

Artikel

De redelijke termijn in het mededingingsrecht

Nog altijd redelijk?

Mr. S.M.M.C. Vinken en mr. M.J. van Joolingen*

Uit artikel 6 lid 1 EVRM volgt de plicht een procedure binnen een redelijke termijn te berechten. Artikel 6 EVRM is onverkort van toepassing op mededingingsprocedures. Het leerstuk van de redelijke termijn in mededingingszaken is sinds enkele jaren een bekend fenomeen, zowel Europees als nationaal. Het leerstuk is echter nog altijd in ontwikkeling. In deze bijdrage staan wij stil bij de laatste ontwikkelingen op het gebied van de redelijketermijnjurisprudentie in het (Europese) mededingingsrecht.

Inleiding

Op 16 juni jl. deed het Gerecht uitspraak in de beroepen van Bavaria en Heineken naar aanleiding van de door de Commissie opgelegde boetes wegens de vermeende betrokkenheid van deze ondernemingen bij een kartel op de Nederlandse biermarkt.¹ Op 15 september jl. werd in hetzelfde kartel arrest opgemaakt tegen Grolsch.² In dat arrest is geen aandacht geschonken aan overschrijding van de redelijke termijn. Bij de betekenis en reikwijdte van de zogeheten 'bierarresten' zal in *M&M* nog afzonderlijk worden stilgestaan. Voor deze bijdrage is enkel de passage relevant die het Gerecht heeft gewijd aan de overschrijding van de redelijke termijn (de duur van de administratieve procedure bedroeg zeven jaar). De ver-

laging van het boetebedrag door de Commissie met 100.000 euro was volgens het Gerecht niet voldoende. Het Gerecht oordeelde dat de boeteverlaging verhoogd moest worden tot 5% van de totale boete. Door een boetekorting van 5% wordt aan Bavaria en Heineken 'billijke genoegdoening' verleend voor de buitensporig lange duur van de procedure, aldus het Gerecht.³ Wat een billijke genoegdoening is, hangt volgens het Gerecht blijkens de bierarresten mede af van de hoogte van de totale boete. Het CBB (in navolging van de Hoge Raad) kiest voor een andere koers. Het CBB heeft een staffel ontwikkeld volgens welke een boeteverlaging als gevolg van overschrijding van de redelijke termijn plaatsvindt. Hieraan is ook een maximum verbonden.

De vraag is echter of de 'redelijketermijnjurisprudentie' van het CBB wel in lijn is met de uitspraken van het Gerecht en met de eisen van het EVRM. Artikel 41 EVRM bepaalt namelijk dat de compensatie als gevolg van het niet in acht nemen van een van de waarborgen van het EVRM, in het geval van de redelijke termijn artikel 6 EVRM, een 'adequate redress' moet zijn. Naar onze mening kunnen bij de recente redelijketermijnordelen van het CBB in mededingingszaken kritische kanttekeningen geplaatst worden.

Achtergrond redelijke termijn

Het beginsel van de redelijke termijn vindt zijn oorsprong in het Romeinse adagium *lites finiri oportet*: processen kunnen niet oneindig blijven voortduren, er moet

* Mr. S.M.M.C. Vinken is advocaat bij BANNING N.V. te 's-Hertogenbosch. Mr. M.J. van Joolingen is advocaat bij BANNING N.V. te 's-Hertogenbosch.

1. GvEA 16 juni 2011, zaak T-240/07, *Heineken Nederland B.V., Heineken N.V./Commissie* en GvEA 16 juni 2011, zaak T-253/07.

2. GvEA 15 september 2011, zaak T-234/07, *Grolsch N.V./Commissie*.

3. Zaak T-240/07, *Heineken Nederland B.V., Heineken N.V./Commissie*, r.o. 429 en zaak T-253-07, *Bavaria N.V./Commissie*, r.o. 341.

een einde aan komen.⁴ Tegenwoordig is de redelijke termijn (gecodificeerd) terug te vinden en gewaarborgd in het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) uit 1950. Het gebod op geschilbeslechting *within a reasonable time* is bij de totstandkoming van artikel 6 EVRM als een van de laatste elementen opgenomen in het verdrag en maakt deel uit van het recht op een eerlijk proces (*fair trial*). Het beginsel van de redelijke termijn is ook verankerd in artikel 14 lid 3 sub c van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) dat in 1976 in werking is getreden, weliswaar met een andere formulering: *without undue delay*. Deze bepaling heeft – in tegenstelling tot artikel 6 EVRM – alleen betrekking op strafzaken. In de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens wordt het beginsel van de redelijke termijn niet genoemd. Het brede toepassingsbereik van het EVRM verklaart waarom voor de toepassing van het beginsel van de redelijke termijn vaak een beroep wordt gedaan op artikel 6 EVRM. In het op 1 december 2009 in werking getreden Verdrag van Lissabon is vastgelegd dat de Europese Unie zal toetreden tot het EVRM (art. 6 lid 2 Verdrag betreffende de Werking van de EU (VWEU)). In het VWEU staat ook een verwijzing naar het Handvest van de grondrechten van de EU. In het Handvest van de grondrechten zijn alle grondrechten ('mensenrechten') opgenomen die in de Europese Unie gelden waardoor deze fundamentele rechten nog beter geborgd zijn. Een aantal van deze rechten was reeds afgedekt door het EVRM. Doel van het beginsel van de redelijke termijn is het beschermen van alle partijen in gerechtelijke procedures tegen excessieve verdragingen.⁵

In Nederland werkt bindend internationaal recht automatisch door in de nationale rechtsorde. In artikel 93 van de Grondwet is geregeld dat 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties' rechtstreeks doorwerken in de nationale rechtsorde. De bepalingen van het EVRM worden in de Nederlandse rechtspraak aangemerkt als eenieder verbindend. Aan bepalingen van het EVRM komt ook voorrang toe boven nationaal recht. Op grond van artikel 94 Grondwet blijven bepalingen van nationaal recht waarvan de toepassing niet verenigbaar is met eenieder verbindende verdragsbepalingen buiten toepassing.⁶

Redelijke termijn in het mededingingsrecht

Uit het eerste lid van artikel 6 EVRM volgt dat het artikel van toepassing is jegens eenieder bij het vaststellen

4. E. van der Veer, *Schadecompensatie bij overschrijding van de redelijke termijn*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, hfdst. 3: 'Het beginsel van de redelijke termijn in artikel 6 EVRM'.
5. Zie bijv. EHRM 10 november 1969, zaak 1602/62, *Stögmüller/Oostenrijk*, ECHR Series A, 9, par. 5
6. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlands bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, hfdst. 2.5 e.v.

van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (*civil rights and obligations*) of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging (*criminal charge*). Artikel 6 EVRM is in mededingingszaken van toepassing gelet op het punitieve karakter (*criminal charge*) van een boete van een kartelautoriteit.⁷ De Rechtbank Rotterdam en het CBb hebben als beroepsinstanties van sanctiezaken van de NMa ook al meerdere keren geoordeeld over de overschrijding van de redelijke termijn en de gevolgen daarvan voor de hoogte van de opgelegde boetes (daarover later meer).

In (Europese) mededingingszaken wordt het leerstuk van de redelijke termijn sinds 1997 toegepast door het Gerecht⁸ en sinds 1998 door het Hof van Justitie.⁹ Volgens het Gerecht behoren de grondrechten tot de algemene rechtsbeginselen en het Hof van Justitie verzekert eerbiediging hiervan. Onder de grondrechten valt ook artikel 6 lid 1 EVRM. Daarnaast vormt eerbiediging van de redelijke termijn door de Commissie een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. In voorkomende gevallen dient in een procedure te worden onderzocht of de redelijke termijn is geschonden in de periode die vooraf gaat aan het vaststellen van de beschikking. De vraag of de duur van de administratieve procedure redelijk is, dient te worden beantwoord met inachtneming van de specifieke omstandigheden van elke zaak. Met name dient rekening te worden gehouden met de context van de zaak, de verschillende etappes van de procedure, het gedrag van partijen tijdens de procedure, de ingewikkeldheid van de zaak en het belang van partijen bij de zaak.

In de zaak *Baustahlgewebe/Commissie*¹⁰ heeft het Hof van Justitie voor de eerste keer een boetekorting toegekend voor overschrijding van de redelijke termijn. In voornoemde zaak had de procedure waarover het Hof van Justitie moest oordelen vijf jaar en zes maanden geduurd en oordeelde het Hof dat de redelijke termijn was overschreden en een boetekorting op zijn plaats was. De boetekorting werd voor een belangrijk deel toegekend, vanwege het stellige belang van verzoekster – in de gegeven omstandigheden – bij een enigszins voortvarende afhandeling van de procedure. Het Hof van Justitie geeft aan dat bij een geschil over een vermeende inbreuk op het mededingingsrecht (1) het grote aantal betrokkenen en (2) de financiële belangen die op het spel staan een rol kunnen spelen, gelet op het fundamentele vereiste van rechtszekerheid voor de marktdeelnemers en het doel te garanderen dat de mededinging in de interne markt niet wordt vervalst. Dit is niet alleen van belang voor verzoekster zelf, maar ook voor haar concurrenten en derden. Daarnaast speelt volgens het Hof

7. Zie ook CBb 25 maart 2011, LJN BQ5977.

8. GvEA 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96, *SCK en FNK/Commissie*, Jur. 1997, p. II-1739. Zie ook H.M.H. Speyart, 'A Tale of Three Cities: Grondrechtelijke aandachtspunten bij de toepassing van het mededingingsrecht', NTER 2010/10.

9. HvJ EG 17 december 1998, zaak C-185/95 P, *Baustahlgewebe/Commissie*, Jur. 1998, p. I-8417.

10. HvJ EG 17 december 1998, zaak C-185/95 P, *Baustahlgewebe/Commissie*, Jur. 1998, p. I-8417.

van Justitie het feit mee dat de boete op een bepaald moment door verzoekster dient te worden betaald. De boete wordt uiteindelijk door het Hof van Justitie verminderd met 50.000 ECU wegens redenen van proces-economie en om een dergelijke onregelmatigheid in de procedure direct en doeltreffend te verhelpen. Er volgt geen nietigverklaring van de gehele beschikking, omdat volgens het Hof van Justitie de lengte van de procedure de uitkomst van het geschil niet heeft beïnvloed.

Uit bovenstaande rechtspraak volgt dat het Gerecht en het Hof van Justitie toetsen aan het beginsel van de redelijke termijn, omdat (1) dit een beginsel is van gemeenschapsrecht en (2) het belang van betrokken partijen dit kan vereisen vanwege het fundamentele vereiste van rechtszekerheid in een mededingingsprocedure. Dit laatste vindt vermoedelijk zijn verklaring in de omstandigheid dat het beginsel van de redelijke termijn in punitieve procedures volgens het EHRM nog een specifieke functie heeft en bijzondere aandacht verdient: 'In criminal matters, especially, it is designed to avoid that a person charged should remain too long in a state of uncertainty about his fate.'¹¹

In de Nederlandse rechtspraak is het leerstuk van de redelijke termijn in strafzaken in de jaren zeventig van de vorige eeuw voor het eerst toegepast. Andere rechtsgebieden, waaronder het bestuursrecht (met inbegrip van het mededingingsrecht), volgden later.¹²

Aanvang van de redelijke termijn

De redelijke termijn begint te lopen op het moment dat sprake is van een *criminal charge*. In mededingingszaken wordt aangenomen dat de redelijke termijn een aanvang neemt op het moment dat door de NMa jegens de betreffende onderneming een handeling wordt verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting heeft ontleend of had kunnen ontleenen, dat haar wegens overtreding van de Mededingingswet (Mw) een boete zal kunnen worden opgelegd. In de praktijk is dit veelal het moment dat aan de betreffende (verdachte) onderneming een rapport ex artikel 59 Mw jo. 5:48 Awb wordt toegezonden. De redelijke termijn kan echter ook eerder aanvangen, zoals blijkt uit recente jurisprudentie.

Het CBB heeft onlangs naar aanleiding van een boetesluit van de NMa voor de eerste keer geoordeeld dat de redelijke termijn eerder is aangevangen dan de datum van het uitbrengen van het rapport.¹³ Het betrof hier een hoger beroep in een van de bouwfraudezaken in de betonsector (versnelde procedure). In deze zaak had de betreffende onderneming, voorafgaand aan het rapport, op 3 mei 2006 het feitencomplex in die zaak ontvan-

gen.¹⁴ In de begeleidende brief bij het feitencomplex werd vermeld dat de (toen nog) directeur-generaal van de NMa een rapport conform artikel 59 lid 1 Mw had laten opmaken. Het rapport zelf heeft de onderneming uiteindelijk pas op 20 december 2006 ontvangen, ruim zeven maanden later. Het CBB wijst in zijn uitspraak verder op de omstandigheid dat op 25 november 2005 – dus nog vóór de brief van 3 mei 2006 – in het kader van de versnelde procedure de Boetebekendmaking betonsector was vastgesteld. Uit deze bekendmaking volgde dat aan ondernemingen die hadden deelgenomen aan het onderzochte kartel een boete zou worden opgelegd. De onderneming wist derhalve op basis van deze bekendmaking dat aan haar een boete zou worden opgelegd, nu zij aan de NMa had erkend te hebben deelgenomen aan het kartel. In het licht van deze specifieke omstandigheden heeft het CBB – in afwijking van de Rechtbank Rotterdam – geoordeeld dat de redelijke termijn is aangevangen op 3 mei 2006, en niet op 20 december 2006 (datum rapport).

Welke termijn is redelijk?

EHRM

Wat een redelijke termijn is, hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval en valt daarom in abstracto eigenlijk niet te bepalen. Het EHRM bepaalt dan ook per zaak de redelijkheid van de termijn aan de hand van verschillende factoren. Naar inmiddels vaste jurisprudentie spelen daarbij de volgende vier criteria een rol:

1. de complexiteit van de zaak;
2. het gedrag van de klager;
3. het gedrag van de bevoegde autoriteiten;
4. de op het spel staande belangen van betrokkenen.¹⁵

Deze criteria zijn door de Nederlandse rechters ook overgenomen met dien verstande dat de Nederlandse rechters met vaste termijnen/staffels werken die als uitgangspunt worden genomen voor het bepalen van de consequentie van de overschrijding van de redelijke termijn.

De Hoge Raad

Bij arrest van 24 april 2005¹⁶ heeft de belastingkamer van de Hoge Raad (HR) algemene uitgangspunten en regels gegeven over de duur van een procedure en wat redelijk is. In dat arrest heeft de HR bepaald dat de

11. EHRM 10 november 1969, zaak 1602/62, *Stögmüller/Oostenrijk*, ECHR Series A, 9, par. 5.

12. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM', TMA 2006/4.

13. CBB 25 maart 2011, LJN BQ5977.

14. In deze periode was het gebruikelijk dat de NMa voorafgaand aan het toezenden van het rapport het feitencomplex naar de betrokken ondernemingen zond. Ondernemingen konden een reactie geven op dit feitencomplex dat voor de NMa aanleiding kon zijn het rapport op dat punt nog aan te passen. Deze werkwijze had niet tot doel een extra fase van 'hoor en wederhoor' te creëren.

15. De eerste drie criteria werden door het EHRM voor het eerst toegepast in EHRM 28 juni 1978, zaak 6232/73, *König/Duitsland* ECHR Series A, 27, par. 99. Het vierde criterium is daar later aan toegevoegd, zie EHRM 26 januari 2010, zaak 21868/02, *Alican/Turkije* par. 53.

16. HR 22 april 2005, nr. 37 984, BNB 2005/337 (m.nt. Feteris bij BNB 2005/338).

redelijke termijn begint te lopen vanaf het moment dat het betrokken bestuursorgaan een handeling verricht waaraan de verdachte in redelijkheid de verwachting kan ontnemen dat hem een boete zal worden opgelegd. De berechting heeft volgens de HR niet binnen een redelijke termijn plaatsgevonden, indien niet binnen twee jaar nadat de (redelijke) termijn is aangevangen een uitspraak is gedaan, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden. Voor de berechting in hoger beroep dient ook een uitspraak te volgen binnen twee jaar nadat het rechtsmiddel is ingesteld.

De HR heeft daarnaast in de arresten van 17 juni en 19 december 2008¹⁷ het (tot dan toe geldende) standaard-arrest over de redelijke termijn, het arrest van 3 oktober 2000,¹⁸ herzien. In de arresten uit 2008 formuleert de HR de herziene uitgangspunten en de stand van zaken met betrekking tot de redelijke termijn tot dan toe. De arresten van de HR hebben geen wijzigingen aangebracht ten aanzien van de vraag hoe lang een procedurele fase mag duren (het arrest van de HR van 24 april 2005 blijft op dat vlak leidend), maar wel ten aanzien van de consequentie van het overschrijden daarvan.

De HR gaat sinds 2008 uit van de volgende termijnen:

Tabel 1 Termijnen Hoge Raad sinds 2008

Overschrijding redelijke termijn	Boete korting
< zes maanden	5%
> zes maanden en < twaalf maanden	10% (gemaximeerd tot 2500 euro) ¹⁹
> twaalf maanden	handelen naar bevind van zaken

Tot 2008 was aan de 10%-korting geen maximum verbonden. Door de introductie van een ‘cap’ op de korting hebben belanghebbenden sinds 2008 nauwelijks profijt van de overschrijding van de redelijke termijn.

De bestuursrechters

Nederlandse bestuursrechters (waaronder het CBb) hebben door de jaren heen eveneens een systeem ontwikkeld, dat uitgaat van gefixeerde termijnen die bepalen wat een redelijke termijn is. Binnen deze systematiek blijft het mogelijk (in navolging van het EHRM²⁰) om van de gefixeerde termijnen af te wijken als bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven. Deze omstandigheden komen grotendeels overeen met de

door het EHRM ontwikkelde criteria. Volgens de bestuursrechter moet het gaan om een termijnoverschrijding die te wijten is aan het handelen van de betrokken overheid dan wel het bestuursorgaan. Als de vertraging te wijten is aan het handelen van de verdachte of diens raadsman, dan worden deze perioden van ‘inactiviteit’ niet meegenomen in het kader van de redelijke termijn. Dit komt voor rekening en risico van de verdachte. Met betrekking tot mededingingsrechtelijke zaken neemt het CBb aan dat deze in het algemeen ingewikkeld zijn en daardoor een langere behandelduur rechtvaardigen.

De redelijke termijn voor een geschil met bezwaar, beroep en hoger beroep bedraagt bij de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State (ABRvS) onder normale omstandigheden vijf jaar.²¹ De Centrale Raad voor Beroep (CRvB) gaat in beginsel uit van vier jaar.²² Bij een geschil dat na bezwaar in eerste en enige aanleg aan de CRvB wordt voorgelegd, is de redelijke termijn in beginsel tweeënhalf jaar.²³ Bij het CBb²⁴ is uitgangspunt dat drie jaar redelijk is en wanneer de ABRvS²⁵ in eerste en enige aanleg een geschil behandelt, bedraagt de redelijke termijn in beginsel twee jaar.

Inmiddels hebben de bestuursrechters aansluiting gezocht bij de in 2008 verschenen standaardarresten van de Hoge Raad met betrekking tot de duur van de redelijke termijn en de consequenties bij overschrijding daarvan. Zoals hiervoor toegelicht, hadden de HR-zaken betrekking op een strafrechtelijke²⁶ en een fiscale procedure.²⁷ Het gemak en de summier motivering waarmee in een bestuursrechtelijke context wordt aangeknoopt bij de in het kader van strafrechtelijke en fiscale procedures ontwikkelde systematiek is opvallend en heeft in mededingingszaken voor de verdachte zeer onbevredigende consequenties (zie ook hierna gevolgen overschrijding redelijke termijn).

In mededingingszaken hanteert het CBb de volgende termijnen in een reguliere procedure: twee jaar voor bestuurlijke besluitvorming, anderhalf jaar voor de gerechtelijke fase in eerste aanleg en twee jaar voor hoger beroep (totaal vijfeneenhalf jaar).²⁸ Voor de versnelde procedure – van toepassing op zaken die speelden ten tijde van de bouwfraude – gelden andere termijnen: anderhalf jaar voor bestuurlijke besluitvorming, anderhalf jaar voor rechterlijke beoordeling in eerste aanleg en twee jaar voor hoger beroep bij het CBb (totaal vijf jaar).²⁹

17. HR 17 juni 2008, NJ 2008, 358, LJN BD2578 en HR 19 december 2008, BB 2009, LJN BD0191.

18. HR 3 oktober 2000, NJ 2000, 721 (m.nt. De Hullu).

19. Er wordt in het geheel geen vermindering toegepast indien het gaat om een boete die minder belooft dan 1000 euro. De Hoge Raad zal in een dergelijk geval volstaan met het oordeel dat de geconstateerde verdragsschending voldoende is gecompenseerd met de enkele vaststelling dat inbreuk is gemaakt op art. 6 lid 1 EVRM.

20. Het EHRM beoordeelt of de redelijke termijn is geschonden in het licht van de totale lengte van de procedure.

21. ABRvS 24 december 2008, JB 2009, 42.

22. CRvB 26 januari 2009, JB 2009, 66 en CRvB 9 februari 2009, LJN BH2421 en CRvB 25 maart 2009, LJN BH9991.

23. CRvB 9 april 2009, JB 2009, 150.

24. CbB 25 juni 2009, JB 2009, 150.

25. ABRvS 7 april 2010, zaaknr. 200904891/1/H2.

26. HR 17 juni 2008, NJ 2008, 358, LJN BD2578.

27. HR 19 december 2008, BB 2009, LJN BD0191.

28. CbB 8 april 2010, LJN BM1588, CbB 17 maart 2011, LJN BP8060 en CbB 25 maart 2011, LJN BQ5977.

29. CbB 7 juli 2010, LJN BN0540, CbB 31 augustus 2010, LJN BN6716, CbB 13 september 2010, LJN BO0952 en CbB 18 november 2010, LJN BO4962.

Gevolgen overschrijding redelijke termijn

In de meeste zaken waarin het om een overschrijding van de redelijke termijn gaat, wordt een boeteverlaging (korting) toegekend. De boeteverlaging is een vergoeding, compensatie voor de periode waarin de verdachte te lang in onzekerheid heeft verkeerd over de uitkomst van zijn procedure. Het niet in acht nemen van de redelijke termijn kan blijkens (Europese) jurisprudentie in extremis ook tot gevolg hebben dat de boete in zijn geheel komt te vervallen. Vereiste daarbij is wel dat de rechten van de verdediging aantoonbaar geschaad moeten zijn. Bavaria en Heineken hebben in beroep voor het Gerecht aangevoerd, dat de overschrijding van de redelijke termijn tot nietigverklaring van de beschikking had moeten leiden. De Commissie had uit eigen beweging een boeteverlaging van 100.000 euro toegekend wegens het overschrijden van de redelijke termijn. Het Gerecht ging hier echter niet in mee. Het Gerecht oordeelt dat een lange procedure alleen tot nietigverklaring kan leiden als de lengte van de procedure de uitkomst van de procedure heeft beïnvloed. Daarvan was volgens het Gerecht geen sprake: de rechten van de verdediging waren niet geschonden. Zowel Heineken als Bavaria was op basis van de verificatiebeschikking en de informatieverzoeken van de Commissie voldoende op de hoogte van de concrete verdenkingen aan hun adres van de zijde van de Commissie. Als gevolg hiervan waren zij volgens het Gerecht gedurende de procedure in staat om hun verdediging voor te bereiden en daarvoor ter onderbouwing verschillende documenten te verzamelen.

Ons zijn geen zaken bekend waarin een overschrijding van de redelijke termijn daadwerkelijk tot vernietiging van een beschikking heeft geleid. Afgaande op jurisprudentie in strafzaken, lijkt ook de HR hiertoe in ieder geval niet (snel) bereid. Op 17 juni 2008 heeft de strafkamer van de HR bepaald dat de overtreding van de redelijke termijn in artikel 6 EVRM in geen geval meer leidt tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. In hetzelfde jaar heeft de HR in lijn met dit oordeel een aantal hofuitspraken, waarbij de niet-ontvankelijkheid van het OM was uitgesproken, gecasseerd.³⁰ De vraag is of het CBb de HR ook hierin zal volgen, of aan zal knopen bij de Europese rechters, die een vernietiging van een beschikking als gevolg van het niet in acht nemen van de redelijke termijn niet uitsluiten.

De eerste zaak waarin het CBb in een mededingingszaak een overschrijding van de redelijke termijn aannam was de *AUV- en Aesculaap*-zaak uit 2008.³¹ De overschrijding van de termijn (onder meer als gevolg van perioden van inactiviteit aan de zijde van de NMa) was voor het

CBb aanleiding om de totaalboete (uiteindelijk³²) met 20% te verminderen. Deze 'gulle' benadering, die ons overigens niet onjuist voorkomt, heeft in daarop volgende zaken geen navolging gekregen. In volgende zaken waarin het CBb een oordeel moest geven over de redelijke termijn werd aangeknoopt bij het arrest van de HR van 17 juni 2008 en waren de kortingen aanzienlijk lager. Het CBb verwijst in latere uitspraken standaard naar de hiervoor besproken arresten van de HR (het arrest van 17 juni 2008 en het latere arrest uit dat jaar van 19 december 2008).³³ De door het CBb aan dit arrest ontleende systematiek laat zich als volgt schematisch weergeven:

Tabel 2 (Vervolg)

Overschrijding redelijke termijn	Boete korting
< zes maanden	5% ³⁴
> zes maanden en < twaalf maanden	10% (met een maximum tot 10.000 euro)
> twaalf maanden	handelen naar bevind van zaken

In 2010 heeft het CBb in drie mededingingszaken een overschrijding van de redelijke termijn aangenomen.³⁵ In deze drie zaken heeft het CBb in verband met het overschrijden van de redelijke termijn de opgelegde boete verminderd met 10% (tot een maximum van 10.000 euro).³⁶ Op 17 maart van dit jaar heeft het CBb een korting toegekend van 55%, eveneens met een maximum, dit maal tot een bedrag van 55.000 euro.³⁷ Het betrof in deze zaak ('de garnalenzaak') een overschrijding van de redelijke termijn met meer dan 2,5 jaar in hoger beroep. De zaak viel dus in de categorie waarin het CBb volgens zijn eigen systematiek naar bevind van zaken dient te handelen. Uit de uitspraak volgt dat het CBb ook in die situatie (i.e. een overschrijding van de duur van de redelijke termijn met meer dan twaalf maanden) een maximum aan de boeteverlaging verbindt. Bij de koers die hiermee door het CBb is ingezet, kunnen naar onze mening enkele kritische kanttekeningen worden geplaatst, omdat de beschermende werking van het EVRM hierdoor wordt uitgehold.

Dit betreft in de eerste plaats de vraag of het hanteren van een gemaximeerde korting in mededingingszaken, waarin het veelal gaat om forse boetes, wel 'EVRM-proof' is. Artikel 41 EVRM spreekt van een *adequate redress*, een adequate tegemoetkoming. Een billijke

30. HR 9 december 2008, LJN BF 3196.

31. CBb 3 juli 2008, LJN BD6629 en LJN BD6635. Hoger beroep naar aanleiding van de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam van 22 mei 2006, MEDED 03/3812 en MEDED 03/3824.

32. Een korting van 2,5% werd toegekend vanwege de lange behandelingsduur in hoger beroep.

33. Het CBb heeft dit voor het eerst gedaan op 8 april 2010, *Erdo B.V./NMa*, LJN BM1588.

34. Ervan uitgaande dat het CBb de HR hierin ook volgt.

35. CBb 8 april 2010, *Erdo B.V./NMa*, LJN BM1588, CBb 31 augustus 2010, LJN BN6716, CBb 18 november 2010, LJN BO5197.

36. In 2011, CBb 25 maart 2011, LJN BQ5977.

37. CBb 17 maart 2011, LJN BP 8060.

genoegdoening op grond van artikel 41 EVRM kan uit drie elementen bestaan: materiële schade, immateriële schade en gemaakte kosten. Bij dit laatste kan gedacht worden aan advocatenkosten en reis- en verblijfkosten die zijn gemaakt ten behoeve van de nationale procedure (of de procedure voor het EHRM). Bij materiële schade kan het bijvoorbeeld gaan om gedeelde winst.³⁸ Ook immateriële schade komt voor vergoeding in aanmerking. Volgens het EHRM bestaat er een (weerlegbaar) vermoeden dat excessief lange procedures zullen leiden tot immateriële schade,³⁹ vanwege de *anxiety*, *inconvenience* en *uncertainty* die ermee gepaard gaat. In de zaak *Pizzati/Italië* heeft het EHRM uiteengezet welke standaardregels het toepast bij vergoeding van immateriële schade wegens overschrijding van de redelijke termijn. Het bestaan van immateriële schade (spanning en frustratie) wordt verondersteld bij overschrijding van de redelijke termijn. Niet alleen natuurlijke personen maar ook rechtspersonen kunnen hierop een beroep doen. De spanning en frustratie bij rechtspersonen wordt echter niet verondersteld maar dit moet aangetoond worden. Hierbij kan worden gedacht aan de reputatie van het bedrijf of onzekerheid in het besluitvormingsproces.⁴⁰ Men kan zich afvragen of een maximumkorting voldoende rekening houdt met deze verschillende elementen.

In de uitspraak van 25 maart 2011 kende het CBb aan de onderneming een korting toe van 10% (de redelijke termijn was met acht maanden overschreden) met een maximum van 10.000 euro. De boete die door de NMa was opgelegd bedroeg echter 528.956 euro. Zonder het maximum had deze onderneming een boeteverlaging van ruim 50.000 euro tegemoet kunnen zien. Dit bedrag staat in schril contrast met de 10.000 euro waarmee haar boete uiteindelijk verlaagd is. Het contrast wordt logischerwijs groter naarmate de hoogte van de boete toeneemt.

In de tweede plaats kiest het CBb duidelijk voor een andere koers dan het Gerecht. Het Gerecht verbindt geen maximum aan de boetekorting die wordt toegekend. In zijn uitspraak van 16 juni jl. overwoog het Gerecht expliciet dat de compensatie als gevolg van de redelijke termijn wel in verhouding moet staan met de opgelegde boete. Ten aanzien van de door de Commissie toegepaste boeteverlaging overwoog het Gerecht in r.o. 341 ten aanzien van Bavaria:

‘De door de Commissie toegekende forfaitaire vermindering van 100.000 EUR houdt evenwel op geen enkele wijze rekening met het bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete, dat voor die vermindering 22.950.000 EUR bedroeg, en vormt dus geen vermindering van de sanctie die de uit de overschrij-

ding van de redelijke termijn van de administratieve procedure voortvloeiende schending op adequate wijze kan corrigeren.’

Opvallend is dat het Gerecht hier ook gebruikt maakt van het woord ‘adequate’. Een impliciete verwijzing naar artikel 41 EVRM? De insteek van het Gerecht doet naar onze mening meer recht aan de achtergrond en waarborgen die het EVRM biedt: een compensatie die in voldoende mate tegemoetkomt aan de specifieke omstandigheden en hoogte van de boete. In fiscale zaken die in de regel veel lagere boetes kennen dan mededingingszaken is een maximumkorting op het eerste gezicht niet onredelijk. Betoogd zou zelfs kunnen worden dat het tot op zeker hoogte ook bijdraagt aan de rechtszekerheid: men weet waar men aan toe is. De bedenkingen die wij met name hebben ten aanzien van de lijn die nu door het CBb is ingezet, is dat de maximumkorting geen ruimte biedt om maatwerk te leveren, in het bijzonder in het licht van de hoogte van de boete. Ook de hoogte van het maximum zelf doet arbitrair aan. Onduidelijk is waar deze op is gebaseerd. Uit voornoemde uitspraken van het CBb blijkt dit niet.

Het maakt voor de beboete partij in veel gevallen wel degelijk uit of er een boetereductie plaatsvindt van 10.000 euro op een boete van 150.000 euro of op een boete van 1.500.000 euro. Immers, hoe hoger de boete, hoe hinderlijker de gevolgen van termijnoverschrijding voor de onderneming. De rechtsonzekerheid drukt nu eenmaal zwaarder op ondernemingen naar mate de sanctie hoger is. Dit verschil zou ons inziens tot uitdrukking moeten komen in de mate van compensatie als de redelijke termijn wordt overschreden. Mogelijk wordt de zuinige insteek van het CBb (en de HR?) verklaard door meer praktische overwegingen. Een te grote compensatie (voordeel) voor de onderneming die een beroep doet op overschrijding van de redelijke termijn, kan tot gevolg hebben dat ondernemingen enkel nog op deze grond doorprocederen, waardoor het rechterlijk apparaat nog zwaarder belast wordt met langere (behandel)termijnen als gevolg.

De Rechtbank Rotterdam volgt inmiddels de lijn van het CBb inzake de redelijke termijn. Door de ‘verschraling’ van de redelijketermijncompensatie is het in sommige gevallen lonend gebleken om in hoger beroep geen grief te richten tegen het redelijketermijnoordeel van de Rechtbank Rotterdam, althans reeds ingestelde grieven in te trekken. Een recent voorbeeld daarvan betreft de ‘fietsenzaak’. Op 4 oktober 2011 heeft het CBb uitspraak gedaan op het hoger beroep van Giant, Accell en Gazelle tegen aan hen opgelegde boetes wegens het maken van prijsafspraken.⁴¹ Uit de uitspraak blijkt dat Giant, Accell en Gazelle ter zitting hun grieven ter zake het redelijketermijnoordeel hebben ingetrokken. De reden hiervoor was dat ten tijde van de mondelinge behandeling van het hoger beroep duidelijk was dat bij het CBb een maximale korting van 10.000 euro zou kunnen worden verkregen, terwijl de rechtbank in eerste aanleg

38. Materiële schade komt pas voor vergoeding in aanmerking indien het een direct gevolg is van de geconstateerde verdragsschending. De vraag omtrent het causaal verband speelt hier een grote rol.

39. EHRM 29 maart 2003, zaak 64897/01, *Ernestina Zullo/Italië* par. 97; EHRM 29 maart 2006, zaak 62361/00, *Riccardi Pizzati/Italië* par. 94.

40. EHRM 6 april 2000, zaak 35382/97, *RJ&D ECHR 2000-IV, Comingersoll S.A./Portugal* par. 35, *NJ* 2000, 612.

41. CBb 4 oktober 2011, LJN BT 6521.

(onder verwijzing naar de *AUV- en Aesculaap*-zaak) een korting van 10% op de totale boete had toegekend.⁴² Doordat de NMa zelf geen grief tegen het redelijketermijnoordeel in eerste aanleg had ingesteld, konden de fietsfabrikanten nog eieren voor hun geld kiezen en genoegen nemen met de (riantere) boeteverlaging die de rechtbank hun had toegekend.

Wetsvoorstel 'Schadevergoeding bij overschrijding redelijke termijn'

Niet alleen in de jurisprudentie staat de redelijke termijn volop in de aandacht. De minister van Justitie heeft op 13 april 2010 het conceptwetsvoorstel 'Wet schadevergoeding bij overschrijding redelijke termijn' voor advies aan diverse instanties toegestuurd. Het wetsvoorstel is nog steeds in voorbereiding. Verwacht wordt dat het op 1 januari 2012 wordt ingediend bij de ministerraad. Het wetsvoorstel zelf is nog niet gepubliceerd.

Het wetsvoorstel heeft tot doel het bieden van een effectief rechtsmiddel als bedoeld in artikel 13 EVRM. Het wetsvoorstel zoekt hiertoe aansluiting bij de rechtspraak van het EHRM⁴³ in die zin dat een vergoeding voor immateriële schade dient te worden toegekend wanneer overschrijding van de redelijke termijn door de bestuursrechter leidt tot spanning en frustratie.

Hierboven hebben wij reeds uiteengezet dat de verschillende bestuursrechters vaste termijnen hebben ontwikkeld om te bepalen welke termijnoverschrijding redelijk is. In sanctiezaken is het gebruikelijk om de hoogte van de boete te verminderen als de redelijke termijn wordt overschreden. Dit in tegenstelling tot niet-sanctiezaken waarin een schadevergoeding kan worden toegekend. Het wetsvoorstel codificeert de huidige (soms uiteenlopende) rechtspraak op dit punt. In het conceptwetsvoorstel wordt uitgegaan van forfaitaire termijnen en bedragen. Voor de rechter blijft er wel ruimte de schadevergoeding te matigen wanneer de zaak dat verlangt. Op deze wijze ontstaat een heldere en laagdrempelige procedure. De belanghebbende die recht meent te hebben op schadevergoeding, kan op ieder moment – zowel hangende de beslissing als na afloop van de procedure – een verzoekschrift indienen bij de rechter.

Blijkens de conceptmemorie van toelichting bij het wetsvoorstel zullen alle bestuursrechtelijke geschillen onder het wetsvoorstel vallen. Daarnaast kunnen ook rechtspersonen een verzoekschrift indienen. Dit betekent dat het mededingingsrecht ook geraakt kan worden door het wetsvoorstel. In hoeverre het wetsvoorstel wijzigingen aanbrengt in de bestaande praktijk in mededingingszaken is nog niet duidelijk. Onze inschatting is dat het wetsvoorstel op dit punt geen wezenlijke wijzigingen

met zich brengt. In mededingingsprocedures is het al gebruikelijk dat in de procedure (hoofdzaak) zelf een beroep wordt gedaan op artikel 6 EVRM. Bovendien heeft het CBb voor mededingingsrechtelijke procedures reeds een systematiek ontwikkeld met gefixeerde termijnen en bedragen waar in rechte een beroep op gedaan kan worden. Het nog separaat indienen van een verzoekschrift lijkt in die optiek voor mededingingszaken minder relevant en doeltreffend.

Conclusie

Dat de overschrijding van de redelijke termijn gevolgen heeft voor de hoogte van de opgelegde boete volgt zowel uit de Europese als de nationale rechtspraak. De mate van compensatie verschilt echter. Het Gerecht lijkt in zijn uitspraak van 16 juni 2011 oog te hebben voor de juiste verhouding tussen de lange duur van de procedure en de mate waaruit de compensatie moet bestaan om hieraan tegemoet te komen. Hierdoor is het Gerecht in staat om per zaak maatwerk te leveren waarin recht wordt gedaan aan de specifieke omstandigheden. Een aanpak die naar onze mening zonder meer EVRM-*proof* is, al had de motivering van het redelijketermijnoordeel wel iets meer uit de verf mogen komen.

Door het hanteren van een '*cap*' op de boetekorting die wordt verleend als gevolg van de overschrijding van de redelijke termijn is bij het CBb veel minder sprake van maatwerk. Het hanteren van een maximum leidt in mededingingsprocedures, waarin de hoogte van de boetes enorm kan verschillen, tot onbevredigende resultaten en staat op gespannen voet met het EVRM. Wij zouden het dan ook een welkome ontwikkeling vinden als het CBb in toekomstige zaken afziet van het hanteren van maxima en per zaak bepaalt wat een passende vorm van compensatie is. In de zaken die het CBb tot nu toe heeft behandeld werd eenzelfde korting toegekend op de boete (10% met een maximum van 10.000 euro) terwijl de boetes in hoogte verschilden. Onverkorte toepassing van deze lijn op sanctiezaken waarin de NMa een boete oplegt van meer dan 100.000 euro en waarin een overschrijding van de redelijke termijn wordt aangenomen, zou in alle gevallen voorzien in eenzelfde compensatie terwijl de hoogte van de boete niet gelijk is. Voor de mate van *anxiety* en *distress* aan de zijde van de beboete onderneming lijkt het ons wel degelijk verschil te maken hoe hoog de boete is en in welke mate compensatie wordt verleend: de korting moet nog wel in verhouding staan tot de totale boete. Dit is ook in lijn met de uitgangspunten en waarborgen van het EVRM. De gedachte lijkt te zijn dat de beboete onderneming niet te veel mag profiteren van een vertraging in het procedurele verloop van zijn zaak. Keerzijde hiervan is ook dat de NMa minder 'geprikkeld' wordt om zaken voortvarend op te pakken. De Commissie heeft in dit opzicht de boodschap van het Gerecht goed begrepen en besloten haar interne procedures opnieuw onder de loep te

42. Rb. Rotterdam 18 juli 2007, LJN BB 0440.

43. Zie EHRM 10 november 2004, nr. 62361/01, *Pizzatti I*, LJN AS3856.

nemen zodat vertraging zoveel mogelijk wordt voorkomen.⁴⁴

44. MLex, 16 juni 2011, EC response to General Court rulings in removals, chemicals, beer cartels.