

# De obstakels voor het indienen van een klacht bij de NMa

Mw.mr A.T. Ottow

Dit artikel is een bewerking van de voordracht gehouden tijdens de gezamenlijke bijeenkomst van de Nederlandse Vereniging van Mededingingsrecht en de Vereniging van Bestuursrecht op 27 november 1998. Enkele (willekeurig gekozen) procedurele en bestuursrechtelijke aspecten van de positie van de klager bij de toepassing van de Mededingingswet (Mw) worden belicht, zonder daarbij naar volledigheid te streven.

## Inleiding

De Mw besteedt geen aandacht aan de positie van de klager. Het begrip klager komt in de Mw niet voor en er is dan ook geen speciale procedure in deze wet voor het indienen van klachten neergelegd. De NMa gaf bij het begin van haar bestaan wél de veelbelovende brochure 'Indienen van klachten' uit. Daarin valt te lezen:

*'Indien u als bedrijf of als consument hinder ondervindt van ondernemingen die mogelijkwijs de Mededingingswet overtreden, dan kunt u de civiele rechter inschakelen óf een klacht indienen bij de NMa.'*

Een jaar na de inwerkingtreding van de Mw blijkt dat het indienen van een succesvolle klacht bij de NMa geen sinecure is. De NMa heeft nog maar in enkele gevallen klachten gegrond verklaard en de uitspraken lijken erop te wijzen dat het zijn van klager niet een ieder is gegund.<sup>1</sup>

## Het zijn van belanghebbende

Bij het ontbreken van een speciale procedure in de Mw, wordt het indienen van een klacht beheerst door de Algemene Wet Bestuursrecht (Awb). Het indienen van een

klacht bij de NMa dient te worden gekwalificeerd als een *aanvraag* in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb tot het nemen van maatregelen tegen de beklagde:

*'3 Onder aanvraag wordt verstaan: een verzoek van een belanghebbende, een besluit te nemen.'*

Er dient derhalve sprake te zijn van een *belanghebbende*. In artikel 1:2 lid 1 Awb is dit begrip gedefinieerd als:

*'1 degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.'*

Deze definitie beperkt de kring van klagers, wiens klachten ontvankelijk zijn, aanzienlijk. Dit blijkt ook uit recente beschikkingen van de NMa en een uitspraak van het CBB. In de zaak Tandprothesespecialisten/zorgverzekeraars<sup>2</sup> oordeelde de directeur-generaal (D-G) dat de klager niet als *belanghebbende* in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb kon worden beschouwd, aangezien de klager zélf geen erkende tandprotheticus is:

*'Hij wordt niet als tandprotheticus, noch op enige andere wijze getroffen door de ONT en zorgverzekeraars. Een onderzoek naar het eventuele bestaan van prijsafspraken tussen de ONT en zorgverzekeraars kan dus geen gevolgen voor de positie van Meijnster hebben.'*<sup>3</sup>

Deze interpretatie lijkt juist: de klager kon zijn belang bij de nietigheid van de eventuele prijsafpraak niet aantonen, nu hij zelf niet tot de betrokken beroepsgroep behoorde, noch op andere wijze – bijvoorbeeld als leverancier of afnemer – een relatie met de betrokken kring van ondernemingen had. Minder juist lijkt de benadering die het CBB heeft gekozen in de zaak Avebe E.A./Minister van Economische zaken.<sup>4</sup>

---

mr A.T. Ottow is advocaat te Amsterdam, Houthoff Advocaten & Notarissen. De auteur is prof.mr drs F.C.M.A. Michiels erkentelijk voor zijn ondersteuning bij de totstandkoming van deze bijdrage en mr M. Klijnstra voor zijn kritische kanttekeningen.

- 
- 1 Zie algemene inleiding: Mulder, 'De positie van de klager in Brussel en Den Haag', *Nieuwsbrief Mededingingsrecht* 1998, nr. 7, p. 6-8.
  - 2 Besluit van 18 juni 1998, zaaknr. 104.
  - 3 Overweging 20.
  - 4 Uitspraak van 4 november 1998, nrs. AWB 97/681 t/m 683, nog niet gepubliceerd.

## A r t i k e l e n

Hoewel het in deze zaak ging om de vraag of voor de betrokken ondernemingen bezwaar respectievelijk beroep openstond tegen besluiten van de Minister van Economische Zaken, stond het begrip belanghebbende centraal. Deze uitspraak is derhalve eveneens voor de positie van de klager onder de Mw van belang. Uit deze uitspraak volgt dat het hebben van een belang alleen niet voldoende is. Het belang moet eveneens *individualiseerbaar* zijn (het individualiseringsvereiste). Het CBB volgt in de genoemde zaak een zéér restrictieve uitleg van dit vereiste:

*'Het is niet de bedoeling geweest beroep open te stellen voor een ieder. Er zal dan ook sprake moeten zijn van een specifiek, individueel belang van betrokkene, dat door het besluit wordt geraakt en waarvoor de positie van betrokkene zich onderscheidt van die van willekeurig ieder andere elektriciteitsafnemer'* (niet-cursivering door auteur toegevoegd).

Het feit dat appellanten zogenaamde zelfopwekkers van elektriciteit waren, die tegen het door de Minister van Economische zaken goedgekeurde tarief elektriciteit leverden aan de distributiemaatschappijen en dús belang hadden bij het goedkeuringsbesluit van de minister, was onvoldoende. Volgens het CBB was de groep der zelfopwekkers een zodanig onbepaalde groep, dat de belangen van deze groep niet voldoende individualiseerbaar waren. Appellanten dienden aan te tonen dat zij zich binnen de groep van zelfopwekkers op bijzondere wijze onderscheiden.

Indien de NMa dit restrictieve criterium van het CBB zal volgen, zal dit tot afwijzing van vele klachten leiden. Indien de klager zich niet op bijzondere wijze onderscheidt van de groep (bijvoorbeeld concurrenten) waartoe de klager behoort, zou dit op basis van het CBB-criterium tot niet-ontvankelijkheid dienen te leiden wegens het ontbreken van een *bijzonder* belang. Het is zeer de vraag of dit uit een oogpunt van een voldoende rechtsbescherming wél een wenselijke ontwikkeling is.

De NMa blijkt inmiddels niet ongevoelig voor het CBB-criterium te zijn. Bijvoorbeeld in de zaak Essers<sup>5</sup> wijst de D-G een klacht op grond van artikel 24 Mw tegen het kabelbedrijf NV TeleKabel af wegens – onder meer – het feit dat de klager geen belanghebbende is:

*'De enkele aanwezigheid van het belang van de klager als consument en abonnee van NV TeleKabel voor het basispakket, wettigt niet zonder meer de conclusie dat de heer Essers een belanghebbende is in de zin van artikel 1:2, eerste lid Awb. Een belanghebbende in de bovenvermelde zin is degene wiens belang "rechtstreeks" betrokken is bij een besluit. Vaste jurisprudentie ter interpretatie van het begrip belanghebbende in de Awb (...) bepaalt dat men belanghebbende is als men aan vijf cumulatieve voorwaarden voldoet. Het moet betreffen een "eigen belang", dat "objectief bepaalbaar" is, het moet een "actueel" en een "bijzonder persoonlijk" belang zijn, dat "rechtstreeks" is betrokken. (...)*

*De voorwaarde dat het belang voldoende "persoonlijk" moet zijn, betekent in casu dat het belang van de heer Essers zich in een voldoende mate van kenmerkendheid en individualiseerbaarheid onderscheidt van de belangen van anderen. Nu klager zich in een positie bevindt, waarin nagenoeg iedere in het Nijmeegse aangesloten abonnee verkeert, kan niet worden aangenomen dat zijn belang zich in de hierboven bedoelde zin, voldoende mate onderscheidt.'*

Opvallend is dat de D-G de klacht niet enkel op deze grond afwijst, doch deze overweging slechts na een eerste inhoudelijke beoordeling van de zaak als een soort *obiter dictum* toevoegt aan de beslissing. Formeel had de klacht niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard, nu de NMa Essers niet als belanghebbende beschouwde. Kennelijk wilde de D-G de klager niet direct naar huis sturen. In elk geval behoeft de aangehaalde brochure van de NMa, waarin consumenten wordt verteld dat zij een klacht bij de NMa kunnen indienen, na deze beslissing de nodige nuancering.

### Het beleid van de NMa bij het behandelen van klachten

In mijn voordracht op 27 november 1998 gaf ik aan dat nog geen beleid door de NMa ontwikkeld is met betrekking tot het in behandeling nemen van klachten. Ik heb daarbij gepleit voor meer transparantie ten aanzien van dit beleid.

Inmiddels is meer zicht op dit beleid gekomen door de eerder genoemde zaak Essers, waarin de contouren van het beleid op dit terrein zich aftekenen:<sup>6</sup>

*'7 Met de Mededingingswet is uitdrukking gegeven aan het (algemene) belang dat moet worden toegekend aan werkzame concurrentie en de daaruit voortvloeiende (potentiële) welvaartsverbetering, alsmede de effectieve bestrijding van onaanvaardbare beperkingen daarvan. Het is in het licht van dit (algemene) belang dat de beslissingen van de DG-NMa over de bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van de Mededingingswet hun grondslag moeten vinden.*

*8 De positie van consumenten op de markt is van grote waarde voor de DG-NMa als toezichthouder van de Mededingingswet. Immers, zij hebben dagelijks te maken met handelingen van ondernemingen. Consumenten bevinden zich dus uitgerekend in een zodanige positie dat zij beweerde misbruikelijke handelingen van ondernemingen (waarvan zij al dan niet afhankelijk zijn) onder de aandacht van de DG-NMa kunnen brengen. Echter, het uiteindelijke richtsnoer bij beslissingen om al dan niet een nader onderzoek in te stellen naar aanleiding van brieven van consumenten, ligt in een afweging van de DG-NMa die strookt met het bovenvermelde (algemene) belang. De DG-NMa dient dan ook in dit kader te letten op de mate waarin*

5 Uitspraak van 30 november 1998, zaak nr. 130.

6 Zie eveneens Max L. Wolters/Niesje Wolters van Bommel, Besluit van 25 november 1998, zaaknr. 788, overweging 11.

## Artikelen

een behandeling van een klacht beslag legt op de arbeidscapaciteit en middelen met het oog op de afhandeling van andere ter beslissing voorgelegde of ambtshalve ondernomen of te ondernemen onderzoeken naar inbreuken.

9 Tegen de achtergrond van de beleidsvrijheid die de DG-NMa daarbij heeft, dient er gewicht te worden toegekend aan de noodzaak prioriteiten te stellen. Deze kunnen onder andere betrekking hebben op de betrokken sector en het type en/of de aard van de inbreuk. Daarbij weegt naar de huidige stand van zaken zwaar, de omstandigheid dat als gevolg van het in werking treden van de Mededingingswet een zeer groot aantal ontheffingsaanvragen is ingediend. De Mededingingswet stelt uitdrukkelijk – zij het niet fatale – termijnen aan de behandeling van deze aanvragen. Bij deze huidige stand van zaken is prioritering een vereiste om de gepaste balans te bewaren tussen de beschikbaarheid van arbeidscapaciteit en middelen, voor onderzoek bij de behandeling van klachten en voor onderzoek bij de behandeling van de ontheffingsaanvragen.'

In deze zaak onderzoekt de D-G vervolgens of het er *prima facie* op lijkt dat TeleKabel inbreuk op artikel 24 Mw maakt. Een eerste onderzoek toont volgens de D-G aan dat geen gegronde aanleiding of gegronde bijkomende omstandigheden aanwezig zijn om een nader onderzoek in te stellen. Het zou hierbij om een rendementsonderzoek gaan dat complex, arbeidsintensief en kostbaar is en geruime tijd in beslag zou nemen. Bovendien is het een ingrijpend onderzoek voor de betrokken onderneming.

De omstandigheden van de zaak rechtvaardigen in de visie van de D-G een dergelijk onderzoek niet, op grond waarvan hij de klacht afwijst. De D-G beziet derhalve de reikwijdte van de onderzoeksmaatregelen die nodig zijn om onder werkbare omstandigheden zijn toezichtstaken uit te oefenen. De D-G maakt in deze zaak expliciet gebruik van zijn beleidsvrijheid en komt – op basis van een uitgebreide en goed gemotiveerde redenering – tot het besluit de klacht niet verder in behandeling te nemen.

Welke andere factoren zouden eveneens een rol kunnen spelen bij de afweging van de NMa?

De volgende factoren zouden van belang kunnen zijn<sup>7</sup>:

- de aanwijzingen die een klager heeft voor het bestaan van een inbreuk op de Mw;
- het belang van de gestelde inbreuk voor de werking van de Mw;
- soort inbreuk;
- betrokken sector;
- kans op ontheffing;
- afhankelijk van bewijsvoering van publiekrechtelijke onderzoeksbevoegdheden.

Smeets suggereert dat ook de mogelijkheid om naar de civiele rechter te gaan, een relevante factor is. In zijn algemeenheid gaat deze stelling te ver. Dit kan niet als zwaarwegende factor bij de bepaling van het beleid gelden. In de meeste gevallen zal deze mogelijkheid immers

bestaan. De NMa dient hier zijn eigen verantwoordelijkheid te nemen en rekening te houden met de (on)deskundigheid van de rechter, bewijsrechtelijke problemen en de snelheid van de procedure.

### De klager in een spoedprocedure

Inmiddels heeft de D-G ook enige openheid gegeven welke criteria hij laat meewegen bij de vraag of een voorlopige last onder dwangsom gerechtvaardigd is. In de bijdrage van Van der Meulen in dit nummer wordt reeds op deze afwegingsfactoren ingegaan.<sup>8</sup>

De vraag die Van der Meulen zich daarbij niet stelt, is of dit zeer restrictieve beleid van de D-G er niet toe leidt dat de klager in geval van een spoedeisende zaak tussen wal en schip dreigt te vallen. Immers, in de praktijk blijkt dat de civiele kort-gedingrechter zich terughoudend opstelt en de zaak liever aan de NMa overlaat.<sup>9</sup>

Deze gang van zaken plaatst de klager (en zijn adviseurs) in de praktijk voor een dilemma: 'Kies ik voor de weg via de kort-gedingrechter of zoek ik mijn heil bij de NMa?'<sup>10</sup>

In het licht van de zeer restrictieve toepassing van de bevoegdheid van de D-G om een voorlopige last onder dwangsom uit te vaardigen, lijkt het er voorsnog op dat de klager die een spoedvoorziening nodig heeft, beter bij de kort-gedingrechter kan gaan aankloppen. Een rechtsdwaling<sup>11</sup> als die van de President van de Rechtbank te Den Haag in de ANWB-Campinggidszaak<sup>12</sup>, waarin werd bepaald dat er slechts plaats is voor een KG-procedure 'als niet binnen afzienbare tijd een beslissing van de mededingingsautoriteit te verwachten is'(r.o. 3.2), lijkt een eenmalige gebeurtenis te blijven.

Hoewel in ingewikkelde zaken de kans groot is dat de president de zaak te ingewikkeld vindt om zelf in te grijpen en de zaak aan de NMa overlaat. In de WSM-zaak<sup>13</sup>, loste de President van de Rechtbank te Amsterdam dit creatief op door de hulp van de NMa tijdens de procedure in te schakelen. De NMa bleek bereid door middel van een *zienswijze*<sup>14</sup> (let op: géén *voorlopige* zienswijze) vragen van de President over de Mw te beantwoorden. En dit binnen de relatief korte periode van twee maanden.

7 Zie hierover Smeets, 'De Nederlandse Mededingingsautoriteit: procedures en bevoegdheden', p. 28. Uit: *Concurrerende praktijken*, Bundel Jonge Balie Congres 1998, SDU 1998 en Van der Woude, 'De procedure voor de NMa: zeker geen Europese kloon', *M&M* 1998, nr. 3, p. 89.

8 Zie eveneens Essers, 'De voorlopige maatregel van artikel 83 Mw: Voorkomen is beter dan genezen', *M&M*, nr. 4, p. 129-133.

9 Ook Essers spreekt zijn zorgen hierover uit (a.w., p. 132).

10 Leeftang, 'Voorlopige last onder dwangsom (artikel 83 Mw) en voorlopige voorzieningen in kort geding: civielrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving?', *Nieuwsbrief Mededingingsrecht*, nr. 7, p. 10-14.

11 Mok, *TVVS* nr. 8, augustus 1998, p. 247-248.

12 Pres. Rb. Den Haag, 10 juli 1998, KG 98/755.

13 Pres. Rb. Amsterdam, 23 juli 1998, KG 98/1908.

14 De bestuursrechtelijke kwalificatie van deze zienswijze is onduidelijk. De vraag doet zich voor of dit een voor bezwaar respectievelijk beroep vatbare beslissing is. Deze vraag laat ik hier verder rusten.

## A r t i k e l e n

Het is de vraag of de NMa in andere zaken bereid zal blijken de rechter op deze wijze te hulp te schieten. Vooral nog ziet het er naar uit dat dit niet het geval zal zijn en het bij deze ene 'dwaling' van de D-G zal blijven. In verscheidene andere kort-gedingprocedures was het duidelijk dat de president nog moeite had met de toepassing van de Mw en ontsprong de beklagde alsnog de dans.<sup>15</sup> Het is te verwachten dat deze koudwatervrees van de presidenten na een aanloopperiode zal verdwijnen en de kans op succes in kort geding zal toenemen. Blijkt de zaak voor kort geding evenwel té ingewikkeld dan ligt het indienen van een klacht bij de NMa meer voor de hand, waarbij de NMa wordt verzocht de zaak met de nodige spoed te behandelen, zonder daarbij direct om een voorlopige last onder dwangsom te vragen. In het kader van een voldoende rechtsbescherming is het te betreuren dat de D-G zijn restrictieve beleid ten aanzien van de voorlopige last onder dwangsom in gang heeft gezet.<sup>16</sup>

Een dergelijk beleid valt te rechtvaardigen bij een reeds volwassen rechtspraak over de Mw door de civiele rechter, doch niet in een beginperiode waarin de kort-gedingrechter zich nog niet veel raad weet met de Mw. Klagers in moeilijkheden dreigen hierdoor met een kater thuis te komen.

### De openbaarheid van procedures

Een belangrijk doch heikel onderwerp is de openbaarheid van dossiers en het recht op inzage.<sup>17</sup> Voor de rechtsbeschermingspositie van klager is van groot belang dat hij weet welke zaken bij de NMa zijn aangemeld en dat hij inzage krijgt in hetgeen de beklagde respectievelijk verzoekers in geval van een ontheffingsprocedure en eventuele derden aan de NMa verstrekken. Er bestaat een duidelijk spanningsveld tussen de openbaarheid van deze gegevens aan de ene kant en de bescherming van vertrouwelijke gegevens (met name bedrijfsgeheimen) aan de andere kant. De vraag is of de NMa op de juiste wijze met dit spanningsveld omgaat. Uit de bijdrage van Van der Meulen klinkt duidelijk door dat de vertrouwelijkheid van gegevens een groot goed is, waarmee zorgvuldig dient te worden omgegaan. In de praktijk blijkt dit ook zo te gebeuren en lossen conflicten zich meestal in overleg met de NMa op. Algemene, duidelijke beleidslijnen ontbreken evenwel en de afweging over de vertrouwelijkheid van de gegevens vindt op *ad hoc*-basis door de betrokken ambtenaar plaats. Dit komt de transparantie van de procedure niet ten goede en kan tot gevolg hebben dat een klager niet weet wat hem te wachten staat of wat achter de schermen plaatsvindt. Hierdoor ontstaat rechtsonzekerheid en kan het ontbreken van een eenduidig beleid leiden tot rechtsongelijkheid. Het verdient dan ook aanbeveling dat de NMa op korte termijn hierover een mededeling publiceert, vergelijkbaar met de Mededeling inzake de toegang tot een dossier van de Commissie van de Europese Commissie.<sup>18</sup>

Zo ontbreekt bijvoorbeeld een volledige, gepubliceer-

de lijst van alle aanmeldingen die onder de overgangsregeling bij de NMa zijn binnengekomen. Klagers of andere belanghebbenden kunnen bijvoorbeeld in het kader van een civiele procedure niet verifiëren of de wederpartij een aanmelding heeft verricht en welke overeenkomsten zijn aangemeld. Een recht op inzage wordt door de NMa – in de meeste gevallen – niet verleend en de klager dient derhalve te wachten totdat in het kader van de ontheffingsprocedure het dossier via een aankondiging in de Staatscourant ter inzage wordt gelegd voor een periode van vier weken. De klager zou dit proces kunnen versnellen door een formele klacht bij de NMa in te dienen en de NMa aldus te forceren de zaak eerder te behandelen. Wel dient de klager in dat geval over voldoende gegevens te beschikken om zijn klacht te staven, gegevens die zich juist in het dossier van de NMa zouden kunnen bevinden.

Nu de Mw geen speciale procedure voor klachten kent, is de klager aangewezen op de algemene procedure van de Awb, waar slechts een en ander summier is geregeld in titel 4.1 Awb. Hierin is geen algemeen recht op inzage neergelegd en ook kent de klager geen algemeen recht om te worden gehoord (zie de artikelen 4.7 en 4.11 Awb). Nu een speciale regeling (in de Mw) ontbreekt, kan de klager wél een beroep doen op de Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB).<sup>19</sup> Deze wet is onverkort van toepassing in een klachtprocedure, waarin aan de hand van de uitzonderingsgronden van de WOB dient te worden bezien welke bedrijfsvertrouwelijke informatie en interne documenten van de NMa niet tot het openbare dossier behoren.

De situatie is anders in geval de klager zich als belanghebbende mengt in een ontheffingsprocedure. Voor deze procedure bepaalt de Mw uitdrukkelijk dat de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb van toepassing is (artikel 18, lid 2 Mw).<sup>20</sup> Dit is een *lex specialis* die de WOB opzijzet, doch dit sluit de zogenaamde aanvullende werking van de WOB niet uit waarbij 'WOB-conform' dient te worden geïnterpreteerd.<sup>21</sup> Bovendien is krachtens

15 Zie bijvoorbeeld: Pres. Rb. Arnhem, 29 juni 1998, KG 98/299 (Pearle-AZ en NUO); Pres. Rb. Leeuwarden, 9 april 1998, KG 98/69 (Beheer Miedema B.V./Kapenga Beheer B.V.); President Rechtbank Almelo 5 en 20 januari 1998, Hof vernietigt het vonnis, Gerechtshof Arnhem, 27 oktober 1998 (nog niet gepubliceerd, zie *Nieuwsbrief Mededingingsrecht*, p. 11-13).

16 Zie eveneens Essers, a.w., die pleit voor diverse procedure oplossingen die een betere samenwerking tussen de NMa en de kort-gedingrechter dienen te bewerkstelligen.

17 Zie in dit verband: De Muijnck, 'De openbaarheid van de NMa', *Nieuwsbrief Mededingingsrecht*, 1998, nr. 7, p. 3-6.

18 Mededeling van de Commissie inzake de interne procedureregels voor de behandeling van verzoeken om toegang tot een dossier bij de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-verdrag, van de artikelen 65 en 66 van het EGKS-Verdrag en van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad, Pb. EG 1997, C-23/3.

19 Klijnstra, *Openbaarheid in het milieurecht*, dissertatie 1998, met name hoofdstuk 4, paragraaf 8.

20 Dit wordt bevestigd in de eerdergenoemde beslissing van de D-G in de zaak Stichting Schadegarant van 9 december 1999, zaaknr. 597, overweging 19.

21 Dit zou slechts anders zijn indien afdeling 3.4 Awb als een uitputtende regeling zou kunnen worden beschouwd.

## Artikelen

artikel 18 lid 5 Mw de uitzonderingsgrond van artikel 10 WOB uitdrukkelijk van toepassing. De jurisprudentie over dit uitzonderingsartikel dat over het algemeen restrictief door de rechters wordt geïnterpreteerd, is derhalve relevant in deze Mw-context.

Deze regeling van afdeling 3:4 Awb heeft tot gevolg dat de klager/belanghebbende niet met een beroep op de WOB op elk gewenst moment recht op inzage zal kunnen afdwingen. Hij zal op zijn beurt moeten wachten totdat de NMa krachtens artikel 3:11 Awb de stukken ter inzage legt. Dit is op grond van het besluit van de D-G in de zaak Stichting Schadegarant slechts anders indien de klager een zwaarwegend belang kan aantonen dat, ten behoeve van de curale handhaving van de Mw, een inzage op korte termijn rechtvaardigt.<sup>22</sup> Dit besluit biedt klagers een belangrijke opening om inzage in het dossier van de NMa te forceren.

Krachtens artikel 3:11 Awb dienen in beginsel *alle* stukken ter inzage te liggen, met uitzondering van de stukken die krachtens artikel 10 WOB als vertrouwelijk mogen worden aangemerkt. De vraag is evenwel *wie* recht op inzage heeft. Gezien het feit dat hier de Awb-procedure van toepassing is, dient het hier wederom om een belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb te gaan.

En hoe zit het met de klager respectievelijk belanghebbende in een concentratieprocedure? Nu afdeling 3.4 Awb niet van toepassing is verklaard, is er geen *lex specialis* die de WOB opzijzet. De stelling van de D-G dat juist het ontbreken van een bijzondere regeling de WOB opzijzet (zie bijdrage van Van der Meulen) is ongefundeerd en strookt niet met de systematiek van de WOB en de gangbare opvatting hierover. Indien de wetgever de WOB bij de toepassing van de Mw had willen uitsluiten dan had hij dit uitdrukkelijk in de Mw dienen te bepalen. Dit leidt tot de conclusie dat daar waar de Mw-wetgever, namelijk in de concentratieprocedure, de vertrouwelijkheid voorop heeft gesteld, de WOB juist wél van toepassing is. Dat dit in de praktijk tot meer openbaarheid zal leiden, is evenwel niet waarschijnlijk. In het licht van de Parlementaire Geschiedenis van de Mw, zoals aangehaald door Van der Meulen, zal een rechter geneigd zijn de uitzonderingsgronden van artikel 10 WOB in het kader van de concentratieprocedure ruimer te interpreteren. Een beroep op de WOB met betrekking tot de *inhoud* van de stukken, lijkt dan ook niet erg kansrijk. De toepasselijkheid van de WOB is evenwel interessanter voor de vraag *wie* recht op inzage heeft. Het zeer terughoudende beleid van de D-G ten aanzien van de kring van gerechtigden lijkt met het algemene uitgangspunt ('iedereen') van de WOB op gespannen voet te staan.

De praktijk ten aanzien van vertrouwelijkheid respectievelijk openbaarheid van dossiers in het kader van de Mw is nog niet uitgekristalliseerd. Het onderwerp vergt een nader onderzoek, dat evenwel het bestek van deze bijdrage te buiten gaat. Meer transparantie ten aanzien van het door

de D-G te voeren beleid zou evenwel een belangrijke bijdrage aan de discussie kunnen opleveren.

### Slotopmerking

De klager treft vele beren op zijn weg. Slechts enkele zijn hier aan de orde gekomen. Het verdient aanbeveling dat de NMa in een nieuwe uitgave van de brochure 'Indienen van klachten' ter bescherming van de optimistische klager meer gewag maakt van de mogelijke valkuilen en het beleid van de D-G dienaangaande.

---

<sup>22</sup> Zie overweging 53 van het besluit.