



Mededinging & bestuursrecht

Hoger beroep in het mededingingsrecht; concentratie wenselijk?

mr J.R. van Angeren

In het Nederlands bestuursrecht is een algemeen hoger beroep naar aanleiding van besluiten van bestuursorganen een relatief nieuw fenomeen. Eerst met ingang van 1 januari 1994 werd, met de inwerkingtreding van de tweede tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), het hoger beroep ingevoerd in zaken waarbij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) en de Centrale Raad van Beroep (CRvB) competent zijn. Dit betekende nog niet dat in alle bestuursrechtelijke zaken hoger beroep mogelijk was, omdat niet voor alle zaken hoger beroep wenselijk werd geacht.¹

Inleiding

In het economisch bestuursrecht is pas vier jaar geleden hoger beroep mogelijk gemaakt. Met ingang van 1 januari 1998 werd met de wijziging van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie (Wbbo)² hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) ingevoerd voor besluiten op basis van wetten die limitatief staan opgesomd in de bijlage bij de Wbbo. In de Wet op de Raad van State is bepaald dat hoger beroep mogelijk is tegen uitspraken van de rechtbank, tenzij dit in een afzonderlijke wet expliciet is uitgesloten. Bij het CBB geldt dat er geen hoger beroep mogelijk is tegen uitspraken van de rechtbank, tenzij dit expliciet is toegestaan. Aangezien de Mededingingswet voorkomt op de bijlage op grond van artikel 20 Wbbo, staat hoger beroep open bij het

CBB tegen uitspraken van de rechtbank in beroepszaken tegen besluiten van de d-g NMa.

Hoger beroep in mededingingszaken bij het CBB was in het begin niet het idee van de regering. De regering stelde voor ten aanzien van besluiten van de d-g NMa de hoofdregel van de Awb toe te passen: beroep bij de rechtbank en hoger beroep bij de Afdeling.³ Na vragen van de leden van de Tweede Kamer⁴, heeft de regering bij Tweede Nota van Wijzigingen⁵ gekozen voor hoger beroep bij het CBB. De motivering hiervoor was dat aldus de specifieke expertise van het CBB op het terrein van het economisch orderingsrecht behouden blijft en op adequate wijze kan worden benut, mede in verband met het feit dat in de toekomst in meer wetten bestuurlijke boetes worden ingevoerd. De invoering van hoger beroep in het mededingingsrecht was noodzakelijk, omdat op grond van de Mededingingswet bestuurlijke boetes kunnen worden opgelegd die als punitieve sancties in de zin van artikel 14 lid 5 IVBPR worden gekwalificeerd. Dit betekent dat er tegen bestuurlijke boetes rechtspraak in twee

1 Bijvoorbeeld, in milieuzaken werd hoger beroep niet wenselijk geacht, zodat op grond van artikel 20.1 van de Wet milieubeheer tegen het besluit tot verlenen van een milieuvergunning geen hoger beroep openstaat. Hetzelfde geldt voor de ruimtelijke ordening. Tegen besluiten van Gedeputeerde Staten tot goedkeuring van bestemmingsplannen staat op grond van artikel 56b Wet op de Ruimtelijke Ordening geen hoger beroep open. In die gevallen moet rechtstreeks bij de Afdeling bestuursrechtspraak beroep worden ingesteld, welke Afdeling dan in enige en in hoogste instantie uitspraak doet.

2 Wet van 22 mei 1997, *Stb.* 242 (wetsvoorstel 24 707). De wijziging van de Wbbo is voorzien in de Mededingingswet.

3 *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 43-44.

4 *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 707, nr. 5, p. 33-38.

5 *Kamerstukken II*, 1996/97, 24 707, nr. 8.

mr J.R. van Angeren is werkzaam te Amsterdam als advocaat bij Stibbe.

instanties moet openstaan.⁶ Het hoger beroep is echter niet beperkt gebleven tot boetebesluiten van de d-g NMa, maar uitgebreid tot alle besluiten van de d-g NMa. In dit artikel zal ik later aandacht besteden aan de vraag of dat zo verstandig was en waarom niet gekozen is voor een systeem waarin sommige besluiten wel vatbaar zijn voor hoger beroep en andere niet.

Zoals in de Tweede Nota van Wijzigingen al werd aangekondigd, is op dit moment de bestuurlijke boete op meer terreinen van het economisch bestuursrecht ingevoerd. Naast de Mededingingswet, zijn aan de bijlage van de Wbbo vijftien wetten toegevoegd, waaronder de Elektriciteitswet en de wetten met betrekking tot het financieel toezicht, zoals de Wet toezicht effectenverkeer 1995.

Regels voor het instellen van hoger beroep

In grote lijnen gelden voor het instellen van het hoger beroep dezelfde regels als de regels die gelden voor het instellen van beroep bij de rechtbank. Dit volgt uit artikel 22 lid 1 Wbbo en hoofdstuk 6 Awb. Artikel 22 lid 1 Wbbo bepaalt dat hoofdstuk 8 van de Awb van toepassing is op het hoger beroep, behoudens enkele uitzonderingen. Hoofdstuk 6 Awb geeft algemene bepalingen over het instellen van beroep bij een administratieve rechter en geldt dus ook voor het hoger beroep. Het instellen van het hoger beroep in het mededingingsrecht geschiedt derhalve door het verzenden van een beroepschrift aan het CBB binnen zes weken na de datum van verzending van de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam. Het is ook mogelijk om een *pro forma* hoger beroepschrift in te dienen. Dit volgt uit de artikelen 6:5 en 6:6 Awb. Van belang is ook nog de Procesregeling die het CBB op 19 oktober 2001⁷ heeft gepubliceerd, waarin het CBB aangeeft hoe het omgaat met de discretionaire bevoegdheden die het op grond van hoofdstuk 8 Awb heeft.

Hoger beroep in bestuursrechtelijke geschillen

Zijn de regels voor het instellen van het hoger beroep betrekkelijk duidelijk en eenvoudig, de wijze waarop het hoger beroep moet worden behandeld is minder duidelijk en eenvoudig. Omdat het hoger beroep in bestuursrechtelijke geschillen relatief nieuw was, hebben de hoger-beroepcolleges een visie moeten ontwikkelen hoe met het hoger beroep om te gaan. Er zijn grofweg twee visies. De eerste is dat het hoger beroep een volledige herkansing moet bieden, zoals in het civiele recht gebruikelijk is. Dit betekent dat het besluit van het bestuursorgaan volledig opnieuw wordt beoordeeld door de hoger-beroeprechter. De tweede is dat het hoger beroep een beperkte herkansing moet bieden. Dat betekent dat slechts de uitspraak van de eerstelijnsrechter door de hoger-beroeprechter wordt beoordeeld.

Onlangs is een rapport 'Hoger Beroep' verschenen waarin uitgebreid is onderzocht hoe het hoger beroep in het bestuursrecht functioneert.⁸ Dit rapport is het resultaat van een evaluatieonderzoek dat is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Justitie in het kader van de tweede algemene evaluatie van de Awb.⁹ Uit het onderzoek volgt dat de keuze voor

volledige herkansing dan wel beperkte herkansing verregaande gevolgen kan hebben. Wanneer de uitspraak van de rechter centraal staat in hoger beroep, kunnen, in beginsel, geen nieuwe feiten en nieuwe argumenten in hoger beroep worden aangevoerd.¹⁰ De hoger-beroeprechter kijkt alleen of de eerstelijnsrechter de zaak goed heeft beoordeeld. Argumenten of feiten die de rechter in eerste aanleg niet heeft kunnen horen, heeft hij ook niet kunnen meewegen, dus die kunnen dan ook, in die gedachte, in beginsel, niet leiden tot vernietiging van de uitspraak van de eerstelijnsrechter. Een uitzondering geldt voor feiten en argumenten die de openbare orde betreffen. In die visie heeft het hoger beroep dus een beperkte herkansingfunctie.

Echter, in het geval het hoger beroep wel een volledige herkansing moet bieden, kunnen, net zoals in het civiele recht gebruikelijk is, gedurende de hoger-beroepfase nog wel nieuwe feiten en omstandigheden worden aangevoerd. De gedachte daarachter is dat, indien het besluit centraal staat, de hoger-beroeprechter moet kijken of het besluit rechtmatig is. Ook al heeft de rechter in eerste aanleg niet van alle feiten en argumenten kunnen kennismaken, indien op basis van die nieuwe feiten en argumenten voor de hoger-beroeprechter blijkt dat het besluit niet in stand kan blijven, zal het toch worden vernietigd.

Uit de jurisprudentie van de Afdeling blijkt dat de Afdeling meer op de lijn zit dat het hoger beroep een beperkte herkansing moet bieden. De 'standaardoverweging' in dit verband is overweging 2.3 van de uitspraak van 3 april 2000¹¹:

'De Afdeling stelt voorop dat in hoger beroep vooreerst de uitspraak van de Rechtbank ter toets staat. Voorts was het in de eerste plaats aan appellanten om aannemelijk te maken dat de door hen, in afwijking van de bij de beslissing op bezwaar toegekende bedragen, geclaimde kosten in het kader van de schadevaststelling zijn gemaakt. Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting is de Afdeling van oordeel dat de Rechtbank terecht tot de conclusie is gekomen dat het beroep in dit opzicht onvoldoende was onderbouwd en om die reden in zoverre ongegrond moest worden verklaard. Weliswaar is, anders dan de Rechtbank heeft overwogen, reeds in het inleidende verzoek een bedrag van f 35 000 aan kosten van rechtsbijstand geclaimd doch dat bedrag is nadien niet onderbouwd. Verder blijkt uit de stukken op geen enkele wijze dat, anders dan eerst in de

6 *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 43-44.

7 *Procesregeling CBB, Stcrt.* 2001, 201, p.17.

8 *Algemeen Bestuursrecht 2001: hoger beroep*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2001. Het evaluatieonderzoek is verricht door R.J.G.M. Widdershoven, R.J.N. Schlössels, F.A.M. Stroink, J.B.J.M. ten Berge, A.J. Bok, W.J.M. Voermans, B.W.N. de Waard en P.A. Willemsen.

9 Artikel 11:1 Awb verplicht tot een dergelijke evaluatie.

10 Er zij op gewezen dat de discussie in hoeverre in beroep nieuwe feiten mogen worden aangevoerd ook aan de orde is, indien voordat beroep kan worden ingesteld, de bezwaarfase moet worden gevolgd. Dit standpunt wordt afgeleid uit artikel 7:11 lid 1 Awb, waarin is bepaald dat 'op grondslag' van het bezwaar een heroverweging plaatsvindt.

11 *ABRvS* 3 april 2000, *AB* 2000, 222.

beroepsfase bij de Rechtbank, ten aanzien van de deskundigenkosten een bedrag is genoemd. Het in de beroepsfase genoemde bedrag is overigens evenmin onderbouwd. Aangezien de Rechtbank op dit punt tot een juist oordeel is gekomen, kunnen de in hoger beroep overgelegde specificaties, daargelaten in hoeverre deze zien op kosten die in het kader van de schadevaststelling zijn gemaakt, niet leiden tot toekenning van een hogere vergoeding.'

Deze uitspraak geeft duidelijk weer dat, in de visie van de Afdeling, de beperkte herkansingsfunctie met zich lijkt te brengen dat in hoger beroep geen nieuwe feiten of argumenten meer mogen worden aangevoerd. Overigens hebben Schreuder-Vlasblom en Daalder overtuigend aangetoond dat in de jurisprudentie van de Afdeling niet altijd duidelijk wordt gemotiveerd of de vraag in hoeverre nieuw bewijsmateriaal mag worden overgelegd samenhangt met de regels van bewijslastverdeling in hoger beroep, dan wel de regels van de goede procesorde.¹² Ook het meergenoemde Rapport 'Hoger Beroep' deelt de mening dat de Afdeling haar uitspraken op dat punt beter moet motiveren.¹³

Uit het Rapport 'Hoger Beroep' volgt dat de Centrale Raad van Beroep – in ieder geval tot dusverre – heeft gekozen voor de volledige herkansingsfunctie van het hoger beroep, al hoewel het rapport aangeeft dat er geen duidelijke koers is.¹⁴ Voor het mededingingsrecht is het van belang om te weten welke koers het CBB gaat varen. Het CBB heeft op het terrein van het mededingingsrecht tot nu toe slechts twee zaken in hoger beroep behandeld.¹⁵ Uit deze twee zaken op grond van de Mededingingswet is natuurlijk niet voldoende af te leiden welke lijn het CBB heeft gekozen in hoger beroepen inzake de Mededingingswet. Opvallend is wel dat het CBB in de behandeling van het hoger beroep tegen de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam rechtstreeks de besluiten van de d-g NMa heeft beoordeeld. In overweging 6.2 van de uitspraak inzake *Wegener* heeft het CBB overwogen dat in het midden kan worden gelaten of het oordeel van de rechtbank met betrekking tot de vraag of de d-g NMa tot een goede markt-afbakening is gekomen, juist is. Na deze overweging heeft het CBB zelfstandig getoetst of de d-g NMa tot een juiste markt-afbakening is gekomen. Daarbij heeft het CBB gebruik gemaakt van de bij de rechtbank aangevoerde argumenten van partijen. Het CBB heeft het besluit van de d-g NMa dus volledig inhoudelijk getoetst. Dit zou kunnen inhouden dat het CBB van oordeel is dat de herkansingsfunctie in het hoger beroep centraal staat. Aan de andere kant zou ook kunnen worden geoordeeld dat het CBB aansluiting zoekt bij de uitspraak van de rechtbank en eerst, indien het van mening is dat deze onjuist is, het besluit zelf toetst.

In het Rapport 'Hoger Beroep' is een inventarisatie opgenomen van de argumenten die in de literatuur tegen de volledige herkansingsfunctie zijn aangevoerd.¹⁶ Deze argumenten zijn kort gezegd als volgt. In de eerste plaats bepaalt de wet (vergelijk artikel 20 lid 1 Wbbo) dat beroep kan worden ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank. Van dit argument wordt overigens al gezegd dat dit minder sterk is omdat de

Memorie van Toelichting ook benadrukt dat het bestreden besluit in hoger beroep aan de orde is.¹⁷ In de tweede plaats zou met het centraal stellen van de uitspraak van de rechter in eerste instantie kunnen worden bijgedragen aan de bevordering van de kwaliteit van de rechtspraak, de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. In de derde plaats is er een proceseconomisch argument: er wordt een rechtspraktijk gecreëerd waarin partijen zich ervan bewust zijn dat de procedure in eerste aanleg optimaal moet worden gevoerd. Overigens wordt de visie omtrent de herkansingsfunctie van het hoger beroep ook beïnvloed door het feit dat is bepleit dat de bestuursrechter een beperkte verantwoordelijkheid heeft, daar waar het gaat om de feitenvaststelling.¹⁸ In die visie dienen alle door de belanghebbende relevant geachte feiten en argumenten in ieder geval in de bezwaarfase te worden aangevoerd. De vraag is of al deze argumenten ook in het economisch bestuursrecht en in het bijzonder in mededingingsrechtzaken opgaan. Daarbij zijn naar mijn mening twee aspecten van belang.

In de eerste plaats is, zoals hiervoor aangegeven, het hoger beroep in het economisch bestuursrecht in het bijzonder ingevoerd met het oog op de invoering van punitieve sancties. De visie dat de bestuursrechter een beperkte verantwoordelijkheid heeft voor het vaststellen van de feiten geldt voor deze sancties niet. Zoals Schreuder-Vlasblom en Daalder¹⁹ in hun artikel terecht aangeven geldt bij punitieve sancties dat het bestuur moet zorgdragen voor de deugdelijke feitelijke grondslag van het besluit. In het Rapport 'Hoger Beroep'²⁰ wordt uitgebreid aandacht besteed aan de vraag in hoeverre artikel 6 EVRM ook niet eist dat in hoger beroep een volledige herkansing wordt geboden, indien besluiten tot het opleggen van punitieve sancties aan de orde zijn. De conclusie luidt dat, hoewel in het nationale procesrecht nog wat ruimte is voor wat betreft het hoger beroep, op grond van artikel 6 EVRM geldt dat de rechter de bevoegdheid moet hebben '*to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it*'. Gelet daarop moet er naar mijn mening een antwoord komen op de vraag of een al te beperkte herkansing in hoger beroep tegen besluiten die een punitieve sanctie betreffen, niet in strijd komt met artikel 6 EVRM.

In de tweede plaats zijn er in het mededingingsrecht veel

12 Zie hierover uitvoerig: E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul. De vaststelling van feiten in het bestuursprocesrecht', *NTB* 2000, 7, p. 214-221, i.h.b. p. 220, r.k.

13 Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep, *BJU*, Den Haag 2001, p. 214-215.

14 Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep, *BJU*, Den Haag 2001, p. 49.

15 CBB 5 december 2001, nrs. Awb 00/867 en 00/870 inzake *Wegener* en CBB 3 juli 2002, Awb 00/429 inzake *autorijsschool Loke*.

16 Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep, *BJU*, Den Haag 2001, p. 50-52.

17 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 173.

18 E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul. De vaststelling van feiten in het bestuursprocesrecht', *NTB* 2000, 7, p. 214-221.

19 E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, o.c., p. 217, l.k.

20 Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep, *BJU*: Den Haag 2001, p. 33-38 en de daar genoemde jurisprudentie.

zaken die zonder bezwaarprocedure worden afgedaan. Dat geldt op dit moment vooral voor de concentratiezaken, het merendeel van de besluiten van d-g NMa op grond van artikel 93 Mw. Dit artikel is naar aanleiding van het amendement van het lid De Koning c.s.²¹ door de Staten-Generaal aangenomen. Ingevolge artikel 93, tweede lid, Mw staat zowel tegen besluiten waarbij wordt besloten dat een tweede fase noodzakelijk is, als tegen besluiten waarbij wordt besloten omtrent de vergunning voor een concentratie, rechtstreeks beroep open bij de Rechtbank Rotterdam, zonder dat een bezwaarfase behoeft te worden gevolgd. Uit de wetsgeschiedenis is niet af te leiden waarom daarvoor is gekozen. De toelichting bij het amendement zegt daarover niets en ook in de handelingen is omtrent dit amendement niet gesproken. Wel is het met algemene stemmen aangenomen. In de toekomst zullen meer zaken zonder bezwaarprocedure worden afgedaan, gelet op artikel I onder H van het wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan, dat bij de Eerste Kamer is ingediend.²² Dit artikel is in het wetsvoorstel opgenomen naar aanleiding van het amendement van de leden Bolhuis en Van den Akker²³ en bepaalt – kort gezegd – dat tegen besluiten op grond van de Mededingingswet rechtstreeks beroep kan worden ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam, waarbij er nog een mogelijkheid is voor de raad van bestuur van de NMa om het beroepschrift als een bezwaarschrift te mogen behandelen.²⁴

Gelet op deze twee aspecten, meen ik dat de meer principiële argumenten, zoals die van de kwaliteit van de rechtspraak, de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling, in mededingingszaken dan ook minder opgaan. Verreweg de meeste besluiten zijn concentratiezaken; de boetebesluiten moeten in ieder geval in hoger beroep met een volledige herkansing worden beslist, zodat niet valt in te zien dat de rechtsontwikkeling, de rechtseenheid en de kwaliteit van de rechtspraak gevaar lopen indien de (beperkte) rest van de mededingingszaken met volledige herkansing wordt behandeld. Het argument van de proceseconomie ten slotte, kan worden ondervangen door het in acht nemen van een strikte toepassing van de goede procesorde. Indien een partij ervoor kiest om kort voor de zitting met een geheel nieuw uitvoerig deskundigenrapport te komen, zodat de andere partijen daarop niet meer tijdig kunnen reageren, lijkt sprake van strijd met de goede procesorde. Overigens geldt ook hier dat bevoegdheidskwesties²⁵ of strijdigheid met het Europese recht²⁶ bijna altijd van openbare orde zijn en dus ambtshalve worden getoetst, zodat deze altijd nog in de hoger-beroepfase kunnen worden aangevoerd. Zeker nu het Nederlands mededingingsrecht toch in belangrijke mate op de leest van het Europese mededingingsrecht is geschoeid, kan strijdigheid van een besluit van de d-g NMa met een bestendige beschikkingspraktijk van de Europese Commissie of strijdigheid met de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie als een kwestie van openbare orde worden opgevat.

Hoger beroep in alle mededingingszaken?

Uit de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet blijkt dat reeds de Raad van State in zijn wetgevingsadvies heeft gesignaleerd dat niet alleen sanctiebeschikkingen, maar ook andere besluiten vatbaar zijn voor beroep en hoger beroep. In de Memorie van Toelichting is naar aanleiding van die opmerking opgenomen dat 'het niet wenselijk is dat binnen één wet verschillende rechtsgangen bestaan'.²⁷ Naar aanleiding van de discussie in de Tweede Kamer en de literatuur²⁸ over versnelling van procedures in mededingingszaken is nagenoeg uitsluitend aandacht besteed aan versnelling van de procedures door middel van het overslaan van de bezwaarfase. Zoals hiervoor aangegeven heeft het Parlement een aantal malen door middel van amendementen bereikt dat, in afwijking van de hoofdregel van artikel 7:1 Awb, in mededingingszaken geen bezwaarfase geldt.

Het belangrijkste argument in de discussie of de bezwaarfase moet worden behouden is dat de bezwaarfase de belanghebbende onnodig lang weg zou houden van de bestuursrechter. Afgezien van de vraag of dat in alle gevallen juist is, is het natuurlijk wel zo dat het overslaan van de bezwaarfase een zekere versnelling geeft. In concentratiezaken, waar 'time of the essence' is, is deze versnelling wenselijk. Naar mijn oordeel is er dan ook veel voor te zeggen om de uitkomst van mededingingszaken voor wat betreft besluiten ten aanzien van concentraties te versnellen. Daarbij denk ik aan het systeem waarbij tegen een primair concentratiebesluit rechtstreeks beroep openstaat bij het CBB, zonder bezwaarfase, vergelijkbaar met de huidige milieuvergunningprocedure ingevolge de Wet milieubeheer en de bestemmingsplanprocedure ingevolge de Wet op de Ruimtelijke Ordening. In dat verband zou het tevens de voorkeur verdienen indien de d-g NMa bij beslissingen omtrent concentraties de gelegenheid biedt aan derden om hun zienswijze naar voren te brengen. Deze verplichting vloeit naar mijn mening voort uit artikel 4:8 Awb. Op dit moment geeft overigens de d-g NMa die gelegenheid.

Als ik het goed zie, zijn er drie belangrijke argumenten voor een rechtstreeks beroep bij het CBB. In de eerste plaats omdat in concentratiezaken een verbodsbepaling centraal staat. Op

21 *Kamerstukken II*, 1996/97, 24 707, nr. 24.

22 *Kamerstukken I*, 2001/02, 27 639, nr. 228.

23 *Kamerstukken II*, 2001/02, 27 639, nr. 56.

24 In het Eindrapport Evaluatie Mededingingswet (Juridisch Deelonderzoek), dat op 31 mei 2002 door de minister van Economische Zaken aan de Eerste Kamer is aangeboden (*Kamerstukken I*, 2001/2002, 27 639, nr. 228b), wordt overigens betwijfeld in hoeverre dit amendement daadwerkelijk tot versnelling zal leiden. Zie in het bijzonder pagina 64 van het Evaluatieonderzoek. De evaluatiecommissie doet dan ook de aanbeveling om het amendement te heroverwegen (zie aanwijzingen 6 en 7 op pagina 101). De evaluatiecommissie doet overigens niet de aanbeveling om in concentratiezaken de bezwaarfase weer in te voeren.

25 ABRvS 15 april 1997, *AB* 1997, 305.

26 Vz. ABRvS 17 februari 1998, *Rawb* 1998, 99.

27 *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 100.

28 Zie hierover recentelijk in dit blad E.M. Scholten, Bezwaarschriftprocedure en artikel 6 EVRM; een efficiency-toets, *M&M* 2002, nr. 1, p. 36.

grond van artikel 34 Mw is een concentratie verboden, voordat het voornemen is vermeld aan de d-g NMa en vervolgens vier weken zijn verstreken. Indien binnen die vier weken de d-g NMa oordeelt dat een vergunning nodig is, mag een concentratie niet tot stand worden gebracht voordat die vergunning is verleend. Daarbij gaat het om zeer grote belangen. Voor het bedrijfsleven is het buitengewoon vervelend indien niet zeer spoedig absolute duidelijkheid bestaat over de vraag of een concentratie al dan niet doorgang mag vinden. Zeker indien de d-g NMa meent dat voor een concentratie geen vergunning kan worden verleend. In de tweede plaats zijn de gevolgen van belangrijke concentraties, zoals een fusie, haast onomkeerbaar. De *Wegener*-zaak heeft geleerd dat, indien een fusie wordt verboden (althans onder bepaalde voorwaarden wordt toegestaan) en vervolgens dat besluit wordt vernietigd, zodat de fusie alsnog doorgaat (zonder de beperkende voorwaarden), en in hoger beroep de fusie alsnog wordt verboden, het proces van *'unscrambling the eggs'* bijna niet is te verwezenlijken.²⁹ Een nieuw bedrijf opbouwen, om vervolgens te verkopen is economisch ondoenlijk; een boete wegens het overtreden van de Mededingingswet heeft de wrange nasmaak dat als een partij gewoon doet wat hij wil, deze er met een boete van afkomt. Omgekeerd geldt ook: indien een fusie eenmaal is verboden en een verbodsbesluit eerst na lange tijd wordt vernietigd, de economische omstandigheden zodanig kunnen zijn veranderd, dat een fusie niet meer opportuun of zelfs niet meer mogelijk is. Dit blijkt bijvoorbeeld sedert de recente uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg inzake *Airtours*.³⁰ In de eerste reacties naar aanleiding van deze uitspraak is al geopperd dat bedrijven snellere beroepsmogelijkheden moeten krijgen tegen dergelijke besluiten.³¹ Een derde argument is een argument van proces-economie. Indien de d-g NMa besluit om een concentratie te verbieden of toe te staan en daarover een zeer effectief en snel rechtelijk oordeel kan worden gevraagd, zullen partijen deze procedure optimaal volgen. Het ligt tevens voor de hand dat een partij vraagt om versnelde behandeling van het beroep, zodat nog sneller een definitieve uitspraak kan worden verkregen.

Aan beroep in één en hoogste instantie zonder bezwaarfase kleven ook nadelen. De eerste is al door de regering geopperd: het is niet wenselijk om binnen één wet verschillende beroepsgangen te hebben. Dit argument overtuigt mij niet om drie redenen. In de eerste plaats is door het aannemen van de amendementen De Koning c.s., bij de invoering van de Mededingingswet, en Bolhuis c.s. recentelijk, al een verschillende beroepsgang gecreëerd door bij de meeste besluiten de bezwaarfase over te slaan. In de tweede plaats is het niet ongebruikelijk dat binnen één wettelijk systeem verschillende rechtsgangen bestaan. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de wetgeving op het gebied van de ruimtelijke ordening: tegen besluiten houdende goedkeuring van bestemmingsplannen staat geen hoger beroep open, maar tegen besluiten tot het verlenen van de bouwvergunning, waarbij de toetsing aan het bestemmingsplan de belangrijkste toets is, is wel hoger beroep mogelijk. Binnen hetzelfde

systeem zijn in dat geval ook twee verschillende rechtsgangen mogelijk. Recentelijk heeft bovendien artikel 82 van de Elektriciteitswet, die dateert van na de Mededingingswet, maar liefst drie rechtsgangen binnen één wet in het leven geroepen: beroep bij het CBB, beroep bij de Rechtbank Rotterdam en beroep bij de Rechtbank Arnhem. Ten slotte is de beslissing omtrent een concentratie zo duidelijk los te zien van de andere besluiten op grond van de Mededingingswet dat een aparte wijze van behandelen niet tot gevolg heeft dat een samenhangend systeem uiteengehaald wordt.

Een tweede nadeel kan zijn dat bij beroep in één en hoogste instantie zonder bezwaarfase het 'alles of niets' is, hetgeen ten koste zou kunnen gaan van een goede inhoudelijke behandeling. Ik denk dat in concentratiezaken het voordeel van de tijdswinst belangrijker is: ondernemers zeggen wel eens dat het hen niet uitmaakt of ze inhoudelijk gelijk krijgen, als de uitkomst maar snel bekend wordt. Juist bij concentraties is dat van belang. Bovendien kan juist een snelle procedure tot een optimale benutting van de kansen leiden.

Dezelfde afweging heeft de regering onlangs gemaakt bij het voorontwerp voor een nieuwe Wet ruimtelijke ordening. Het belangrijkste argument om, in afwijking van de hoofdregel, in de ruimtelijke ordening beroep in één instantie bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State te behouden, is gelegen in het feit dat een lange beroepsprocedure te veel rechtsonzekerheid met zich brengt. 'Een onzekere 'knipperlicht'-situatie kan bij een bestemmingsplan veel ongunstige gevolgen hebben', aldus de Memorie van Toelichting bij het voorontwerp.³² Destijds is bij milieugeschillen³³ gekozen voor rechtspraak in één en hoogste instantie vanwege (a) de grote en specifieke ervaring bij de Raad van State met betrekking tot milieugeschillen en (b) voor beslechting in eerste en enige instantie zijn in het bijzonder 'kwetsbare' zaken geschikt, dat wil zeggen zaken waar grote en tegengestelde belangen op het spel staan en waarin met het oog op een zorgvuldige afweging van die belangen uitgebreide voorbereidingsprocedures zijn voorafgegaan aan de bestuurlijke besluitvorming. Juist in die zaken, aldus de Memorie van Toelichting, dient het geheel van procedures niet te lang te duren.

Naar mijn mening gelden deze argumenten ook ten aanzien van concentratiebesluiten. De specifieke expertise van het CBB is door de wetgever zelf al genoemd. Dit was het argument om het hoger beroep niet bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, maar bij het CBB onder te brengen. Ten aanzien van het tweede argument, meen ik dat juist beslissingen ten aanzien van concentraties als 'kwetsbaar' kunnen worden aangemerkt: het gaat vaak om zeer

29 Zie ook M. van Empel, Rechterlijke toetsing van concentratiebesluiten, *M&M* 2002, nr. 1.

30 GEA 6 juni 2002, T-342/99.

31 *NRC Handelsblad* 6 juni 2002.

32 Voorontwerp voor een Wet ruimtelijke ordening (Wro), Memorie van Toelichting, Augustus 2001, p. 83-85.

33 *Kamerstukken II*, 1991/1992, 22 495, nr. 3, p. 25.

grote belangen en tegengestelde economische belangen. Ook is sprake van een relatief uitgebreide voorbereidingsprocedure, omdat concentratiezaken waar een concentratie wordt verboden, altijd tweede-fasebeslissingen zijn. Daarbij komt dat voorafgaande aan de beslissing van de d-g NMa aan derden de gelegenheid wordt geboden om hun zienswijze te geven. Dit vloeit enerzijds voort uit artikel 4:8 Awb. Anderzijds kan de d-g NMa ervoor kiezen om de openbare voorbereidingsprocedure van toepassing te verklaren. Dat laatste zou naar mijn mening, in ieder geval bij tweede-fasebesluiten, de voorkeur verdienen.³⁴

Tot slot

Het hoger beroep in mededingingszaken is van recente datum. Het is van belang dat het CBB snel en gemotiveerd duidelijk maakt welke koers het gaat varen. Moet het hoger beroep een beperkte herkansing zijn, of een volledige herkansing? Deze vraag is voor de praktijk van groot belang. Daarnaast zou de wetgever eens moeten bekijken in hoeverre het niet verstandig is om in concentratiezaken beroep in één en hoogste instantie bij het CBB open te stellen, gelet op de spoedige rechtszekerheid die langs deze weg zou kunnen worden verkregen.

34 Op het moment van het schrijven van dit artikel is de Wet uniforme openbare voorbereidingsprocedure Awb reeds in het Staatsblad verschenen (*Stb.* 2002, 54), maar nog niet in werking getreden. Artikel 3:11 lid 4 juncto artikel 3:16 lid 1 Awb voorziet in een termijn van zes weken voor het indienen van zienswijzen. Dat lijkt mij voor concentratiebesluiten wel wat lang. Ik zou denken aan een termijn van vier weken.