

Finale geschilbeslechting in het mededingingsrecht? Opmerkingen naar aanleiding van CBB 6 september 2007 (Elektroburo Vos) en 15 januari 2008 (tennis in Castricum).¹

(m.nt. P.J. Kreijger)²

Inleiding

Het geschiloplossend vermogen van het bestuursprocesrecht – of beter: het door velen gesignaleerde gebrek daaraan – is langere tijd voorwerp van aandacht in de literatuur. De centrale plaats die het begrip ‘besluit’ als voorwerp van toetsing van de bestuursrechter inneemt en de omlijning van mogelijke dicta bij een gegrond beroep in art. 8:72 Awb, leidt er toe dat vernietiging van een besluit in het huidige stelsel van bestuursprocesrecht vaak veeleer het startschot is voor een nieuwe ronde van besluitvorming dan een finale beslechting van het geschil waar het allemaal om begonnen was. Alleen indien de rechtsgevolgen in stand worden gelaten (art. 8:72, lid 3 Awb) of de rechter zelf in de zaak voorziet (art. 8:72, lid 4, Awb) is finale geschilbeslechting mogelijk. In twee recente uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven in mededingingsrechtelijke zaken wordt in het ene geval niet, in het andere geval wel een streep getrokken onder de zaak door de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten. Daarbij lijkt het CBB wel een aantal mededingingsrechtelijke bochten (te) strak af te snijden.

Elektroburo Vos

De uitspraak van het CBB van 6 september 2007 inzake het beroep van Elektroburo Vos vindt zijn aanleiding in een van de vele ontheffingsaanvragen die in de eerste maanden na inwerkingtreding van de Mededingingswet zijn ingediend. In dit geval betreft het de op 26 maart 1998 door branchevereniging EnergieNed ingediende ontheffingsaanvraag voor haar ‘Regeling erkenning en certificering van elektrotechnische installateurs’ (REI). De REI, die wordt gehanteerd door regionale netbeheerders elektriciteit, behelst een erkennings- en certificeringssysteem voor installateurs. Onderdeel daarvan – en steen des aanstoots voor het Elektroburo – is de bepaling op grond waarvan aan erkende, maar niet-gecertificeerde installateurs zoals het Elektroburo, een bedrag van f 45 in rekening werd gebracht bij de aanleg van een nieuwe installatie, ter financiering van steekproefsgewijze keuringen van deze installaties.

Elektroburo dient een klacht in bij de NMa op 15 augustus 2000, welke is gericht tegen overtreding van art. 6 Mw door de in EnergieNed verenigde bedrijven. De NMa neemt de tijd: eerst twee jaar later, op 22 augustus 2002, wijst zij de klacht af, onder verwijzing naar haar besluit van een paar weken daarvoor, 6 augustus 2002, tot afwijzing van het oorspronkelijke ontheffingsverzoek van EnergieNed: de REI zou niet mededingingsbeperkend zijn. Nadat de NMa het bezwaar van Elektroburo afwijst op 26 februari 2003 vernietigt de Rechtbank Rotterdam dit besluit, bepaalt dat haar uitspraak

in de plaats treedt van het vernietigde besluit en verklaart Elektroburo alsnog niet-ontvankelijk in haar bezwaar tegen de afwijzing van haar klachten. Elektroburo laat het hier niet bij zitten en gaat in hoger beroep. En met succes: op 21 maart 2006 oordeelt het CBB het beroep van Elektroburo gegrond, vernietigt de bestreden uitspraak en verwijst de zaak terug naar de Rechtbank.³

Na de zaak alsnog inhoudelijk beoordeeld te hebben, verklaart de Rechtbank op 5 december 2006 het beroep van Elektroburo tegen de afwijzing van haar klacht door de NMa ongegrond. De Rechtbank gaat er met de NMa vanuit dat Elektroburo met name bezwaar heeft tegen het discriminatoir effect van de REI nu uit hoofde daarvan alleen niet-gecertificeerde installateurs een bedrag voor steekproefsgewijze controles in rekening werd gebracht, terwijl bovendien die controles slechts sporadisch en gebrekkig werden uitgevoerd. De Rechtbank volgt echter de analyse van de NMa, gebaseerd op haar Richtsnoeren horizontale samenwerking: de regeling staat open voor eenieder die aan objectieve kwaliteitseisen voldoet en toelatingsgeschillen worden door een onafhankelijke instantie beslecht, zodat de REI geen uitsluitingseffecten ten gevolge heeft.

Opnieuw gaat Elektroburo, wie zo langzamerhand een bijzonder lange adem niet ontzegd kan worden, in beroep. Opnieuw met succes. Het CBB oordeelt namelijk dat Rechtbank en NMa een belangrijk element in de klacht van Elektroburo over het hoofd hebben gezien. In haar tweede hoger beroep stelt Elektroburo opnieuw het haars inziens discriminerend effect van de REI en de ondeugdelijke controles aan de orde, maar tevergeefs nu het CBB de analyse van NMa en Rechtbank op dit punt deelt. Maar hoewel volgens het CBB duidelijk is dat dit punt Elektroburo ‘heel hoog zit’, was evenzeer duidelijk dat dit niet het enige element in de klacht van Elektroburo was. Daarnaast klaagde zij namelijk over het gegeven dat de in EnergieNed verenigde distributiebedrijven in onderling overleg de hoogte van de bijdrage hebben vastgesteld, zulks in strijd met art. 6 Mw. Aan dit aspect is door de NMa en de Rechtbank volledig voorbij gegaan. De Rechtbank heeft aldus het beroep te beperkt opgevat door na te laten te oordelen dat de NMa het bezwaar te beperkt heeft opgevat. Het CBB vernietigt daarom alsnog de beroepen uitspraak alsmede de beslissing op bezwaar van de NMa van 26 februari 2003 en draagt de NMa op alsnog te beslissen met inachtneming van haar uitspraak. De zaak zelf afdoen is er niet bij. Het College ziet geen redenen om de rechtsgevolgen van die beslissing in stand te laten. Zonder nader onderzoek, dat door de NMa moet worden verricht, kan in dit stadium niet worden uitgemaakt dat in het geheel geen prijsafspraken

1 CBB 6 september 2007, Awb 07/24, LJV BB 5596; CBB 15 januari 2008, Awb 04/140, LJV BC 1932

2 Paul Kreijger is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.

3 CBB 21 maart 2006, AWB 05/68, LJV AV 6537.

tussen de energiebedrijven zijn gemaakt of, als deze wel zijn gemaakt, ze de mededinging niet beïnvloeden.

Tennis in Castricum

De uitspraak van 15 januari 2008 inzake het beroep van de heer Boontje en de VOF Blovo (waarvan de heer Boontje firmant is) heeft betrekking op de afwijzing van een klacht van Boontje/Blovo met betrekking tot gronduitgifte op zeer gunstige voorwaarden (de facto gratis) door de gemeente Castricum ten behoeve van een tweetal tennisparken, 'Akersloot' en 'Vinkenbaan'. Boontje/Blovo hebben in de jaren '90 zelf grond ten behoeve van hun tennisparken 'De Voetel' en 'Berg en Bal' tegen marktwaarde overgenomen van de gemeenten Castricum en Limmen en stellen dat de steun van gemeente Castricum aan de tennisparken 'Akersloot' en 'Vinkenbaan' een verstoring inhoudt op de markt voor buitentennis in Castricum. Nu 'De Voetel' en 'Berg en Bal' de hogere grondkosten in een hogere prijs moet verdisconteren, zijn de door de gemeente met de concurrerende tennisparken gesloten huur- en erfpachtovereenkomsten (destijds tegen een vergoeding van een gulden per jaar gesloten) volgens Boontje/Blovo in strijd met art. 6. Voorts zou de gemeente Castricum als grondeigenaar beschikken over een economische machtspositie als eigenaresse van het merendeel van het grondgebied dat binnen de gemeente is bestemd voor tennisparken en vergelijkbare buitensportparken, waarvan zij misbruik maakt door gronduitgifte op ongelijke voorwaarden.

De klacht wordt aanvankelijk binnen een maand door de NMa weggeprioriteerd. Het bezwaar tegen dit besluit resulteert alsnog in een inhoudelijk besluit waarin de NMa de klacht afwijst.⁴ Ofschoon de NMa al diverse keren gemeenten als 'onderneming' in de zin van de Mededingingswet heeft aangemerkt in het kader van gemeentelijke gronduitgifte, stelt zij vast dat Blovo/Boontje klagen over selectieve financiële steunverlening aan concurrerende tennisparken. Een oordeel over dergelijke steunverlening, die mogelijk als staatssteun in de zin van art. 87, lid 1, EG, kan worden aangemerkt, valt buiten de Mededingingswet zodat de NMa niet bevoegd is op de klacht te beslissen.

De Rechtbank Rotterdam meent dat de NMa hier te kort door de bocht gaat en vernietigt het besluit op bezwaar.⁵ De rechtbank begrijpt het standpunt van de NMa aldus dat steunverlening door een gemeente een overheidsprerogatief behelst en alleen al om deze reden buiten de reikwijdte van de Mededingingswet valt, daar op dergelijk handelen in beginsel art. 87 EG-verdrag van toepassing is. Die stelling acht de Rechtbank onhoudbaar; de NMa had moeten nagaan of de gronduitgifte een economische activiteit inhoudt die bestaat uit het aanbieden van goederen of diensten op de markt. De Rechtbank acht ook de stelling van de NMa onhoudbaar dat het hier gaat om de uitoefening van een overheidsprerogatief, namelijk subsidieverlening waartoe gronduitgifte alleen een instrument is. De NMa legt nergens uit waarom zij dit meent, terwijl zij zelf concludeert dat de gronduitgifte een economische activiteit vormt. De NMa krijgt dan ook de opdracht een nieuwe beslissing te nemen (waarbij de Rechtbank overigens

ten overvloedige opmerkt dat de NMa ook alsnog de zaak kan wegprioriteren).

Nu is het de beurt aan de NMa om in (hoger) beroep te gaan. Met succes, althans tot op zekere hoogte: het CBb vernietigt de uitspraak van de Rechtbank omdat deze een standpunt aan de NMa heeft toegeschreven (de Gemeente Castricum handelde bij de gronduitgifte in de uitoefening van een overheidsprerogatief) dat zij niet heeft ingenomen en daarop ten onrechte de vernietiging van het bestreden besluit heeft gebaseerd. Echter: het CBb deelt niet het – wel door de NMa ingenomen – standpunt dat nu in dezen art. 87 EG van toepassing zou (kunnen) zijn, de Mededingingswet niet van toepassing is.

Onder verwijzing naar het *Wouters*-arrest⁶ van het Hof van Justitie stelt het CBb dat voor de toepasselijkheid van de mededingingsregels doorslaggevend is of de betrokken gedraging als een ondernemingsactiviteit kan worden gekwalificeerd, ook met betrekking tot activiteiten waarbij ten laste van de staatsmiddelen aan ondernemingen een op geld waardeerbaar voordeel wordt toegekend.

Het College deelt evenwel niet het oordeel van de rechtbank dat NMa een nieuw besluit dient te nemen, omdat naar zijn oordeel vaststaat dat de betrokken gedraging geen strijd oplevert met art. 6 en/of 24 Mw:

De bepaling van een lage of symbolische prijs in een huur- of pachtovereenkomst leidt behoudens bijzondere omstandigheden, waarvan [Boontje/Blovo] in hun klacht noch in de verdere procedure melding hebben gemaakt, niet tot afstemming van marktgedrag, zodat a fortiori evenmin sprake is van afstemming die ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Al evenmin is de gedraging van de gemeente – de gronduitgifte voor een symbolisch bedrag – aan te merken als misbruik van een machtspositie op de markt voor (de exploitatie van) buitensportterreinen, zoals de klacht luidt. Zo al sprake zou zijn van een economische machtspositie van de gemeente Castricum op de door [Boontje/Blovo] geïdentificeerde markt voor (de exploitatie van) buitensportterreinen, dan nog bevat de klacht van [Boontje/Blovo] geen enkel aanknopingspunt voor onderzoek dat tot de slotsom zou kunnen leiden dat de gemeente Castricum deze economische machtspositie door lage of symbolische huur- of pachtprizen zou uitbuiten om voordelen te behalen die in een situatie van voldoende concurrentie niet gerealiseerd hadden kunnen worden. Evenmin bevat de klacht van [Boontje/Blovo]

4 Besluit d.d. 15 april 2004, besluit op bezwaar d.d. 21 december 2004, zaak 3980, *Blovo/Boontje vs. Gemeente Castricum*.

5 Rb. Rotterdam 15 december 2005, MEDED 05/396/WILD, LJV AV 7339.

6 HvJ EG 19 februari 2002, *Wouters e.a.*, C-309/99, punt 57, *Jur. blz.* I-1577

enig aanknopingspunt voor nader onderzoek dat tot de conclusie zou kunnen leiden dat sprake is van misbruik doordat de gemeente Castricum haar eigen positie versterkt ten opzichte van concurrenten.

Daarmee is dan de opmaat gegeven voor de finale beslechting van dit geschil:

In deze omstandigheden – en gelet ook op het tijdsverloop sedert het indienen van de klacht – acht het College een nader onderzoek van NMa naar de aard en het doel van de gronduitgifte en het vervolgens, met inachtneming van de resultaten, opnieuw beslissen door NMa op het bezwaar tegen de handhaving van de afwijzing van de klacht van [Boontje/Blovo] niet zinvol. Daarom wordt met toepassing van art. 8:72, derde lid Awb bepaald dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven.

Commentaar

De uitspraak inzake Elektroburo Vos biedt nog eens munitie voor de opvatting dat het huidige bestuursprocesrecht te weinig is ingericht op finale geschillenbeslechting. Tien jaar na de ontheffingsaanvraag van EnergieNed mag de NMa opnieuw aan de slag met de mededingingsrechtelijke beoordeling van een aspect van de klacht van Elektroburo Vos. Nu speelt hier mogelijk – ik raak op speculatief terrein, maar toch – de ‘psychologie’ van de zaak een rol, nu het CBb wellicht geïrriteerd is door de zekere hardnekkigheid waarmee rechtbank en NMa een element van de klacht lijken te hebben genegeerd. Ook los daarvan is echter de vraag hoeveel ruimte het CBb had om het anders te doen. Haar uitspraakbevoegdheden zijn omlinjd in art. 8:72 Awb. Is het beroep gegrond, dan resteert vernietiging, waarna de besluitvorming overnieuw moet beginnen. Het in stand laten van de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit (art. 8:72, lid 3, Awb) of het zelf in de zaak voorzien door, als rechter, het besluit te nemen dat het bestuursorgaan had moeten nemen (art. 8:72, lid 4, Awb) zijn de door de wet geboden belangrijkste mogelijkheden de zaak finaal te beslechten. Ofschoon beide figuren onderling verschillen, geldt voor beide dat toepassing alleen mogelijk is wanneer de na vernietiging resterende beoordelingsmarge niet te groot – of zelfs vrijwel nihil – is. In stand laten van de rechtsgevolgen op grond van het derde lid van art. 8:72 Awb, de bepaling die in de hier besproken zaken aan de orde is, is in beginsel slechts toelaatbaar als materieel geen andere beslissing mogelijk. De rechter zou anders te veel op de stoel van het bestuur gaan zitten, waar het tenslotte de primaire taak van datzelfde bestuur is besluiten te nemen en de rechter deze dient te toetsen. In de rapportage ‘Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter’ die is uitgebracht in het kader van de Derde Evaluatie van de Awb, wordt vastgesteld dat het CBb slechts in 2 % van de daar onderzochte uitspraken de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand liet (in slechts 10 % van de uitspraken werd na vernietiging zelf in de zaak voorzien).⁷ Naar verwachting zal binnen afzienbare tijd een wetsvoor-

stel ter aanpassing van het bestuursprocesrecht in procedure worden gebracht.⁸ Een voorontwerp is in 2006 gepubliceerd. In dit verband belangrijke elementen daarin (het voorontwerp bevat nog tal van andere interessante wijzigingen en nieuwigheden) zijn een verruiming van de reikwijdte van art. 6:22 Awb (mogelijkheid tot passeren van gebreken die in beginsel vernietiging zouden rechtvaardigen) van ‘vormvoorschriften’ tot ‘voorschriften’. Ook zal een ‘bestuurlijke lus’ worden geïntroduceerd. Daarbij zal de rechter de mogelijkheid krijgen een tussenuitspraak te doen, waarbij de gebreken in het besluit worden gesignaleerd en het bestuur een termijn krijgt deze gebreken te herstellen, waarna de rechter de zaak kan afdoen.⁹

In de uitspraak inzake Elektroburo Vos weigert het CBb de rechtsgevolgen in stand te laten (art. 8:72, lid 3, Awb) onder verwijzing naar het standaardcriterium: zonder nader onderzoek kan niet worden uitgesloten dat de in EnergieNed verenigde bedrijven prijsafspraken hebben gemaakt en deze ook de mededinging hebben beïnvloed. Nu de klacht van Elektroburo Vos al in 2000 op dit element gewezen heeft (zo blijkt althans uit de uitspraak) is dit een opmerkelijk resultaat. Was het ook onvermijdelijk? Of had de NMa met een betere motivering van haar standpunten wellicht dit resultaat kunnen voorkomen? Vanuit materieel mededingingsrechtelijk oogpunt mogelijk wel. De REI wordt gehanteerd door regionale netbeheerders, van wie buiten twijfel staat dat zij niet met elkaar concurreren nu zij ieder uitsluitend in hun eigen verzorgingsgebied actief zijn.¹⁰ Nu is daarmee nog niet gezegd dat de netbeheerders op de inkoopmarkt voor installatiediensten niet met elkaar kunnen concurreren, en dus ook niet dat zij onderlinge concurrentie als inkopers van installatiediensten niet zouden kunnen beperken. De vraag is dan wel: welke concurrentieparameter wordt hier nu precies geharmoniseerd? In ieder geval niet de prijs die netbeheerders als zodanig bereid zijn voor installatiediensten te betalen. De REI heeft daar immers geen betrekking op, nu deze alleen het bedrag betreft dat aan installateurs in rekening wordt gebracht ter financiering van steekproefsgewijze controles. Hoogstens zou dus gezegd kunnen worden dat de REI leidt tot afstemming van de hoogte van een bepaalde korting die netbeheerders in rekening brengen op hetgeen zij niet-gecertificeerde installateurs betalen. Tegen het bestaan van die korting als zodanig bestaat geen bezwaar (het in rekening

7 Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter, Amsterdam 2007, te downloaden via www.minjus.nl.

8 Volgens het overzicht van de stand van zaken per 9 oktober 2007 zoals gepubliceerd op de website van het Ministerie van Justitie, zal het voorontwerp in de tweede helft van 2007 aan de Raad van State ter advisering zijn voorgelegd. Bij brief van 28 november 2007 aan de Tweede Kamer gaf de minister van Justitie aan dat indiening van het wetsvoorstel verwacht wordt voor het zomerreces van 2008, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VI, nr. 91.

9 Voorontwerp wet aanpassing bestuursprocesrecht, art. 80a – 80e Awb.

10 Besluit d.d. 21 mei 2007, zaak 6015, *Nuon-Essent*, randnr. 11.

brengen van controlekosten aan niet-gecertificeerde installateurs werd immers ook door het CBb niet-mededingingsbeperkend geacht). Bovendien stond ook reeds vast dat de bijdrage per installatie niet diende ter rechtstreekse dekking van controle van die specifieke installatie, maar dat daarvan een fonds wordt gevormd waaruit steekproefsgewijze controles worden betaald. De bijdrage heeft dus hoe dan ook een meer forfaitair karakter, zodat ook de door Elektroburo Vos gestelde afstemming alleen de hoogte van een forfaitaire bijdrage betreft. Een bijdrage die bovendien, aldus de NMa en het CBb, zonder problemen te ontwijken is wanneer Elektroburo Vos zich zou laten certificeren.

De klacht van Elektroburo Vos veronderstelt dus, als ik het goed zie, dat bij gebreke van de REI, netbeheerders op de inkoopmarkt van installatiediensten onder meer met de hoogte van de forfaitaire bijdrage voor de inspecties zouden concurreren om de gunst van dat deel van de aanbieders van installatiediensten, dat niet gecertificeerd is. Dit is nu niet een dadelijk in het oog springende concurrentieparameter. Daar komt bij dat er sinds 2000 het nodige veranderd lijkt. De REI is vernieuwd in 2004 en wordt thans door een stichting (Sterkin) geadmistreerd en uitgevoerd. Deze stichting organiseert ook de steekproefsgewijze inspecties en brengt de forfaitaire bijdrage voor niet-gecertificeerde installateurs daarvoor in rekening. Belangrijker is nog dat deze inspecties sinds 2004 door onafhankelijke inspectiebedrijven worden uitgevoerd en niet langer door of in opdracht van de energiebedrijven zelf.¹¹ De vraag lijkt dus gerechtvaardigd of de mededingingsbeperking zoals Elektroburo Vos die aanvaankelijk op het oog had, überhaupt nog bestond op het moment dat Rechtbank en CBb de zaak onder ogen kregen. Toegegeven: wanneer hier door partijen niets over is aangevoerd gaat het wellicht te ver van de rechter te verlangen zelf deze gegevens boven tafel te krijgen, maar anderzijds is de Awb-wetgever wel degelijk van een actieve opstelling van de rechter uitgegaan terwijl de hiervoor genoemde feitelijkheden binnen een half uur op internet zijn te vinden. In ieder geval zou een bestuurlijke lus hier welkom zijn geweest, zo lijkt het.

In de tweede hier besproken zaak zet het CBb wel meteen een punt achter de procedure. In het licht van de beperkte mate waarin dit in het algemeen gebeurt en in het licht van de uitspraak inzake Elektroburo Vos, is dat het opmerken waard. Immers, het CBb benadrukt de duur van de procedure sinds de klacht van Boontje/Blovo (nog altijd vier jaar jonger dan die van Elektroburo Vos) als redengevend voor het in stand laten van de gevolgen van het besluit op bezwaar tot afwijzing van de klacht. Vanuit het oogpunt van finale geschilbeslechting toe te juichen.

Nu zijn daar mededingingsrechtelijk nog wel de nodige vraagtekens bij te plaatsen. Het CBb constateert apodictisch dat de gronduitgifte tegen symbolische bedragen niet resulteert in 'afstemming van marktgedrag' zodat 'a fortiori' niet sprake is van een beperking van de mededinging in strijd met art. 6 Mw. Dit oordeel past in het kader van art. 8:72, lid 4, Awb, maar met art. 6 Mw lijkt mij dit niet goed verenigbaar – voor zover het al werkelijk duidelijk is wat het CBb hier

nu mee bedoelt. Ongetwijfeld zal opbouw en inhoud van het dossier een rol hebben gespeeld, het CBb zegt dit ook met zoveel woorden en wekt welhaast de indruk geïrriteerd te zijn geraakt door de klacht van Boontje/Blovo. Mogelijk is ook de argumentatie van partijen zelf beknopt geweest en sluit het CBb daarbij aan door alleen de door klagers aangevoerde argumentatie te weerleggen. Anders lijkt mij de kennelijke opvatting dat de gemeente Castricum niet in strijd met art. 6 Mw zou *kunnen* handelen bij de gronduitgifte omdat dit niet resulteert in afstemming van marktgedrag, niet begrijpelijk, voor zover hier geëist zou wordt dat partijen bij enige overeenkomst steeds het marktgedrag van een hen moeten afstemmen om in strijd met het kartelverbod te handelen. Het is bijna een platitute dat verticale overeenkomsten, tussen niet-concurrenten, niettemin de mededinging kunnen beperken als daaruit negatieve gevolgen voor derden (marktafsluiting) voortvloeien. Zo bezien zou ook het gronduitgiftebeleid zeer wel kunnen resulteren in negatieve beïnvloeding van de concurrentie tussen de tennisparke – precies waarover Boontje/Blovo klaagden. Enigerlei 'afstemming' is daarbij als zodanig niet aan de orde, zo lijkt het althans (evenmin als bij verticale overeenkomsten het geval hoeft te zijn).

De verwerping van het beroep van Boontje/Blovo op art. 24 Mw is meer feitelijk van aard, nu het dossier te weinig aanknopingspunten voor onderzoek op dit punt zou bieden. Hierover is van buitenaf niet te oordelen. Wellicht vergt afbakening van een markt voor de exploitatie van buitensportterreinen in de gemeente Castricum bovendien wellicht nog wel enig voorstellingsvermogen, of meer dan dat – maar geografische markten met zeer kleine omvang zijn in ieder geval in de beschikkingspraktijk de normaalste zaak van de wereld. Apothekers, cementfabrieken en supermarkten kunnen er over meepraten. Toch gaat het CBb ook op dit punt te kort door de bocht. Het CBb acht relevant dat niet aanneemelijk is gemaakt dat de gemeente Castricum haar beweerde machtspositie met de lage prijzen zou uitbuiten om voordelen te behalen die bij normale concurrentie niet behaald zouden kunnen worden. Maar sinds wanneer moet die eis gesteld worden? Meent het CBb nu werkelijk dat een misbruik waarbij niet zozeer de eigen marktpositie van de gemeente (al aangenomen dat in andere omstandigheden concurrentie zou bestaan tussen de gemeente en derden op dit punt) wordt uitgebuit maar de concurrentie tussen derden wordt beïnvloed door discriminerende gronduitgifte per definitie geen misbruik van machtspositie kan zijn? Ik zou die opvatting niet aan het CBb willen toeschrijven en ook hier geldt mogelijk dat het CBb zich beperkt tot de redeneringen die door klagers zelf naar voren zijn gebracht, maar duidelijk blijkt dit niet.

Het ontbreken van enig feitelijk aanknopingspunt voor (nader) onderzoek in hetgeen Boontje/Blovo naar voren hebben gebracht, is uiteindelijk redengevend voor het besluit van het CBb de zaak zelf af te doen. Opnieuw: van buitenaf is lastig te taxeren of dit terecht is, in zijn algemeenheid is onge-

11 www.sterkin.nl

twijfeld juist dat de NMa (evenals vele andere bestuursorganen en bestuursrechters) regelmatig wordt geconfronteerd met onduidelijke en/of niet of matig onderbouwde klachten. Niet voor niets echter vergen Awb en de beginselen van behoorlijk bestuur wel de nodige inspanning van het bestuur om de relevante feiten te vergaren en duidelijkheid te verkrijgen over wat de burger verlangt. Gelet op het terughoudende criterium dat het CBb zelf hanteert voor het in stand laten van de rechtsgevolgen, lijkt het CBb van mening dat de klacht van Boontje/Blovo wel bijzonder onder de maat is.

Conclusie

Hoewel de uitspraak inzake Boontje/Blovo vanuit oogpunt van finale geschilbeslechting lijkt toe te juichen, lijkt deze er niet op te duiden dat het CBb met de toepassing van art. 8:72, lid 3, Awb een minder terughoudende koers zal varen, nu de klacht die aanleiding was tot de procedure door het CBb strak wordt weggeschreven. Of dat tegen de achtergrond van het dossier en de ingebrachte feiten terecht is, is niet te overzien, maar de mededingingsrechtelijke overwegingen roepen wel de nodige vragen op. De zaak van Elektroburo Vos bood zo gezien nog meer aanknopingspunten voor finale afdoening, ondanks het opmerkelijk gebrek aan aandacht van NMa en rechtbank voor het beroep op art. 6 Mw. De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat ook in mededingingsrechtelijke zaken de bestuurlijke lus een aanwinst zou kunnen zijn.