/of SLM tarieven hanteerden die in relatie tot de kosten excessief zijn, aldus het CBB. De conclusies van de NMa uit het besluit van 2001 zijn thans niet langer meer bruikbaar, onder meer omdat in de kostenberekening de hoge kosten zijn meegenomen van de samenwerkingsovereenkomst tussen KLM en SLM (op grond waarvan SLM niet met eigen toestellen vloog maar stoelen in toestellen van KLM aan de eigen klanten verkocht) en die overeenkomst inmiddels is beëindigd. Het CBB ziet ook weinig solide grond voor de verwachting van de NMa dat de liberalisering per 1 mei 2006 tot meer concurrentie zou leiden. Ten tijde van de beslissing op

bezwaar waren weliswaar door de Nederlandse overheid twee vergunningen verstrekt aan Martinair en TUI, maar die werden nog niet gebruikt terwijl bovendien de vraag is in hoeverre KLM-deelneming (destijds 50%) Martinair serieuze concurrentie zou gaan vormen en naar de plannen van TUI geen nader onderzoek is gedaan ofschoon daadwerkelijke toetreding grote investeringen vergt en reeds de aanwezigheid van *incumbent* KLM/SLM op de route een toetredingsbelemmering kan vormen. Mede gezien het maatschappelijke belang van redelijke tarieven op deze route had de NMa niet mogen afzien van nader onderzoek naar de klacht.

Het CBB ziet onder ogen dat tussen het moment waarop de NMa het bestreden besluit nam, 21 juni 2006 en het moment waarop de mogelijkheid van concurrentie op de route was ontstaan, 1 mei 2006, nog maar weinig tijd was verstreken, terwijl een onderzoek naar mogelijk excessieve tarieven noodzakelijkerwijs retrospectief is. Dat is echter geen excuus voor afwijzing van de klacht maar had aanleiding moeten zijn voor de NMa om onderzoek in het vooruitzicht te stellen wanneer alsnog voldoende gegevens voorhanden zouden zijn. Het CBB draagt de NMa op alsnog een dergelijk onderzoek uit te voeren.

## Commentaar

Het arrest van het Gerecht is het om een aantal redenen waard om bij stil te staan. Op zichzelf bevat het, zeker in vergelijking met de uitspraak van het CBB, relatief weinig echt principiële overwegingen die niet al in eerdere rechtspraak zijn terug te vinden. Ook in deze zaak zien we de enigszins ambivalente benadering terug waarin enerzijds de welbekende (en alom scherp bekritiseerde) rechterlijke terughoudendheid ten aanzien van ‘ingewikkelde economische beoordelingen’ wordt beleden, maar anderzijds toch de redenering van de Commissie ten aanzien van marktafbakening door het Gerecht wordt gefileerd. Nu was op die redenering ook wel het nodige af te dingen en dat te constateren vergde ook geen echt ingewikkelde economische analyse. Niettemin biedt het arrest wellicht toch enige hoop aan de critici van terughoudende rechterlijke toetsing in mededingingszaken, of toch in ieder geval enige munitie voor het argument dat een kritische beoordeling van de argumentatie van de Commissie ook te rijmen is met het als zodanig in Luxemburg diep verankerde uitgangspunt dat rechterlijke terughoudendheid in mededingingszaken gepast is. Aardig is voorts dat het arrest nog eens bevestigt wanneer *aftermarkets* of secundaire markten samen met de markt voor het primaire product als één systeemmarkt aangemerkt mogen worden. De Commissie wordt daarbij aan de eigen beleidsregels (in dit geval de mededeling inzake de afbakening van de relevante markt) herinnerd, waarmee – maar ook dat is op zich natuurlijk niet nieuw – het belang van dergelijke beleidsregels ook bij de rechterlijke toetsing nog eens blijkt.

Maar het meest wezenlijk zijn uiteraard de overwegingen die het Gerecht wijdt aan het communautair belang als prioriteitscriterium, meer specifiek in de situatie waarin naast de Commissie ook *meerdere* nationale autoriteiten en rechters bevoegd zijn te oordelen over de in de klacht aan de orde gestelde gedragingen – volgens het Gerecht ook een onderscheidend element ten opzichte van de eerdere rechtspraak op dit punt, waar steeds de opportuniteit van optreden door de Commissie aan de orde was in de situatie dat de gewraakte gedraging reeds in een enkele lidstaat werd onderzocht. Het Gerecht formuleert het in r.o. 176 van het *CEAHR*-arrest voorzichtig: de omstandigheid dat het beleid van de buiten de Unie gevestigde horlogefabrikanten in ten minste vijf lidstaten effect sorteerte, wijst op een *mogelijk* grotere doelmatigheid van maatregelen op EU-niveau (dus optreden door de Commissie). Toch is deze vaststelling van belang nu het systeem van Verordening (EG) nr. 1/2003 parallelle bevoegdheden voor nationale autoriteiten bij de toepassing van artikel 101 en 102 VWEU formuleert zonder te voorzien in een mechanisme voor allocatie van zaken. Nu heeft de Commissie zelf in haar mededeling inzake samenwerking met nationale autoriteiten in nog wel wat stilliger bewoordingen geformuleerd ‘bij uitstek’ geschikt te zijn een zaak te behandelen wanneer de betrokken gedragingen in meer dan drie lidstaten gevolgen hebben voor de mededinging.<sup>9</sup> In de mededeling inzake de behandeling van klachten wijst de Commissie uitdrukkelijk op deze passage uit de samenwerkingsmededeling, teneinde klagers in staat te stellen bij de meest geschikte autoriteit hun klachten neer te leggen.<sup>10</sup> Voor zover de Commissie dat zelf is, kan zij naar aanleiding van een klacht een onderzoek openen en zijn nationale autoriteiten op grond van artikel 11 lid 6 Verordening (EG) nr. 1/2003 van hun bevoegdheid ontheven zodat de allocatievraag vanaf dat moment beslecht zou zijn. Niettemin wordt de klacht van *CEAHR*, toch ingediend na 1 mei 2004 en dus onder vigeur van het nieuwe systeem, door de Commissie terzijde gelegd zonder dat kennelijk veel aandacht wordt besteed aan dit specifieke aspect. Nu de problematiek van het vaststellen van de meest geschikte autoriteit in de praktijk – overigens met name bij clementieverzoeken<sup>11</sup> – nogal eens voor problemen zorgt, zal het interessant zijn te zien of de praktijk zal trachten aan het arrest inzake *CEAHR* een zekere precedentwaarde te ontleen voor wat betreft de allocatie van zaken tussen Commissie en nationale autoriteiten in zaken waar meerdere lidstaten bij betrokken (kunnen) zijn.

Het CBB is bepaald minder terughoudend. Wellicht heeft een zekere irritatie over het aanslepen van deze

9. Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, Pb. EU 2004, C 101, p. 43-53, randnr. 14.

10. 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, randnr. 21.

11. A. Schwab en Ch. Steinle, ‘Pitfalls of the European Competition Network – Why Better Protection of Leniency Applicants and Legal Regulation of Case Allocation is Needed’, *ECLR* 2008, nr. 29; C. Harding en J. Joshua, *Regulating Cartels in Europe*, 2011, p. 245-249.

kwestie een rol gespeeld en heeft het CBb, vijf jaar nadat de zaak al eens in hoger beroep langs is gekomen, nu duidelijkheid willen scheppen. De uitspraak wekte althans bij mij de indruk dat het CBb eigenlijk vond dat de NMa er met de pet naar heeft gegooid terwijl niet viel uit te sluiten dat de passagiers van en naar Paramaribo (in mededingingsrechtelijk opzicht) serieuze klachten over tarieven en dienstverlening hebben. Nu het CBb nader onderzoek van de NMa vergt, was het niet mogelijk de zaak finaal af te doen; of de bestuurlijke lus (art. 8:51a Awb) is overwogen, blijkt uit de uitspraak niet.<sup>12</sup> Opvallend is in ieder geval dat het CBb thans uitvoerig het juridische kader in de steigers zet voor het prioriteringsbeleid van de NMa en de NMa nog eens expliciet en meermalen voorhoudt dat van haar een actieve taakuitoefening wordt verlangd alsmede inscherpt dat klagers niet altijd even *sophisticated* zijn en dit ook niet van hen verlangd mag worden maar het integendeel aan de NMa is om de klager in zijn bewijsnood in ieder geval enigszins tegemoet te komen zodra de klacht aan zekere, niet al te strikte, minimumeisen voldoet.

Voorts formuleert het CBb een duidelijke onderzoekspllicht voor de NMa ten aanzien van klachten: ofschoon de NMa niet steeds verplicht is alle onderzoeksbevoegdheden in te zetten mag de NMa het alleen bij een eerste globaal onderzoek houden als daaruit blijkt dat de klacht *hoe dan ook* geen kans van slagen heeft. Wanneer dat het geval is, zal natuurlijk van zaak tot zaak kunnen verschillen, maar de lat ligt hiermee niettemin hoog: alleen *kennelijk* ongegronde klachten kunnen zonder verdergaand onderzoek terzijde worden gelegd, zo lees ik de uitspraak ('hoe dan ook') althans. Op dit punt wijst het CBb naar de noodzaak voor de NMa de onderzoekscapaciteit doelmatig in te zetten zoals ook aan de orde is in zijn eerdere uitspraak naar aanleiding van de afwijzing door de NMa van de klacht van de Nederlandse Vereniging van Mondhygiënist tegen zorgverzekeraar Menzis wegens gesteld misbruik van inkoopmacht.<sup>13</sup>

Betekent dat nu ook dat die klachten die niet *prima facie* ongegrond zijn, onderzocht moeten worden door de NMa en dus niet zonder nader onderzoek op grond van opportuniteitsoverwegingen terzijde kunnen worden gelegd? Het CBb benadrukt dat de door de NMa gehanteerde prioriteringscriteria als zodanig niet in strijd met de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn. In zoverre lijkt de soep voor de NMa niet bijzonder veel heter gegeten te worden dan voor deze uitspraak het geval is.

Toch lijkt het de vraag of dat terecht is. Het CBb benadrukt namelijk ook het belang dat de NMa optreedt bij gebleken inbreuken (r.o. 7.2.1):

'Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving zal, in geval van geconstateerde overtre-

ding van een of meer van deze regels, NMa ook gebruik moeten maken van zijn bevoegdheden in de Mw om deze regels te handhaven. Slechts in bijzondere omstandigheden kan hij weigeren dit te doen.'

Dit is toch moeilijk anders op te vatten dan als de welbekende beginselplicht tot handhaving zoals deze met name in het omgevingsrecht tot ontwikkeling is gekomen volgens wat wel als de – vrijwel letterlijk door het CBb gehanteerde – 'toverformule' wordt aangeduid.<sup>14</sup>

'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>15</sup>

Deze beginselplicht tot handhaving is tot nu toe beperkt tot het omgevingsrecht en enkele terreinen van het economisch bestuursrecht; in de rechtspraak van het CBb komt de beginselplicht slechts sporadisch voor, in de rechtspraak van de CRvB in het geheel niet.<sup>16</sup> In de hier besproken uitspraak wordt de beginselplicht echter onomwonden toegepast op handhaving door de NMa, zodat mij moeilijk te bestrijden lijkt dat thans ook de NMa aan de beginselplicht tot handhaving is gebonden. Gerbrandy wijst op de verschillen tussen de rechtspraak inzake de beginselplicht tot handhaving en het mededingingsrecht, die er met name in gelegen zijn dat het in omgevingsrechtelijke zaken doorgaans gaat om reeds gebleken overtredingen ten aanzien waarvan vervolgens de vraag aan de orde is of gehandhaafd moet worden (dan wel daarvan ten onrechte wordt afgezien).<sup>17</sup> De door het CBb gehanteerde formule gaat evenwel ook uit van de situatie waarin overtredingen zijn vastgesteld. Koppelen we dat gegeven aan de onderzoekspllicht ten aanzien van klachten zoals het CBb die eveneens formuleert, dan lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de NMa (1) klachten serieus moet onderzoeken en alleen bij *prima facie* ongegrondheid het bij een eerste onderzoek mag laten en (2) bij eenmaal gebleken inbreuken de beginselplicht tot handhaving geldt en slechts ruimte is

12. Voor een recente toepassing van de bestuurlijke lus in het mededingingsrecht zie de tussenuitspraak van de Rb. Rotterdam 18 november 2010, LJN BO4372. Bij het sluiten van de inlevertermijn voor deze notitie was de einduitspraak in deze zaak nog niet bekend.

13. CBb 24 november 2009, LJN BK5722, r.o. 7.4.3.

14. R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 974.

15. ABRvS 30 juni 2004, JB 2004, 293; J. Polak e.a., *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 38.

16. R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 978, onder verwijzing naar CBb 1 november 2007, JB 2008, 34 inzake de Wet op de kansspelen en CBb 1 april 2003, LJN AF7162 inzake sanctiërend optreden door de Pensioen- en verzekeringskamer.

17. A. Gerbrandy, a *Convergentie in het mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, hfdst. 5, par. 2.1, p. 390 e.v.



voor prioritering op opportuniteitsgronden binnen de strikte grenzen van de beginselplicht – het element opportuniteit (mag ondanks de beginselplicht toch van handhaving worden afgezien?) is doorgaans beperkt tot mogelijke legalisering (in het mededingingsrecht niet erg voor de hand liggend) of onevenredigheid van handhaving in het concrete geval. Daarmee is minst genomen twijfelachtig of de NMa nog dezelfde ruimte heeft bij het stellen van prioriteiten als voorheen.

Ten aanzien van de specifieke overwegingen van het CBb met betrekking tot het eigenlijke geschil – mocht de NMa de klacht van de VVR afdoen zoals zij heeft gedaan? – valt onder meer op dat het CBb mede redengevend acht het ‘maatschappelijk belang’ van redelijke tarieven op de route Amsterdam-Paramaribo. Nu gun ik de passagiers op deze route van harte dat hun belang als maatschappelijk belang wordt gekwalificeerd waar de NMa bij het stellen van prioriteiten rechtens rekening mee moet houden. Ik zie echter niet op voorhand in hoe dit belang zich onderscheidt van, bijvoorbeeld, mijn belang als klant bij Albert Heijn, ABN Amro, UPC of de Mediamarkt bij de door die organisaties gehanteerde tarieven en geboden service. Anders gesteld: wat bedoelt het CBb hier nu precies met dat ‘maatschappelijk belang’ als afzonderlijk criterium (als dat inderdaad is bedoeld) en wat is het onderscheidend vermogen daarvan? De door het CBb zo expliciet geïntroduceerde beginselplicht tot handhaving is juist gebaseerd op de gedachte dat met handhaving door de NMa steeds een algemeen belang is gemoeid (de NMa handhaaft de mededingingsregels voor de hele economie, op alle markten), dus ook in dat licht is niet helemaal duidelijk of naast dat algemeen belang nog per afzonderlijke zaak variërende specifieke maatschappelijke belangen aan de orde kunnen zijn.

Daarnaast valt op dat het belang van KLM als beklagde onderneming niet erg uit de verf komt. De NMa lijkt nu toch moeilijk meer te kunnen ontkomen aan een hernieuwd kostenonderzoek bij KLM of in ieder geval een serieuze benadering van die kosten, en dat is mogelijk een belastende zaak, afhankelijk van de reikwijdte van dit onderzoek. In de uitspraak vind ik hierover niet veel terug – wellicht hebben de NMa en KLM als derdebelanghebbende na zoveel jaar met deze mogelijkheid geen rekening meer gehouden en er dus niets over gesteld?

Het door de NMa alsnog uit te voeren onderzoek dient betrekking te hebben op het door de VVR gestelde misbruik op de route Amsterdam-Paramaribo in de periode *vanaf* 1 mei 2006, zo stelt het CBb in r.o. 7.8. Dit lijkt een *slip of the pen*. Het CBb zal niet hebben gemeend dat vaststaat dat de klacht, die al in 2003 is ingediend voor wat betreft de periode tot 1 mei 2006 ongegrond is of geen verdere behandeling behoeft. De datum van 1 mei 2006 is uiteraard relevant maar dan als aanknopingspunt voor de mogelijke *counterfactual*: wat gebeurt er met de beweerdelijk excessieve tarieven zodra toetreding mogelijk wordt en is een dan mogelijk optredende verlaging na succesvolle toetreding een aanwijzing dat de tarieven *daarvoor* excessief waren? Een beperking van het onder-

zoek tot de periode na 1 mei 2006 biedt op die vraag geen antwoord. Of is wellicht bedoeld dat van de NMa niet meer verlangd kon worden een tarievenonderzoek te doen over een periode gelegen voor 2006?<sup>18</sup>

Tot slot: het CBb benadrukt (r.o. 7.7 onderaan) dat te meer van de NMa een actieve opstelling bij een klacht als de onderhavige moet worden verlangd, nu het voor VVR praktisch zeer moeilijk is om langs een andere (rechts)weg bescherming te verkrijgen tegen de door haar gestelde inbreuk op de mededingingsregels. Voorbeelden van private handhaving van het misbruikverbod zijn inderdaad schaars, laat staan succesvolle handhaving. Kort voor de uitspraak van het CBb heeft het Gerechtshof Den Haag in de procedure naar aanleiding van de beweerdelijk excessieve Rotterdamse haventarieven benadrukt dat gelet op het bepaalde in artikel 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003 stelplecht en bewijslast van beweerd inbreuken op artikel 102 VWEU bij de eiser ligt en zulks voor artikel 24 Mw niet anders ligt, zodat bij gebreke van voldoende uitgewerkte stellingen en bewijsaanbod ter zake de vorderingen worden afgewezen.<sup>19</sup> De overweging van het CBb is in dat licht interessant nu deze bestuursrechter van mening lijkt dat de eiser in een civiele zaak per definitie op achterstand staat en private en publieke handhaving geen gelijkwaardige zaken zijn, alle recente retoriek over de in een staat van *total underdevelopment* verkerende *private enforcement* ten spijt.

## Conclusie

In kort tijdbestek zijn prioriteringsbesluiten van zowel de Commissie als de NMa bij de rechter gesneuveld – op het eerst gezicht lijkt er dan wat aan de hand. De uitspraak van het Gerecht is met name ‘onder de streep’ interessant, namelijk vanwege het feit *dat* een besluit van de Commissie vernietigd wordt. Niettegenstaande de diepgaande en kritische toetsing van de redenering van de Commissie is het arrest van het Gerecht niet erg principieel geformuleerd, al klinkt er, heel voorzichtig, de rechterlijke voorkeur in door voor de Commissie als meest geschikte autoriteit bij inbreuken in meer dan drie lidstaten, nota bene al sinds 2004 officieel beleid van de Commissie. De uitspraak van het CBb is dan ‘boven de streep’ in het bijzonder van belang, juist vanwege de principiële overwegingen voor het hard aanpakken van de NMa: het kennelijk geïrriteerde College stuurt de NMa naar huis met de beginselplicht tot handhaving, een verscherpte onderzoeksplicht van klachten en een pak strafregels over de lijndienst Amsterdam-Paramaribo. Of het CBb daarmee is uitge-

18. Vgl. Cbb 7 november 2005, LJN AU 8309 en het daaropvolgende besluit in zaak 757, *Chilly en Basilicum/G-Star* van 19 oktober 2006 waarmee de spijkerbroeken-saga tot een roemloos einde kwam omdat een onderzoek naar de merkbaarheid van verticale prijsbinding in de eerste maanden van 1998 weinig zinvol meer was.

19. Gerechtshof Den Haag 1 juni 2010, LJN BM6398. Zie voorts Gerechtshof Den Haag 11 januari 2011, LJN BP6112.



schoten en de handhavingspraktijk van de NMa (die binnen afzienbare tijd ook de huidige Consumentenautoriteit en de OPTA in haar gelederen mag verwelkomen) heeft verzaamd, zal de toekomst moeten uitwijzen.