

RB. ROTTERDAM, SECTOR BESTUURSRECHT 24 JANUARI 2000, ZAAKNR. MEDED 99/602-SCR

Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijven, Stichting Meldadres BBS en Bureau Meldadres BBS B.V., eiseressen (gemachtigde mr A.N. Huizinga) tegen de d-g NMa (gemachtigde mr drs B.M.J. van der Meulen en mr C.A. Vesseur).

Voorlopig oordeel, Awb-besluit, ontheffingsaanvraag ex artikel 17 Mw, boete-immuniteit.

(m.nt. mr P.J.M. Koning)

Feiten

Eiseressen hadden op 31 maart 1998 voor een aantal, de leden van de Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijven bindende, regelingen met betrekking tot aanbestedingen in het schilders- en afwerkingsbedrijf een ontheffing ex artikel 17 Mw aangevraagd. Hierop reageerde de d-g NMa bij brief van 20 november 1999 met het bericht dat op basis van het voorlopig oordeel van de NMa, dat als bijlage bij de brief was meegezonden, eiseressen daarvoor niet in aanmerking zouden komen. De conclusie van het voorlopig oordeel luidde dat de aangemelde regelingen in strijd waren met het bepaalde in artikel 6 Mw, dat een ontheffing op grond van artikel 17 Mw niet mogelijk was en dat de regelingen – gelet op het feit dat zij reeds onder de Wet economische mededinging waren verboden – geen voorlopige geldigheid bezaten. Voorts verzocht de d-g NMa eiseressen om binnen vijf dagen te berichten of dit voorlopig oordeel aanleiding gaf de aangemelde regelingen op te heffen en gaf hij aan dat, indien hij niet of niet-tijdig bericht zou ontvangen, het ontheffingsverzoek zou worden afgewezen en een rapport in de zin van artikel 59 Mw zou worden opgemaakt. Voorts werd gewezen op de bevoegdheid van de d-g NMa om geldelijke boetes op te leggen. De NMa bracht op 23 november 1999 een persbericht over dit voorlopig oordeel uit. Bij brief van 18 december 1998 heeft de d-g NMa eiseressen opnieuw gewezen op de mogelijke gevolgen van het niet ontvangen van een tijdig bericht over opheffing van de regeling(en).

Bij brief van 28 december 1999 werd de d-g NMa ervan in kennis gesteld dat eiseressen niet voornemens waren de aangemelde regelingen in te trekken. Bij brief van 31 december 1998 is namens eiseressen tegen het voorlopig oordeel bezwaar gemaakt, doch slechts indien en voorzover dat voorlopig oordeel zou moeten worden aangemerkt als een beschikking althans als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In het bezwaarschrift verzochten eiseressen het bezwaar niet ontvankelijk te verklaren omdat naar hun mening het voorlopig oordeel geen besluit of beschikking kon zijn.

Bij besluit van 4 februari 1999 (het besluit op bezwaar) heeft de d-g NMa het bezwaar kennelijk niet-ontvankelijk verklaard omdat het voorlopig oordeel niet kon

worden aangemerkt als besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Hiertegen is namens eiseressen beroep aangetekend bij de sector bestuursrecht van de rechtbank Rotterdam, die het beroep bij uitspraak van 4 februari 2000 ongegrond heeft verklaard.

Beoordeling van het geschil

Allereerst gaat de rechtbank in op twee procedurele aspecten (i) het dictum van het besluit op bezwaar van 4 februari 1999 en (ii) het procesbelang van eiseressen. Voor wat betreft het eerste punt overweegt de rechtbank dat de d-g NMa het bezwaarschrift ten onrechte 'kennelijk niet-ontvankelijk' heeft verklaard in plaats van 'niet-ontvankelijk'. Artikel 7:3 aanhef en onder a Awb strekt er slechts toe om een bestuursorgaan de bevoegdheid toe te kennen om af te zien van het horen van belanghebbenden en niet (ook) tot het in het leven roepen van een afzonderlijk dictum. De rechtbank meent echter geen gevolgen aan dit onjuiste dictum te moeten verbinden. Op het verweer van de d-g NMa dat eiseressen niet over procesbelang zouden beschikken, het tweede procedurele punt, overweegt de rechtbank dat uit hetgeen eiseressen in beroep hebben aangevoerd, is gebleken dat het namens hen in bezwaar ingenomen standpunt niet hun definitieve standpunt is geweest.

Op de inhoudelijke kant van het beroep overweegt de rechtbank dat – in elk geval – een naar aanleiding van een aanvraag om ontheffing ten aanzien van reeds bestaande en toegepaste overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen kenbaar gemaakt voorlopig oordeel van de d-g NMa niet kan worden aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Daarvoor acht de rechtbank doorslaggevend dat het voorlopig oordeel op zichzelf geen definitieve beslissingen inhoudt omtrent de toetsing van de ontheffingsaanvraag aan artikel 17 Mw, de toepasselijkheid op de onderhavige regelingen van artikel 100 lid 1 Mw of het al dan niet opleggen van een boete en/of een last onder dwangsom op grond van de artikelen 56 en 57 Mw. Aan dit oordeel doet niet af de, op onderdelen onnodig stellige en ten onrechte onvoorwaardelijke, bewoordingen in de brieven van 20 november 1998 en 18 december 1998 en de publicitaire begeleiding van het voorlopig oordeel.

Voorts acht de rechtbank van belang dat de Mw voorziet in zorgvuldige, met de nodige waarborgen omklede procedures. Die procedures zouden op onaanvaardbare wijze worden doorkruist indien de daarin te beantwoorden vragen (ook) reeds in volle omvang aan de orde zouden kunnen worden gesteld in het kader van bezwaar en vervolgens beroep tegen een – slechts – voorlopig oordeel.

Op hetgeen eiseressen in de beroepsprocedure hebben aangevoerd, overweegt de rechtbank dat zij niet inziet waarom, in afwachting van het besluit op een ontheffingsaanvraag ten aanzien van reeds bestaande en toegepaste overeenkomsten, besluiten of gedragingen of van een – mogelijk – besluit tot het opleggen van een boete en/of een

last onder dwangsom, als gevolg van het kenbaar maken van een voorlopig oordeel reeds rechtsmiddelen zouden moeten kunnen worden aangewend. Belanghebbenden zullen, zolang nog niet definitief op de ontheffingsaanvraag is beslist, zelf de afweging moeten maken of de overeenkomsten, besluiten of feitelijke gedragingen al dan niet worden ingetrokken dan wel worden beëindigd, of dat het besluit op de aanvraag wordt afgewacht. Het voorlopig oordeel acht de rechtbank voor die afweging rechtens niet relevant. Voorts ziet de rechtbank niet in – en heeft de d-g NMa in beroep zulks ook uitdrukkelijk weersproken – dat met een voorlopig oordeel zou (kunnen) worden beoogd de boete-immuniteit op te heffen voor de periode na het kenbaar maken van het voorlopig oordeel. De d-g NMa is niet gerechtigd bij de – mogelijke – toepassing van de artikelen 56 en 57 Mw aan een voorlopig oordeel als het onderhavige enig (rechts)gevolg te verbinden. Het voorlopig oordeel kan geen rol spelen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een aanvraag waarvan duidelijk is dat deze nooit zal worden ingewilligd. Evenmin mag de d-g NMa bij de toepassing van artikel 56 lid 3 en 57 lid 2 Mw betekenis toekennen aan een voorlopig oordeel.

Commentaar

Het is schipperen om achter de precieze betekenis van een voorlopig oordeel van een bestuursorgaan (in casu: de d-g NMa) te komen. Kan nu worden gezegd dat met deze uitspraak een tipje van de voodoo-sluier is opgelicht?¹ Of moet worden geconstateerd dat de rechtbank Rotterdam haar eerste dwaaltocht in de schemerzone tussen besluit en feitelijke mededeling heeft afgelegd?² Het onderscheid tussen besluit en feitelijke mededeling lijkt van academisch belang, maar heeft voor de praktijk de volgende betekenis. Ingeval een voorlopig oordeel moet worden aangemerkt als besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb, kan slechts de bestuursrechtelijke weg worden bewandeld om het voorlopig oordeel aan te vechten. Wanneer het voorlopig oordeel het besluitkarakter mist, is de bestuursrechtelijke rechtsgang gesloten en dient voor eventuele (acute) rechtsbescherming tegen de feitelijke gevolgen van het voorlopig oordeel aangeklopt te worden bij de burgerlijke rechter (bijvoorbeeld in kort geding). Uit deze (impliciete) werkverdeling tussen bestuursrechter en civiele rechter vloeit echter voort dat het niet of niet tijdig gebruikmaken van de bestuursrechtelijke rechtsgang, het desbetreffende besluit onaantastbaar maakt. Dat wil zeggen dat er over dat besluit (in rechte) geen discussie meer mogelijk is en dat het besluit zonder meer als rechtmatig wordt beschouwd. Het besluit wordt in dat geval een gegeven, ook al kleven er procedurele en/of inhoudelijke gebreken aan. Latere besluiten kunnen daarop voortbouwen. Dit noemt men het beginsel der formele rechtskracht. Tegen deze achtergrond is begrijpelijk dat er discussie bestaat over het rechtskarakter van voorlopige oordelen van de d-g NMa ('kunnen zij formele rechtskracht krijgen?') en dat de rechtbank het onderhavige voorlopig oordeel toetst aan de elementen van

het besluit-begrip van artikel 1:3 lid 1 Awb, zijnde 'een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling'. Wanneer een beslissing van de d-g NMa voldoet aan alle elementen van artikel 1:3 lid 1 Awb, is er sprake van een besluit (ook al heeft de d-g NMa er het etiket van 'voorlopig oordeel' opgeplakt) en geldt naast de Mw tevens de Awb (waarin onder meer is voorzien in bestuursrechtelijke rechtsbescherming).

Blijkens de memorie van toelichting op artikel 1:3 Awb wordt onder publiekrechtelijke rechtshandeling verstaan: 'in principe elke rechtshandeling van een bestuursorgaan'. Als beperkingen gelden het schriftelijkheidsvereiste en dat de rechtshandeling niet uitsluitend privaatrechtelijk van aard is.³ Voor de zoektocht naar het rechtskarakter van voorlopige oordelen van de d-g NMa lijkt vooral van belang wat onder 'rechtshandeling' moet worden verstaan. Kenmerkend voor de rechtshandeling is dat het om een handelen gaat waarmee rechtsgevolg is beoogd (vergelijk ook artikel 3:33 BW). Doorgaans is in het bestuursrecht van rechtsgevolg sprake indien (a) er een verandering optreedt in bestaande rechten, verplichtingen of bevoegdheid van een of meer rechtssubjecten, of (b) wanneer er verandering optreedt in de juridische status van een persoon of object of wanneer een rechtssubject in het leven wordt geroepen, dan wel (c) wanneer het bestaan van zekere rechten, verplichtingen, bevoegdheden of status bindend wordt vastgesteld.⁴ Zolang niet definitief wordt bepaald wanneer en hoe het rechtsgevolg intreedt, maar alleen wordt gesteld dat er een rechtsgevolg aan zit te komen, treden nog geen veranderingen op in iemands rechtspositie en kan om die reden een voorlopig oordeel niet als besluit in de zin van artikel 1:3 Awb worden aangemerkt, aldus de conclusie van de rechtbank.

Communautaire boete-immuniteit

Eiseressen hielden 'ernstig rekening met de mogelijkheid dat het voorlopig oordeel als besluit diende te worden aangemerkt'. In de visie van eiseressen was niet uitgesloten dat het voorlopig oordeel een definitief einde maakte aan de boete-immuniteit en om die reden gericht was op rechtsgevolg. De Mw bevat geen bepalingen over het afgeven van voorlopige oordelen noch over boete-immuniteiten aanzien van aangemelde regelingen. In het communautaire mededingingsrecht geldt voor bij de Commissie aangemelde overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen over de periode tussen de aanmelding en de bekendmaking van de beslissing van de Com-

1 B.M.J. van der Meulen, NMa-VOODOO? M&M 1999, p. 189.

2 J.G. Brouwer en A.E. Schilder, Het voorlopig oordeel van de NMa, dwalen in de schemerzone, NJB 3 september 1999, p. 1417.

3 PG Awb, p. 154.

4 H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt, R.M. van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 11^e druk Elsevier, Den Haag 1999, p. 190.

missie een boete-immuniteit (artikel 15 lid 5 aanhef en onder a van Verordening 17/63/EG (Verordening 17) van de Raad van 6 februari 1962). Deze boete-immuniteit wordt opgeheven zodra de Commissie meedeelt dat zij, na een voorlopig onderzoek, van oordeel is dat de desbetreffende overeenkomsten, besluiten of gedragingen onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag vallen (artikel 15 lid 6 van Verordening 17). De rechtbank heeft in bovenstaande uitspraak aangegeven dat de d-g NMa, anders dan de Commissie, niet over een wettelijke grondslag beschikt om aan zijn voorlopig oordeel rechtsgevolgen te verbinden. Deze overweging van de rechtbank past binnen de context van de parlementaire geschiedenis van artikel 20 Mw over de communautaire boete-immuniteit: *'Het zou in het algemeen niet redelijk zijn als de directeur bij weigering van de ontheffing een boete op zou leggen voor de periode van behandeling van de ontheffingsaanvraag. (...) Alleen ingeval er sprake is van een aanvraag die kennelijk uitsluitend met het oog op het voorkomen van een boete wordt gedaan maar waarvan duidelijk is dat deze nooit zal worden ingewilligd, zou er eventueel aanleiding kunnen zijn een boete te overwegen.'* De wetgever gaat er dus van uit dat de d-g NMa bevoegd is om ook over de periode dat een ontheffingsaanvraag wordt behandeld een boete op te leggen, maar dat het in het algemeen niet redelijk is om van die bevoegdheid gebruik te maken, tenzij er sprake is van kennelijk misbruik zijdens de aanvrager. Qua (feitelijk) resultaat komt dit volgens de wetgever overeen met de Europese boete-immuniteit.⁵ Bedacht dient te worden dat de juridische vertaalslag van de communautaire regel in het Nederlandse recht een andere is. Een voorlopig oordeel naar Nederlands recht geeft alleen aan dat er rekening moet worden gehouden met de bevoegdheid van de d-g NMa om een boete op te leggen over de periode van de behandeling van de aanvraag. Of dat dan ook redelijk is, moet ten tijde van het afkomen van de definitieve boetebeschikking aan de orde worden gesteld.

Al met al kent de rechtbank aan het voorlopig oordeel zoals dat centraal stond in deze zaak een informatief karakter toe, dat al dan niet ter harte kan worden genomen. Dit standpunt van de rechtbank brengt mee dat het voorlopig oordeel een feitelijk handelen betrof van de d-g NMa, waartegen als zodanig, voorzover noodzakelijk, rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter had kunnen worden gezocht. In voorkomend geval kan niet worden uitgesloten dat de civielrechtelijke procedure de bestuursrechtelijke procedure tegen het definitieve besluit zal doorkruisen. In zoverre valt er wel iets op af te dingen dat de rechtbank voor haar standpunt over het rechtskarakter van een voorlopig oordeel van belang acht dat de Mw-procedures op onaanvaardbare wijze zouden worden doorkruist indien de daarin te beantwoorden vragen (ook) reeds in volle omvang aan de orde zouden kunnen worden gesteld in een bestuursrechtelijke procedure tegen een voorlopig oordeel. De doorkruising wordt immers groter en niet kleiner wanneer niet dezelfde maar een andere rechter ter zake bevoegd is.

Een 'voorlopig oordeel van de d-g NMa' zou bestuursrechtelijk het best vertaald kunnen worden met 'rechtsoordeel'. Met behulp van deze term kan men ook de rechtspraak over dit onderwerp ontsluiten. In het algemeen komt de jurisprudentie over rechtsoordelen er kort en goed op neer dat dit soort oordelen niet gericht is op rechtsgevolg en om die reden geen besluit is in de zin van de Awb. Het CBB gaat daarin tamelijk ver. Zie bijvoorbeeld CBB 21 juli 1998, JB 1998/223. Heel soms maakt het CBB een uitzondering, zoals bijvoorbeeld in zijn uitspraak van 8 januari 1992, AB 1992, 161, waarin een verzoek om informatie naar het oordeel van het CBB gericht was op het verkrijgen van een besluit dat consequenties zou hebben voor de rechtspositie van de verzoeker. Een uitzondering waarmee in het algemeen niet echt gewerkt kan worden. In de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State lijkt zo nu en dan een lijntje waar te nemen. Rechtsoordelen kunnen volgens de Afdeling als besluit worden aangemerkt indien er (i) geen andere mogelijkheid is om een rechterlijk oordeel te verkrijgen dan wel (ii) er wel een andere weg is om zo een oordeel te verkrijgen doch die weg voor een betrokkene onredelijk bezwarend is (ABRvS 21 juli 1997, RAwb 1998, 15 m.nt. FM en ABRvS 22 januari 1998, AB 1998, 132 m.nt. ChB). Zie voorts de bijdrage van F.C.M.A. Michiels, *Rechtsoordelen zonder rechtsbescherming*, in AA 1998, p. 695-700. Het lijkt erop dat vooral de uitzonderingen op de regel dat een rechtsoordeel geen besluit is, voor onduidelijkheid zorgen.

Procesbelang

Eiseressen hadden in bezwaar gekregen waarom ze hadden gevraagd: zij waren in hun bezwaren niet-ontvankelijk verklaard. Bovendien zou, ingeval zij tegen het besluit op bezwaar geen beroep hadden ingesteld, het besluit op bezwaar formele rechtskracht hebben verkregen. Als hiervoor aangegeven, zou dat hebben betekend dat het besluit op bezwaar – rechtens – als rechtmatig zou gelden. Rechtens zou in dat geval vaststaan dat het voorlopig oordeel geen besluit was en dus geen formele rechtskracht kon krijgen en dat eventuele discussie over de inhoud en de betekenis ervan in het kader van een definitief besluit gevoerd zou kunnen worden. Daarmee was precies bereikt wat eiseressen met hun bezwaarschrift wensten te bereiken: later niet (van wie dan ook) te horen krijgen dat het voorlopig oordeel een besluit was dat formele rechtskracht had verkregen omdat er geen bestuursrechtelijk rechtsmiddel was aangewend. Dat er wellicht nog een principiële discussie over het rechtskarakter van het voorlopig oordeel was te voeren, kon als zodanig geen reden zijn om de procedure bij de rechtbank voort te zetten. In een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is hierover te lezen dat de bestuursrechter alleen uit-

⁵ Kamerstukken II 1995/96, nr. 3, p. 69.

spraak kan doen indien over de inhoud van een besluit van een bestuursorgaan geschil bestaat. Waar zulk een geschil niet (langer) bestaat, kan de rechter geen uitspraak worden gevraagd uitsluitend met het oog op de principiële betekenis daarvan.⁶

Blijkens de rechtspraak van de bestuursrechter wordt vereist dat een betrokkene over voldoende procesbelang⁷ beschikt. Deze eis hangt samen met het ook in artikel 3:303 BW uitgedrukte beginsel 'geen belang, geen actie'. Wanneer het procesbelang ontbreekt wordt de betrokkene niet-ontvankelijk verklaard in zijn beroep en komt de bestuursrechter vervolgens niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van het in die procedure ter discussie gestelde besluit. Aan het procesbelangvereiste wordt voldaan indien door het verkrijgen van een besluit of het aanvechten van een besluit in bezwaar of beroep het doel kan worden bereikt dat de betrokkene daarmee wil bereiken. Het gaat in dat geval dus om het effect van een mogelijke vernietiging van het besluit. Wanneer iemand tegen een besluit als zodanig geen bezwaren heeft, maar wel tegen de overwegingen waarop het berust, is al snel sprake van een situatie waarin het procesbelang ontbreekt. In de meeste gevallen zal procesbelang zijn gerelateerd aan het beëindigen van de rechtsgevolgen van het besluit, maar het kan bijvoorbeeld ook zijn gelegen in het verkrijgen van een oordeel over de (on)rechtmatigheid van een besluit, om vervolgens te bezien of de schade, veroorzaakt door dat besluit, kan worden verhaald op de overheid.⁸ Procesbelang lijkt ook aan de orde te zijn wanneer het oordeel over de (on)rechtmatigheid van een bestreden besluit invloed heeft op de rechtspositie van de bezwaarmaker of de appellant in de toekomst.⁹ Met deze jurisprudentieregels in het achterhoofd komt het standpunt van de d-g NMa dat eiseressen geen procesbelang zouden hebben bij voortgang van de beroepsprocedure, niet vreemd over.

Naar aanleiding van het procesbelangverweer van de d-g NMa stelt de rechtbank zich blijkbaar op het standpunt, dat omdat eiseressen in beroep meer hebben aangevoerd dan in het bezwaarschrift was gesteld, op die nieuwe argumenten kon worden ingegaan. In de rechtspraak van de bestuursrechter is het nog geen uitgemaakte zaak of in beroep überhaupt wel kan worden ingegaan op aspecten/argumenten die niet reeds in bezwaar zijn aangevoerd,¹⁰ maar er zijn tekenen die erop wijzen dat deze mogelijkheid steeds meer wordt uitgesloten. Dat zou passen binnen het Awb-systeem op basis waarvan de rechter ex tunc (dat wil zeggen op basis van het recht en de feiten ten tijde van het nemen van een besluit) een besluit op bezwaar moet toetsen op rechtmatigheid. Het besluit betreft een reactie op en een beoordeling van de bezwaren tegen het primaire besluit¹¹ en wanneer pas na het besluit op bezwaar nieuwe bezwaren worden ingebracht, heeft het bestuursorgaan daarmee geen rekening kunnen houden. Zo beschouwd is de overweging van de rechtbank op het verweer van de d-g NMa over het ontbreken van procesbelang niet echt overtuigend. Toegegeven, wanneer de rechtbank

de zaak op een formeel punt had afgedaan, zou zij niet zijn toegekomen aan haar standpunt over het rechtskarakter van een voorlopig oordeel van de d-g NMa. In dat geval had zij dit tijpje van de voodoo-sluier niet kunnen ophichten.

6 ABRvS 23 maart 1995, Bouwrecht 1995, p. 494.

7 Vergelijk ABRvS 8 augustus 1996, JB 1996/197 m.nt. Richard Neerhof en ABRvS 22 augustus 1996, JB 1996/228.8 Vergelijk ABRvS 1 september 1998 AB 1998, 412 m.nt. MSV.

9 Vergelijk ABRvS 18 februari 1999, AB 1999, 249 m.nt. FM.

10 Vergelijk bijv. ABRvS 23 mei 1995, AB 1995, 419, m.nt. PJS en ABRvS 4 september 1997, JB 1997/251.

11 Vergelijk artikel 7:11 Awb.