

Vanuit handhavingsperspectief is het laten vallen van de art. 24-klacht wellicht niet zo mooi, niet iedere wetsovertreder ontsnapt immers zomaar aan vervolging na het treffen van een schikking met zijn slachtoffers. Toch is deze keuze van de NMa wel begrijpelijk. Een onderzoek naar de excessiviteit van tarieven is moeilijk en kostbaar. De middelen van de NMa zijn nu eenmaal beperkt. Een optreden van een mededingingsautoriteit als prijsbepaler dient bovendien tot een minimum beperkt te blijven.⁸¹ Vandaar dat ook bijvoorbeeld de Commissie terughoudend is om als prijsregulator op te treden.⁸² Het vaststellen van de prijs voor producten en diensten behoort nu typisch tot het domein van de marktpartijen.

Hier komt bij dat de NMa *inhoudelijk* op enkele punten in de fout is gegaan in het oorspronkelijke besluit bij het vaststellen van de excessiviteit van tarieven. De kritiek van de Bezwaaradviescommissie dat de meetperiode van de NMa niet de gehele investeringsperiode van partijen omvatte op alle investeringselementen, was terecht. Met het laten vallen van art. 24 Mw ontloopt de NMa nu alle bovenstaande probleempunten.⁸³ Ook verdwijnt *de facto* de innerlijke tegenstrijdigheid in de benadering van de artikelen 6 en 24 Mw hiermee uit het besluit – immers, één van de twee artikelen valt weg. De Raad van Bestuur heeft hiermee wellicht niet de meest elegante oplossing gevonden, functioneel is deze wel.

In bezwaar hebben de partijen art. 24 Mw dus al van tafel gekregen, wat rest is art. 6 Mw. Voor deze laatste horde zal men nu bij de rechter moeten zijn.

81 Een mededingingsautoriteit dient voorzichtig te zijn met de vaststelling of en wanneer er sprake is van een onredelijk hoge prijs voor een bepaald product. Zie E.H. Pijnacker Hordijk & Y. de Vries, 'Onbillijk hoge prijzen als vorm van misbruik van een economische machtspositie onder het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht', *SEW* 2002, p. 446. Het bepalen van de economische waarde van een product of dienst en het vaststellen van een 'juiste' of 'eerlijke' prijs daarvoor, is in de praktijk niet eenvoudig. Zie L. Ritter & W.D. Braun, *European Competition Law. A Practitioner's Guide*, The Hague: Kluwer Law International 2004, p. 426 en 430.

82 Zie A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 379, 380 en 838. Een belangrijk punt is dat art. 82 sub a EG (art. 24 Mw) niet bedoeld is om de rechter of mededingingsautoriteiten in de positie van industrieel regulator te brengen. Het veronderstelt een wijd bereik aan 'redelijke' prijzen. Aldus S.D. Anderman, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, Oxford: Oxford University Press 1998, p. 215.

83 Overigens was het niet uitgesloten geweest dat de NMa met een gewijzigde berekening opnieuw was uitgekomen op de excessiviteit van gehanteerde tarieven. De NMa had immers bij een volledige hertoets ook factoren mee kunnen nemen die de verdenking van excessiviteit juist zouden onderbouwen, maar die de NMa in haar oorspronkelijke beoordeling links had laten liggen. Denk hierbij aan kostendrukkende omstandigheden als het afnemen van het contante betalingsverkeer.

Boontje c.s. / NMa

Boontje c.s. / NMa, Rechtbank Rotterdam, 22 december 2005, MEDED 05/396 WILD, LJN: AV7339, betreffende de afwijzing van de klacht van misbruik van een economische machtspositie, nu de Gemeente Castricum bij gronduitgifte staatssteun verleent.
(mr W.W. Geursen)¹

Inleiding

De NMa ontbreekt het aan de bevoegdheid uitspraken te doen over staatssteun. Nu de klacht van Boontje c.s. op voorhand eerder staatssteun lijkt te betreffen dan misbruik van een economische machtspositie, wijst de NMa de klacht af omdat de Gemeente bij steunverlening niet optreedt als onderneming. De rechtbank vindt echter dat de NMa onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de Gemeente niet als onderneming handelde en vernietigt het besluit. De rechtbank sluit namelijk niet uit dat er zowel sprake kan zijn van staatssteun als van misbruik.

De aanleiding

In de jaren '90 heeft de heer Boontje van de Gemeente Castricum en van – toen nog – de Gemeente Limmen tegen marktwaarde het multisportpark 'Berg en Bal' respectievelijk tennispark 'De Voetel' gekocht. Het multisportpark heeft Boontje later ingebracht in de vennootschap onder firma Blovo (hierna tezamen: Boontje). Sinds 2002 zijn de gemeenten Castricum, Akersloot en Limmen gefuseerd tot één gemeente (hierna: de Gemeente).

In de Gemeente kan daarnaast worden getennist bij Tennisvereniging Akersloot en Stichting Tennispark Vinkenbaan (hierna tezamen: de tennisverenigingen). De tennisverenigingen hebben de door hun gebruikte tennisparken respectievelijk gehuurd en in erfpacht van de Gemeente, beide tegen het (symbolische) bedrag van f 1,- (€ 0,45). De erfpachtovereenkomst stamt uit 1970 en tennispark Akersloot wordt sinds 1997 verhuurd.

Boontje is van mening dat de Gemeente de vier tennisparken ongelijk behandelt. Volgens hem draagt de Gemeente bij in de kosten van de tennisverenigingen door slechts een symbolisch bedrag aan huur en canon te vragen, terwijl Boontje een dergelijke bijdrage in de exploitatie niet ontvangt. Boontje zou daardoor hogere grondkosten hebben en ziet zich genoodzaakt zijn tennisfaciliteiten tegen een hogere prijs met een lagere marge aan te bieden.

Volgens Boontje verstoort de steun van de Gemeente aan de tennisverenigingen de markt voor buitentennis in Castricum. Boontje verzoekt de Gemeente om een (gelijke) bijdrage in zijn exploitatielasten. Daarnaast dient Boontje bij brief van 16 maart 2004 bij de NMa een klacht in. Volgens Boontje zijn de huur- en erfpachtovereenkomst in strijd met

1 Wessel Geursen is werkzaam als advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek en als docent verbonden aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden.

art. 6 Mededingingswet ('Mw'). Bovendien – zo stelt Boontje – heeft de Gemeente Castricum een economische machtspositie op de markt voor tennisparken en vergelijkbare buitensportparken die zij in strijd met art. 24 Mw misbruikt door partijen ongelijk te behandelen. Twee dagen na het indienen van zijn klacht bij de NMa wijst de Gemeente zijn subsidieaanvraag bij besluit op bezwaar af.

Het NMa-besluit

Binnen één maand neemt de – toen nog d-g – NMa een besluit.² De klacht wordt daarbij ongegrond verklaard. Daartoe overweegt de NMa dat de centrale vraag is of het handelen van de Gemeente ten aanzien van de gronduitgifte is aan te merken als overheidsbeleid of als economische activiteit. In dat laatste geval zou de Gemeente aan te merken zijn als ondernemer. De NMa concludeert dat er echter geen sprake kan zijn van economische activiteiten. Volgens de NMa streven ondernemingen over het algemeen naar winstmaximalisatie. Nu de klacht juist luidt dat de Gemeente de prijzen voor de tennisverenigingen te laag stelt, lijkt dit gedrag niet consistent met ondernemershandelen. Wanneer de Gemeente niet als ondernemer kan worden aangemerkt, valt zij buiten de reikwijdte van de artt. 6 en 24 Mw. Zelfs al zou er sprake zijn van ondernemershandelen, dan is de NMa er niet van overtuigd dat er sprake is van misbruik van machtspositie. Nu de NMa twijfelt omtrent 'de kansrijkheid van de vaststelling van de overtreding en daarmee de doelmatigheid van [haar] optreden in combinatie met de relatief geringe economische importantie' heeft zij het niet opportuun geacht een nader onderzoek in te stellen.

Boontje gaat tegen die afwijzing in bezwaar. Zijn belangrijkste argument is dat het ontbreken van winstmaximalisatie geen doorslaggevend element kan zijn om te bepalen of de Gemeente als ondernemer heeft gehandeld. Daarnaast verwijt hij de NMa zijn klacht ten onrechte niet als prioriteit te hebben aangemerkt en aan een nader onderzoek te hebben onderworpen.

In haar besluit op bezwaar erkent de NMa dat zij reeds diverse malen heeft geoordeeld dat gronduitgifte door gemeenten een economische activiteit is.³ Gronduitgifte is dus aan te merken als een ondernemershandelen; in zoverre vallen gemeenten dan ook onder het ondernemingsbegrip van de Mw. Vervolgens gaat de NMa in op de vraag wat de oorzaak is van de mogelijke concurrentievervalsing op de markt voor buitentennis in Castricum. Volgens de NMa is de oorzaak te vinden in het symbolisch bedrag voor huur en canon dat de tennisverenigingen betalen. De NMa kwalificeert dit als een indirecte subsidieverlening. Ook Boontje en de Gemeente beschouwen dit als (indirecte) subsidieverlening. De NMa wijst erop dat de subsidieaanvraag van Boontje, waarin om eenzelfde subsidiebehandeling wordt verzocht als die geldt voor de tennisverenigingen, is afgewezen. Volgens de NMa handelt de Gemeente in het geval van (indirecte) subsidieverlening niet als onderneming. Het handelen van de Gemeente valt dan buiten de reikwijdte van de Mw.

De NMa overweegt, wellicht ten overvloede, dat de bevoordeling van de tennisverenigingen kan worden aangemerkt 'als (selectieve) financiële steun van een gemeente aan een onderneming'.⁴ Volgens de NMa is er daarom mogelijk sprake van staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG. De NMa is niet bevoegd om te oordelen over staatssteun en verklaart zich onbevoegd om in het onderhavige geval op te treden. Volgens de NMa moet Boontje in dat geval bij de Europese Commissie zijn. De NMa verwijst daarbij naar de vergelijkbare klacht die commerciële jachthavens gelegen aan de zuidelijke randmeren hadden ingediend betreffende de subsidiëring door de Gemeente Hoorn van non-profitjachthavens.⁵ Nu de NMa op de materiële argumenten van Boontje is ingegaan laat de NMa de bezwaargrond betreffende het prioriteitsbeleid voor wat het is.

Bij besluit van 21 december 2004 bevestigt de – nu RvB van de – NMa haar primaire besluit en verklaart het bezwaar ongegrond.⁶

De beoordeling door de rechtbank Rotterdam

Tegen dit besluit heeft Boontje bij brief van 31 januari 2005 beroep ingesteld bij de rechtbank Rotterdam. De Gemeente heeft zich als derde-belanghebbende gevoegd in de procedure, maar heeft geen schriftelijke uiteenzetting ingediend en is ook niet ter zitting verschenen.

Boontje stelt zich op het standpunt dat het in gebruik geven van grond een economische activiteit is en niet is aan te merken als een 'overheidsactiviteit'. Volgens de NMa gaat het er in deze zaak niet om gronduitgifte te beoordelen, maar juist de (indirecte) subsidieverstreking. De gronduitgifte is volgens de NMa slechts het instrument waarmee de subsidie wordt verstrekt. Het verweer van de NMa is dan ook dat subsidieverstreking een overheidsprerogatief is waarop de Mw niet van toepassing is.

Steunverlening als overheidsprerogatief

De rechtbank vat het verweer van de NMa als volgt op. Nu steunverlening door een gemeente een overheidsprerogatief behelst, valt de steunverlenende activiteit alleen al om die reden buiten de reikwijdte van de Mw. Eventueel zou art. 87 EG kunnen worden toegepast, maar daartoe is de NMa niet bevoegd.

2 NMa-besluit van 15 april 2004, met kenmerk 3980/4.b619.

3 Bij wijze van voorbeeld verwijst de NMa naar haar besluit van 23 juli 1999 in zaak 101/*Bloemenmarkt Amsterdam*.

4 Waarbij de NMa verwijst naar de Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, voorlaatste alinea van de inleiding (*Pb.* 1997, C-209/3).

5 Besluit van 10 februari 2004, zaak 3279/*Jachthavens Zuidelijke Randmeren vs Gemeente Hoorn*. De jachthavens hebben een klacht ingediend bij de Europese Commissie wegens het bestaan van staatssteun. Bij beschikking van de Commissie van 29 oktober 2003, nr. 2004/114/EG, heeft de Commissie geoordeeld dat er geen sprake was van staatssteun (*Pb.* 2004, L 34/63). Daartegen is een beroep tot nietigverklaring ingesteld door de commerciële jachthavens (zaak T-117/04; *Pb.* 2004, C 118/46).

6 NMa-besluit van 21 december 2004, met kenmerk 3980-30.

Volgens de rechtbank is het irrelevant of het handelen van de Gemeente wellicht ook (nog) onder de reikwijdte van een ander regime valt dan de Mededingingswet. De staatssteunregels van de artt. 87 EG e.v. en de mededingingsregels van de artt. 81 en 82 EG vormen afzonderlijke procedures die door specifieke regels worden beheerst.⁷ Volgens de rechtbank kan er dan ook sprake zijn van (enige) overlap tussen de toepasselijkheid van de staatssteunbepalingen en de toepasselijkheid van de mededingingsbepalingen. Het handelen van de Gemeente kan dus best onder beide regimes vallen.

De NMa had dus behoren na te gaan of de Gemeente als onderneming handelde. Voor de beoordeling of de Gemeente heeft gehandeld als onderneming dient simpelweg na te worden gegaan of dat handelen is aan te merken als een economische activiteit,⁸ of dat er sprake is van een overheidsprerogatief.⁹ De enkele constatering van de NMa dat het handelen van de Gemeente steunverlening inhoudt en onder de reikwijdte van de communautaire steunbepalingen zou kunnen vallen, vormt een onvoldoende motivering voor de stelling dat dit handelen de uitoefening van overheidsprerogatieven inhoudt en er dus geen sprake is van een economische activiteit. Bovendien staat het volgens de rechtbank nog niet eens met voldoende zekerheid vast dat er daadwerkelijk sprake is van begunstiging van de tennisverenigingen door steunverlening door de Gemeente. De NMa is niet – en naar het oordeel van de rechtbank ten onrechte – ingegaan op een aantal feitelijke gegevens, zoals de mogelijke verplichtingen die de tennisverenigingen hebben om het verhuurde/verpachte te onderhouden en om deze gronden alleen te mogen gebruiken als tennisbanen. Deze verplichtingen zouden mogelijk dermate hoge kosten met zich meekunnen brengen dat er van een voordeel überhaupt geen sprake is. Het verweer van de NMa houdt dan ook geen stand.

Geen overheidsprerogatief

In haar verweer beroept de NMa zich voorts op de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in de zaak *Galerie Y tegen de Mondriaan Stichting*.¹⁰ In tegenstelling tot de voornoemde zaak was het volgens de rechtbank in de zaak *Boontje* onduidelijk (i) welke (wettelijke) grondslag voor de 'steunverlening' door de Gemeente had bestaan, (ii) in het kader van welke taak de 'steunverlening' plaats had gevonden en (iii) welk belang daarmee gediend was. Nu niet duidelijk is geworden wat de ratio en achtergrond is geweest van de besluiten van de – indertijd nog aparte – gemeenten om tot gronduitgifte tegen een dergelijk laag bedrag over te gaan, blijkt volgens de rechtbank onvoldoende uit het NMa-besluit waarom de handelingen van de Gemeente toch een overheidsprerogatief behelzen en niet een economische activiteit. Volgens de rechtbank klemt het gebrek in die motivering des te meer nu de NMa zelf gronduitgifte door gemeenten in beginsel juist wél als een economische activiteit aanmerkt. Ook dit verweer houdt geen stand.

De rechtbank komt tot de conclusie dat het besluit niet berust op een deugdelijke motivering (artikel 7:12 lid 1 AWB) en niet zorgvuldig is voorbereid (artikel 3:2 AWB). De recht-

bank verklaart het beroep gegrond en vernietigt het bestreden besluit. De NMa zal met inachtneming van deze uitspraak een nieuwe beslissing op bezwaar moeten nemen.

De rechtbank voegt ten aanzien van het nieuw te nemen besluit nog een overweging 'ten overvloede' toe. Ter zitting heeft de NMa aangegeven dat, mocht de rechtbank het besluit vernietigen, zij zich het recht voorbehoudt de zaak alsnog niet (verder) in behandeling te nemen, gelet op haar prioriteringsbeleid. De rechtbank bevestigt dat de NMa over een dergelijke beleidsvrijheid beschikt en geeft aan dat het de NMa vrijstaat om bij het (opnieuw) te nemen besluit ook op het punt van prioriteringsbeleid een gemotiveerd standpunt in te nemen.

Commentaar

Samenloop van staatssteun en misbruik van machtspositie

De rechtbank onderkent terecht dat er sprake kan zijn van samenloop van de regels omtrent staatssteun en de regels omtrent misbruik van machtspositie. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer er sprake is van kruissubsidiëring door een overheidsonderneming met een economische machtspositie.

Een tekenend voorbeeld is de zaak betreffende de koeriersdienst *Chronopost* van het Franse postbedrijf *La Poste*. *Chronopost* maakt ten behoeve van haar koeriersactiviteiten gebruik van het distributienetwerk van het Franse moederbedrijf.¹¹ De branchevereniging voor koeriersdiensten SFEI heeft eind 1990 bij de Commissie een klacht ingediend, waarbij zij aanvoerde dat dat gebruik enerzijds een verboden misbruik opleverde, omdat *La Poste* haar monopoliepositie op de (gereguleerde) markt voor particuliere postbezorging zou misbruiken door *Chronopost* tegen té lage kosten gebruik te laten maken van haar distributienetwerk en anderzijds die té lage kostendoorberekening aan te merken zou zijn als staatssteun, nu *La Poste* een staatsbedrijf is. Beide klachten hebben geleid

7 Onder verwijzing naar de arresten van het Hof van Justitie in zaak C-225/91, *Matra* (Jur. 1993, p. I-3203, r.o. 43 en 44) en de gevoegde zaken T-197/97 en T-198/97, *Weyl* (Jur. 2001, p. II-303, r.o. 75).

8 Onder verwijzing naar de arresten van het Hof van Justitie in zaak C-41/90, *Höffner* (Jur. 1991, p. I-1979), zaak 118/85, *Commissie v. Italië* (Jur. 1987, p. 2599).

9 Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-343/95, *Diego Cali* (Jur. 1997, p. I-1547).

10 *Galerie Y* was geweigerd door de Mondriaan Stichting om te worden toegelaten tot de Kunstkoopregeling, waarbij particulieren tegen een laag tarief geld konden lenen om bij erkende galeries kunst te kopen. Tegen deze weigering heeft *Galerie Y* bezwaar en beroep ingesteld. Volgens de galerie handelde de stichting in strijd met art. 6 / 24 Mw. De rechtbank oordeelde dat de stichting vanuit haar overheidsprerogatief handelde en dus niet was aan te merken als een onderneming, nu de stichting subsidies (in de vorm van lagere rente) verstrekke op grond van een wettelijke grondslag, de stichting krachtens publiekrecht was ingesteld en het publieke belang (in de sfeer van cultuur) gediend was met deze regeling. Uitspraak van 14 juni 2001, LJN: AB2445, gepubliceerd in *Actualiteiten Mededingingsrecht* nr. 6, september 2001, p. 147.

11 Zie ook de beschikking van de Commissie van 14 december 1999, in zaak NN 88/98 – Financing of a 24-hour advertising-free news channel out of the licence fee by the BBC.

tot afzonderlijke Commissiebeschikkingen en vele procedures bij het Gerecht van Eerste Aanleg en bij het Hof van Justitie.¹²

De enkele conclusie dat er sprake zou zijn van staatssteun, 'ontslaat' de NMa dus niet van haar bevoegdheid na te gaan of er mogelijk (ook) sprake is van misbruik van een economische machtspositie.

Sluit het verlenen van staatssteun (toch) ondernemershandelen uit?

Wel lijkt het juist dat de NMa zich de vraag stelt of er bij het verlenen van staatssteun sprake is van ondernemershandelen. Immers er zou een verschil moeten en kunnen bestaan tussen een overheid die zonder winstoogmerk handelt –, waarbij het enkele feit dat een winstoogmerk ontbreekt niet het economisch karakter van de activiteit ontnemt, – en een overheid die staatssteun verleent vanuit haar overheidsprerogatief. Het begrip staatssteun verdient daarvoor een nadere beschouwing. Zo formuleerde AG Jacobs het begrip staatssteun in dit verband treffend.

*'Hoewel soms wordt gezegd, dat door een staat verleende financiële bijstand slechts als staatssteun kan worden aangemerkt, indien hij gratis is¹³, is het stellig correcter om te zeggen dat, telkens wanneer een Lid-staat aan een onderneming geld ter beschikking stelt dat een particuliere investeerder die gewone commerciële criteria hanteert en andere overwegingen van sociale, politieke of filantropische aard buiten beschouwing laat, normaliter niet zou verstrekken, staatssteun wordt verleend.'*¹⁴

Belangrijk daarin is het feit dat een steunverlenende instantie geen commerciële criteria, maar criteria van algemeen belang hanteert. Niet de steunverlening zelf, maar de achterliggende criteria van algemeen belang kunnen duiden op de afwezigheid van ondernemershandelen. Wil de NMa op basis van de aanwezigheid van staatssteun tot de conclusie komen dat er geen sprake is van ondernemershandelen, dan zal zij dat nader moeten motiveren met de achterliggende doelstellingen van de steun en niet kunnen volstaan met de enkele conclusie dat er sprake is van staatssteun. Dat is precies het verschil dat de rechtbank constateert tussen de zaak tegen de Mondriaan Stichting en onderhavige zaak.

Commerciële criteria vs. criteria van algemeen belang

Nu de NMa er in diverse besluiten¹⁵ vanuit is gegaan dat gronduitgifte door de gemeente een economische activiteit is, maakt de rechtbank de NMa het verwijt dat zij niet voldoende heeft gemotiveerd dat er in dit geval geen sprake was van overheidshandelen. Dat verwijt is niet geheel ten onrechte en dat een dergelijk besluit ook best anders kan worden gemotiveerd, blijkt bijvoorbeeld in het NMa-besluit in zaak 2493/ Vereniging Eigen Huis / Gemeente Amsterdam.

'[Het] blijkt dat een gemeente soms optreedt als "overheid" en soms als "onderneming". In onderha-

*vige zaak is dit tweeledige karakter goed zichtbaar. Op basis van het voorgaande blijkt dat de gemeente Amsterdam in het onderhavige geval met betrekking tot de uitgifte van grond in erfpacht handelt als een onderneming in de zin van de Mw. Dat de gemeente de woningcorporaties anders behandelt dan de particuliere erfpachters in de wijze waarop zij haar erfpachtbeleid gestalte geeft is te herleiden tot haar publieke taak. Woningcorporaties hebben een sociale functie. Ze hebben tot taak het wonen voor de minder financieel draagkrachtigen toegankelijk te maken. (...) Op grond van het voorgaande is het handelen van de gemeente Amsterdam met betrekking tot haar erfpachtbeleid ten aanzien van woningcorporaties aan te merken als overheidshandelen en valt derhalve niet onder de werkingssfeer van de Mw.'*¹⁶

Het is dus niet zozeer het feit dat er sprake zou kunnen zijn van steunverlening dat het economische karakter ontnemt aan de gronduitgifte, maar, zoals AG Jacobs aangeeft, de 'overwegingen van sociale, politieke of filantropische aard'. De NMa benoemt die overwegingen in de VEH-zaak, waar de NMa in haar besluit het sociale beleid benadrukt en daarom tot de slotsom komt dat er geen sprake is van ondernemershandelen.

Twee laatste opmerkingen over de uitspraak zou ik willen wijden aan de overweging van de rechtbank die de zaak wellicht geheel op losse schroeven kan zetten.

Treedt de rechter buiten de grenzen van het geding?

De rechtbank merkt op dat er misschien wel helemaal geen sprake is van bevoordeling van de tennisverenigingen, terwijl zowel de NMa, de Gemeente als ook Boontje het met elkaar eens waren dat de tennisverenigingen werden bevoordeeld. Dat er sprake was van een bevoordeling was dan ook niet in geschil. De vraag was of die bevoordeling misbruik oplevert. Partijen hebben niet betwist dat er sprake was van een bevoordeling. Integendeel, zij zijn er beide

12 Voor wat betreft de klacht gebaseerd op art. 82 EG, zie: arrest van het Hof van Justitie van 4 maart 1999 in zaak C-119/97 P, *Union française de l'express* (Ufex), voorheen *Syndicat français de l'express international* (SFEI) / Commissie (Jur. 1999, p. I-1341) en voor wat betreft de klacht gebaseerd op art. 87 EG, zie: arrest van het Hof van 3 juli 2003 in gevoegde zaken C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, *Chronopost* (Jur. 2003, p. I-6993).

13 Daarbij verwijst Jacobs naar: Despina Schina: *State Aids under the EEC Treaty* * Articles 92 to 94, Oxford, 1987, blz. 15, paragraaf 50; dit standpunt wordt weerlegd door Wenig in Groeben, Thiesing en Ehlermann (eds.), *Kommentar zum EWG Vertrag*, 4de druk, blz. 2645, paragraaf 5; zie ook Bellamy en Child, *Common Market Law of Competition*, 3de druk, paragraaf 14-004, en Hancher, Ottervanger en Slot, *EC State Aids*, 1993, blz. 21, paragraaf 2.6.

14 Conclusie van 23 maart 1994 in de gevoegde zaken C-278/92 tot en met C-280/92, *Spanje / Commissie*, par. 28 (Jur. 1994 p. I-4103).

15 Zie bijvoorbeeld de besluiten van de NMa van 3 november 1998 in zaak 571/H. *van Gelder vs Gemeente Heiloo*, van 23 juli 1999 in zaak 101/ *Bloemenmarkt Amsterdam* en van 12 september 2002 in zaak 2493/ *Vereniging Eigen Huis / Gemeente Amsterdam*.

16 Rnr. 28-30.

zelfs van uitgegaan dat er sprake was van een bevoordeling. Voor Boontje was die bevoordeling immers het misbruikelijk gedrag en voor de NMa was die bevoordeling de reden om te concluderen dat er sprake was van een overheidsprerogatief. Het lijkt er daarom op dat de rechter in strijd met art. 8:69 lid 1 Awb buiten de grenzen is getreden van het hem voorgelegde geschil – dat wordt bepaald door het beroepschrift.¹⁷ Wellicht zou de rechter die bevoegdheid nog kunnen ontlenen aan het feit dat de rechtsgrondslag van het beroep (art. 6/24 Mw) mogelijk van openbare orde is en hij derhalve ambtshalve mag toetsen. Maar dan gaat het nog wel heel ver en mijns inziens te ver om de feitelijke gronden aan te vullen, althans in twijfel te trekken, terwijl alle partijen ervan uit zijn gegaan dat er sprake was van een bevoordeling.¹⁸

Of verzwart de rechter de onderzoeksplicht van de NMa?

Nu de rechtbank deze vermeende omissie van de NMa koppelt aan de zorgvuldige voorbereiding zou het ook zo kunnen zijn dat de rechtbank bedoelt dat de NMa niet aan haar onderzoeksplicht heeft voldaan en daarmee in strijd heeft gehandeld met de zorgvuldigheidsnorm van art. 3:2 Awb. Dat zou kunnen betekenen dat wanneer een klager (i.c. Boontje) en de beklagde (i.c. de Gemeente) het over een feit eens zijn, de NMa toch nog moet onderzoeken of dat feit klopt.

Ten aanzien van de onderzoeksplicht van de Commissie naar aanleiding van een klacht kwam het Gerecht van Eerste Aanleg in de *Asia Motor France II*-zaak tot de volgende bevinding.

*'Al heeft de Commissie (19) niet de verplichting, met betrekking tot alle bij haar ingediende klachten een onderzoek in te stellen, toch moet zij, zodra zij besluit tot een dergelijk onderzoek over te gaan, dat, behoudens een voldoende uitvoerige motivering, met de vereiste zorg, ernst en nauwgezetheid doen, zodat zij in staat is de door klagers aangedragen feitelijke en juridische elementen met volledige kennis van zaken te beoordelen.'*²⁰

In die zaak werd de Commissie echter verweten dat zij het door de klager aangedragen bewijs – zonder voldoende onderzoek – terzijde had geschoven. Ook in de Nederlandse rechtspraak verwijt de rechter de NMa niet aan haar onderzoeksplicht te hebben voldaan, wanneer de NMa in het licht van het door de klagers aangedragen feitenmateriaal onvoldoende onderzoek heeft verricht.²¹ Daarvan lijkt in de zaak Boontje evenwel geen sprake te zijn. De NMa twijfelt immers niet aan het feit dat er sprake is van een bevoordeling, maar verbindt daar andere juridische consequenties aan dan Boontje zich had voorgesteld. Het lijkt er daarom op dat de rechtbank de onderzoeksplicht van de NMa in een klachtprocedure heeft verzwart.

Maar gaat een dergelijke verzwaring dan niet te ver? Daalder en Schreuder-Vlasblom komen onder verwijzing naar

uitspraken van diverse bestuursrechters tot de conclusie dat een zwaardere onderzoeksplicht rust op het bestuursorgaan wanneer het besluiten betreft die ambtshalve genomen zijn en de geadresseerde belasten, dan wanneer het een besluit op aanvraag betreft.²² Wanneer dat mag worden doorgetrokken naar het mededingingsrecht, rust er een zwaardere onderzoeksplicht op de NMa wanneer er sprake is van een boetebesluit dat is genomen naar aanleiding van een door haar geïnitieerd kartelonderzoek, dan wanneer in een klachtprocedure de klacht wordt afgewezen. Los daarvan gaat het wel heel erg ver – en mijns inziens te ver – om in een klachtprocedure niet uit te mogen gaan van de feiten die de klager heeft aangedragen en die de beklagde niet heeft weersproken, en zelfs heeft bevestigd.

Conclusie

De NMa zal weer aan de schrijftafel gaan zitten en gezien de overweging ten overvloede mag de klacht alsnog worden 'weg-geprioriteerd'. Dan rest Boontje nog de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de Commissie wegens staatssteun. Dat roept direct de vraag op of wel voldaan wordt aan de criteria van art. 87 EG. Zijn de tennisverenigingen in Castricum eigenlijk wel aan te merken als ondernemingen? En beïnvloedt de steun gegeven op de markt voor buitentennis in Castricum überhaupt het interstate-lijk handelsverkeer? Immers steun aan het zwembad in de Duitse plaats Dorsten had die invloed niet;²³ subsidies aan (sommige) jachthavens aan het IJsselmeer wellicht weer wel. Dus wil de heer Boontje bij de Commissie kans van slagen hebben dan zou hij er goed aan doen het aantal buitenlandse tennissers op zijn baan bij te houden.

17 Ook al kan de bestuursrechter op basis van art. 8:69 lid 3 Awb ambtshalve feiten aanvullen, hij dient binnen de grenzen van het geding te blijven. Cf. uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 24 oktober 1997, AB 1998/42 en uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State van 26 juli 2001, AB 2001/299 m.nt. Sew.

18 Zie in die zin de par. 2.7-2.9 van de conclusie van A-G Keus bij HR 3 december 2004, LJN: ARO285, betreffende de verwerking van Spaanse Anjers van Bloemenveiling Floraholland, NJ 2005, 118, waarbij hij de begrenzing van ambtshalve aanvulling vindt in art. 25 Rv. De HR ging in zijn arrest niet in op deze vraag.

19 Onder verwijzing naar het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 18 september 1992 in zaak T-24/90, *Automec* (Jur. 1992, p. II-2223).

20 Arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 29 juni 1993 in zaak T-7/92, *Asia Motor France e.a. / Commissie* (Jur. 1993, p. II-669), r.o. 36.

21 Zie bijvoorbeeld: uitspraken van 22 december 2004 van de rechtbank Rotterdam, LJN: AS2391, *Vereniging Bergers Belangen e.a. / Nma*; van 11 maart 2003 van de rechtbank Rotterdam, LJN: AF8902, *Glasgarage/Nma* betreffende een klacht tegen Carglass en van het CBB van 17 november 2004 in hoger beroep in de *Glasgarage*-zaak, m. nt. H.M.H. Speyart, P.M. Waszink, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2005, nr. 2, p. 39 en m. nt. M.R. Mok, *SEW* 2005, nr. 7, p. 287; zie ook B. van den Berg, 'Carglass onder een vergrootglas: zoektocht naar het procesbelang van een geadresseerde van een besluit in het kader van bestuursrechtelijke handhaving', *Markt & Mededinging* 2004, nr. 2, p. 40.

22 E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren onder nul – De vaststelling van de feiten in het bestuursprocesrecht', *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht* 2000, p. 214.

23 Beschikking van de Commissie van 12 januari 2001 in staatssteunzaak N 258/00 – *Deutschland, Freizeitbad Dorsten*.