



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

Research Memoranda
Nummer 1 / 2010
Jaargang 6

Specialisatie loont?!



Research Memoranda 2010 - nr 1

ISBN 978-90-12-38385-1



9 789012 383851

Sdu UITGEVERS

Anita Böcker, Tetty Havinga, Alex Jettinghoff,
Carla Klaassen en Laurens Bakker

Specialisatie loont?!

Ervaringen van grote ondernemingen
met specialistische rechtspraakvoorzieningen

Dankwoord

Wij danken eenieder die op de een of andere wijze behulpzaam is geweest bij de uitvoering van dit onderzoek. Deze dank geldt in het bijzonder de respondenten en deelnemers aan de expertmeetings alsook de rechters en medewerkers werkzaam bij de onderzochte voorzieningen die ons in de gelegenheid hebben gesteld intern informatie te vergaren, ons te woord hebben gestaan, (nadere) informatie hebben verzameld, conceptteksten hebben gecontroleerd of ons anderszins ter wille zijn geweest.

Houthoff Buruma (Rotterdam), Stibbe (Amsterdam) en de Raad voor de rechtspraak zijn wij erkentelijk voor de geboden gastvrijheid ten behoeve van de expertmeetings.

De leden van de begeleidingscommissie bedanken wij voor hun bereidheid ons van advies te dienen alsmede voor hun stimulerende woorden maar ook kritische opmerkingen naar aanleiding van de onderzoeksopzet en conceptteksten.

De hoogleraren Van de Gronden, Quaadvlieg en Nieuwe Weme (allen Radboud Universiteit) waren bereid als vraagbaak te fungeren alsmede behulpzaam te zijn bij de expertmeetings en anderszins. Ook van de hulp van Emile Schmieman (destijds Radboud Universiteit, thans ministerie van Justitie) alsmede Jaap Dammingh (Radboud Universiteit) hebben wij dankbaar gebruikgemaakt bij respectievelijk het voorbereiden en afnemen van de interviews betreffende de Ondernemingskamer.

Lisa Achten, Eveline van Beem, Sylvie Roestenberg, Roos Seesing en Annika ten Wolde hebben een deel van de interviews uitgewerkt. De (toenmalige) student-assistenten Hanneke Burgers, Joost Fledderus, Vera Hof, Mick van de Loo en Tom Salemink danken wij voor de verleende onderzoeksassistentie.

Mieke Bonnier past dank voor haar secretariële ondersteuning en assistentie bij het projectmanagement, Hannie van de Put voor haar secretariële ondersteuning en het verzorgen van de opmaak van het eindrapport.

Inhoud

Over de 'gevoelskwaliteit' van vijf specialistische rechterlijke voorzieningen (essay)	15
Samenvatting	20
Afkortingen	22
 Deel 1: Onderzoeksvragen en opzet van het onderzoek	 25
Hoofdstuk 1: Specialistische rechtspraakvoorzieningen onderzocht	27
1.1 Inleiding	27
1.1.1 Onderzoeksopdracht	27
1.1.2 Aanleiding voor het onderzoek	27
1.2 Achtergronden specialistische rechtspraak bij geschillen grote ondernemingen	28
1.2.1 Economische dynamiek	28
1.2.2 Juridische dienstverlening	29
1.2.3 (De wenselijkheid van) rechterlijke specialisatie	29
1.3 Verkenning centrale begrippen	30
1.3.1 Wat is een complex geschil?	31
1.3.2 Grote (inter)nationale ondernemingen	31
1.3.3 Specialistische rechtspraakvoorzieningen	32
1.3.4 Kwaliteit van rechtspraak	33
1.4 Twee benaderingen	34
1.5 De onderzoeksvragen	35
1.5.1 De rechtspraktijk van de voorzieningen	35
1.5.2 De relatieve betekenis van de specialistische voorzieningen voor de oplossing van geschillen van grote ondernemingen	36
1.5.3 De beoordeling en aanpassing van de voorzieningen	37
1.6 Opbouw van dit boek	39
 Hoofdstuk 2: De opzet en uitvoering van het onderzoek	 40
2.1 Opzet onderzoek	40
2.2 Bestudering van literatuur en documenten	40
2.3 Registratiegegevens van de gerechtelijke organisatie	41

2.4	Interviews	42
2.4.1	Grote ondernemingen die ervaring hebben met een specialistische gerechtelijke voorziening	42
2.4.2	Rechters en andere actoren van de specialistische gerechtelijke voorzieningen	44
2.4.3	Andere actoren met ervaring met de bestudeerde instanties	45
2.5	Expertmeetings	45
2.6	Verslaglegging en analyse	46

Deel 2: Vijf specialistische voorzieningen 49

Hoofdstuk 3: De natte kamer van de rechtbank Rotterdam	51
3.1 Inleiding	51
3.1.1 Ontstaan speciale rechtspraakvoorziening	51
3.1.2 Wat zijn natte zaken?	52
3.1.3 Organisatie rechtspraakvoorziening	54
3.1.4 Procesgang	54
3.2 De rechtspraktijk van de natte kamer in cijfers	55
3.2.1 Aantal zaken	55
3.2.2 Partijen	55
3.2.3 Belang	57
3.2.4 Afdoening	58
3.2.5 Doorlooptijden	59
3.3 Geschil- en procedeedrag in natte zaken	60
3.3.1 Herkomst empirische gegevens	60
3.3.2 Preventie van geschillen en procedures	61
3.3.3 De keuze voor procederen	64
3.3.4 De keuze voor de rechtbank Rotterdam	68
3.3.5 De keuze voor alternatieve vormen van geschiloplossing (ADR)	68
3.3.6 Bereikt het bedrijf wat het wil bereiken?	74
3.3.7 Hoger beroep	74
3.4 Opvattingen over specialisatie en concentratie	75
3.4.1 Wenselijkheid van specialisatie en concentratie	75
3.4.2 Mogelijke keerzijden	77
3.4.3 Vereiste deskundigheid	79

3.4.4	Deskundigheid voldoende?	80
3.5	Opvattingen over kwaliteit	80
3.5.1	Wat verstaan gebruikers onder goede rechtspraak?	80
3.5.2	Vier kwaliteitsdimensies	81
3.5.3	Beoordeling kwaliteit natte kamer	85
3.5.4	Buitenlandse benchmarks	87
3.6	Knelpunten en suggesties voor verbetering	89
3.6.1	Suggesties voor verbreding van het werkterrein en verdere concentratie	89
3.6.2	(On)bekendheid natte kamer	90
3.6.3	Roulatiebeleid	91
3.6.4	Meervoudige behandeling	91
3.6.5	Comparities	92
3.6.6	Doorlooptijden	93
3.6.7	Het gerechtshof Den Haag als beroepsinstantie	93
3.6.8	Geen behoefte aan procederen in het Engels of aan een nieuw forum voor natte zaken	93
Hoofdstuk 4: De IE-kamer van de rechtbank Den Haag		95
4.1	Inleiding	95
4.1.1	Exclusieve competenties	95
4.1.2	Octrooi	95
4.1.3	Gemeenschapsmerk	97
4.1.4	Internationale oriëntatie	97
4.1.5	Organisatie	98
4.1.6	Enkele procedurele bijzonderheden	99
4.2	De rechtspraktijk van de IE-kamer Den Haag in cijfers	100
4.2.1	Octrooi- en Gemeenschapsmerkszaken	100
4.2.2	Algemeen beeld	101
4.2.3	Verstekzaken	104
4.2.4	Intrekking/royement en contradictoire vonnissen	105
4.2.5	Afloop: winnen de grote ondernemingen meer?	107
4.3	Geschil- en procedeergedrag in IE-kwesties	107
4.3.1	Herkomst van empirische gegevens	107
4.3.2	Geschilgedrag	110
4.3.3	Alternative Dispute Resolution (ADR)	111
4.3.4	De keuze voor procederen	113

4.3.5	Strategisch procederen in octrooizaken	115
4.3.6	Preventie	116
4.4	Opvattingen over specialisatie en concentratie	118
4.4.1	Noodzaak specialisatie?	118
4.4.2	Vereiste deskundigheden	119
4.4.3	Deskundigheid voldoende?	120
4.4.4	Buitenlandse benchmarks	121
4.4.5	Verbetering deskundigheid	123
4.5	Opvattingen over kwaliteit	125
4.5.1	Kwaliteitsdimensies	125
4.5.2	Rangorde van kwaliteitsdimensies en waardering	126
4.6	Knelpunten en suggesties voor verbetering	131
4.6.1	Concentratie en deconcentratie	131
4.6.2	Nationale en Europese oriëntatie	132
4.6.3	Juridische en andere deskundigheid	132
4.6.4	Feedback tussen IE-kamer en balie	133
4.6.5	Bewijsbeslag	134
4.6.6	Het Haagse hof	135
Hoofdstuk 5: De Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam		136
5.1	Inleiding	136
5.1.1	Ontstaan en bedoeling van de Ondernemingskamer	136
5.1.2	Ontwikkeling van de Ondernemingskamer	139
5.1.3	Organisatie van de Ondernemingskamer	143
5.1.4	Procesgang	145
5.2	De rechtspraktijk van de Ondernemingskamer in cijfers	148
5.2.1	Aantal zaken	148
5.2.2	Kenmerken van partijen	151
5.2.3	Procedureverloop	153
5.2.4	Afloop enquêteverzoeken	154
5.2.5	Cassatie	154
5.2.6	Minnelijke regelingen	155
5.3	Geschil- en procedeergedrag van grote ondernemingen	157
5.3.1	Herkomst van empirische gegevens	157
5.3.2	Algemeen	158

5.3.3	Specifiek in relatie tot enquêtes	159
5.3.4	Onmiddellijke voorziening Ondernemingskamer versus 'gewoon' kort geding	161
5.3.5	Specifiek in relatie tot WOR-procedures	162
5.3.6	Alternative Dispute Resolution (ADR)	165
5.4	Opvattingen over specialisatie en concentratie	168
5.4.1	Inleiding	168
5.4.2	De wenselijkheid van een gespecialiseerde, geconcentreerde Ondernemingskamer	169
5.4.3	Vereiste deskundigheid en aanwezigheid deskundigheid bij de Ondernemingskamer	175
5.4.4	Nadere kanttekening	176
5.5	Opvattingen over de kwaliteit van de Ondernemingskamer	177
5.5.1	Wat is kwalitatief goede rechtspraak?	177
5.5.2	Voldoet de Ondernemingskamer aan de kwaliteitseisen?	177
5.6	Knelpunten en suggesties voor verbetering	184
5.6.1	Doorlooptijd	184
5.6.2	De toegang tot de enquêteprocedure	187
5.6.3	Het feitenonderzoek en het bestaan van één feitelijke instantie	188
5.6.4	Onmiddellijke voorzieningen	191
5.6.5	Door de Ondernemingskamer benoemde commissarissen of bestuurders	191
5.6.6	De onderzoekers	193
5.6.7	Personele bezetting Ondernemingskamer	194
5.7	Concluderende opmerkingen	194
Hoofdstuk 6: Het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam		195
6.1	Inleiding	195
6.1.1	Ontstaan en bedoeling speciale rechtspraakvoorziening	195
6.1.2	Organisatie rechtspraakvoorziening	196
6.1.3	Procesgang	197
6.2	Rechtspraktijk mededingingsteam in cijfers	200
6.2.1	Aantal procedures	200
6.2.2	Duur procedure	200
6.2.3	Eisers en verweerders	201
6.2.4	Afdoening	203
6.2.5	Grote bedrijven	205
6.2.6	Hoger beroep	207
6.3	Geschil- en procedeergedrag	208

6.3.1	Herkomst van empirische gegevens	208
6.3.2	Preventie van geschillen en procedures	209
6.3.3	Overwegingen en afwegingen	211
6.3.4	Intrekking procedures	215
6.3.5	Bereikt men wat men wil bereiken?	216
6.3.6	Hoger beroep	216
6.4	Opvattingen over specialisatie en concentratie	217
6.4.1	De noodzaak van specialisatie en concentratie	217
6.4.2	Mogelijke keerzijden	219
6.4.3	Vereiste deskundigheid	220
6.4.4	Deskundigheid mededingingsteam	222
6.5	Opvattingen over kwaliteit	223
6.5.1	Wat verstaan gebruikers onder goede rechtspraak?	223
6.5.2	Vier dimensies	224
6.5.3	Beoordeling kwaliteit rechtbank	226
6.6	Knelpunten en suggesties voor verbetering	229
6.6.1	Roulatiebeleid	229
6.6.2	Economische kennis	229
6.6.3	De uitspraak	230
6.6.4	Suggesties voor verdere concentratie	230
6.6.5	Rechtspraak in één of twee instanties	231
6.6.6	Vergelijking met het buitenland	232
6.6.7	Specifieke verbeterpunten	233

Hoofdstuk 7: Het College van Beroep voor het bedrijfsleven	234
7.1	Inleiding
7.1.1	Ontstaan en achtergrond van het College van Beroep voor het bedrijfsleven
7.1.2	Organisatie rechtspraakvoorziening
7.2	Rechtspraktijk CBb in cijfers
7.2.1	Aantal zaken
7.2.2	Soort wetgeving en verweerder
7.2.3	Soort procedure en duur behandeling
7.2.4	Aard uitspraak
7.2.5	Incidentele gebruikers en veelgebruikers
7.2.6	Wie wint?

7.3	Geschil- en procedeergedrag van grote ondernemingen	249
7.3.1	Herkomst van empirische gegevens	249
7.3.2	De afdeling Legal & Regulatory	250
7.3.3	Preventie van geschillen en procedures	251
7.3.4	Overwegingen en afwegingen	255
7.3.5	Intrekking procedures	260
7.3.6	Bereikt het bedrijf wat het met beroep wil bereiken?	260
7.4	Ervaringen bedrijven met CBb	262
7.5	Opvattingen over specialisatie en concentratie	264
7.5.1	Is specialisatie wenselijk?	264
7.5.2	Kanttekeningen bij specialisatie	265
7.5.3	Vereiste specialistische deskundigheid	266
7.5.4	Deskundigheid CBb	268
7.6	Opvattingen over kwaliteit CBb	271
7.6.1	Wat is kwalitatief goede rechtspraak?	271
7.6.2	Onpartijdigheid	271
7.6.3	Goed gemotiveerde uitspraken	272
7.6.4	Bejegening van procespartijen	274
7.6.5	Lange doorlooptijden	275
7.7	Knelpunten en suggesties voor verbetering	277
7.7.1	Verkorting doorlooptijden	277
7.7.2	Formalisme	280
7.7.3	Europees recht	282
7.7.4	CBb als voorzieningenrechter	284
7.7.5	CBb als instantie van hoger beroep	285
7.7.6	Overige voorstellen ter verbetering van de procedure	287
Deel 3: Vergelijkingen en conclusies		289
Hoofdstuk 8: Geschil- en procedeergedrag van grote ondernemingen		291
8.1	Inleiding	291
8.2	Het voorkomen van geschillen en gerechtelijke procedures	292
8.3	Geschiloplossing: anders dan rechtspraak	294
8.3.1	Alternatieve oplossing van individuele geschillen	294

8.3.2	Playing for the rules	295
8.4	Beslechting van geschillen: procederen	296
8.4.1	De keuze voor procederen	296
8.4.2	Routines en strategieën van procederen	296
8.5	Resultaat	297
8.5.1	Beëindiging procedure voor de uitspraak	297
8.5.2	Uitspraak	298
8.6	Terzijde: rechterlijk ondernemerschap	299
8.7	Conclusies	299

Hoofdstuk 9: Specialisatie en concentratie 301

9.1	Inleiding	301
9.2	Argumenten voor en tegen specialisatie en concentratie	301
9.2.1	Kwaliteit	302
9.2.2	Efficiëntie	302
9.2.3	Acceptatie	303
9.2.4	Sterkere en zwakkere varianten	304
9.2.5	Argumenten voor en tegen business courts in de Verenigde Staten	304
9.2.6	Discussie over (verdere) specialisatie en concentratie in Nederland	305
9.3	Specialisatie en concentratie bij de onderzochte rechtspraakvoorzieningen	306
9.4	Opvattingen over specialisatie en concentratie	308
9.4.1	Nut en noodzaak van specialisatie en concentratie	308
9.4.2	Gepercipieerde keerzijden van specialisatie of concentratie	310
9.4.3	Organisatorische varianten	312
9.5	Vereiste deskundigheid	312
9.5.1	Juridische kennis en materiedeskundigheid	313
9.5.2	Beoordeling aanwezige deskundigheid	314
9.5.3	Inschakeling deskundigen	314
9.6	Wensen en suggesties met betrekking tot verdere concentratie of juist deconcentratie	316
9.7	Conclusies	317

Hoofdstuk 10: Kwaliteit van de specialistische rechtspraakvoorzieningen 318

10.1	Inleiding	318
10.2	Kwaliteit van rechtspraak	318
10.2.1	Discussie en initiatieven	318

10.2.2	Wat is kwaliteit van de rechtspraak?	318
10.2.3	Onderzoeken van kwaliteit	319
10.3	Wat verstaan bedrijven onder goede specialistische rechtspraak?	320
10.4	Vier dimensies van kwaliteit	321
10.5	Respondenten over de kwaliteit van de vijf voorzieningen	322
10.5.1	Algemeen oordeel	322
10.5.2	Onpartijdigheid van de rechter	323
10.5.3	Juridisch-inhoudelijke kwaliteit	324
10.5.4	Doorlooptijden	325
10.5.5	Bejegening van procespartijen	325
10.6	Vergelijking met andere 'instanties'	326
10.7	Suggesties en aanbevelingen	327
10.7.1	Doorlooptijden	327
10.7.2	Inrichting procedure	328
10.7.3	Toegang tot voorzieningen	329
10.7.4	Beslissen op materiële geschil	329
10.7.5	Informatie-uitwisseling balierechtspraak	329
Hoofdstuk 11: Conclusie: specialisatie loont		330
11.1	Onderzoeksvragen	330
11.2	De rechtspraktijk van de voorzieningen	332
11.3	De relatieve betekenis van de specialistische voorziening voor de oplossing van geschillen van grote ondernemingen	335
11.4	De beoordeling en aanpassing van de voorzieningen	336
11.4.1	Oordeel over specialisatie en concentratie	336
11.4.2	Oordeel over kwaliteit specialistische rechtspraak	338
11.4.3	Vergelijking met andere voorzieningen	340
11.4.4	Conclusie	343
Bijlage 1: Grote ondernemingen		345
Bijlage 2: Overzicht van kwantitatieve gegevens		346
Bijlage 3: Informatie over interviews en respondenten		361
Bijlage 4: Informatie over de expertmeetings		370
Literatuur		375

Over de auteurs

Dr. Anita Böcker is rechtssocioloog en werkzaam bij het Instituut voor Rechtssociologie van de juridische faculteit van de Radboud Universiteit Nijmegen. Eerder verrichtte zij onder meer onderzoek naar de toetreding van juristen uit etnische minderheden tot de rechterlijke macht.

Dr. ir. Tetty Havinga is Universitair Hoofddocent bij het Instituut voor Rechtssociologie van de Radboud Universiteit Nijmegen. Zij verricht rechtssociologisch onderzoek op diverse terreinen waaronder de relaties tussen het bedrijfsleven en recht, regulering van voedsel, beleidsuitvoering, arbeidsrecht en gelijke behandeling.

Dr. Alex Jettinghoff is als onderzoeker verbonden aan het Instituut voor Rechtssociologie van de Radboud Universiteit Nijmegen. Hij doet onderzoek naar geschilhantering door bedrijven en het beroep op de rechter, contractuele relaties in het bedrijfsleven, juristen en rechtsontwikkeling en recht en oorlog.

Prof. mr. Carla Klaassen is hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de Radboud Universiteit. Daarvoor is zij werkzaam geweest als advocaat in de sectie ondernemingsrecht van een van de grote Nederlandse advocatenkantoren (Stibbe). Zij heeft vele publicaties op haar naam staan, waaronder bijvoorbeeld het handboek *Nederlands Burgerlijk procesrecht* (Deventer 2007), waarvan zij co-auteur is. Prof. Klaassen is (o.a.) raadsheer-plaatsvervanger bij het gerechtshof Arnhem en hoofddocent van de Grotius specialisatieopleiding Onderneming & aansprakelijkheid.

Dr. Laurens Bakker is rechtsantropoloog en verbonden aan het Instituut voor Rechtssociologie en het Instituut voor Culturele Antropologie en Ontwikkelingsstudies van de Radboud Universiteit Nijmegen. Hij publiceerde over toegang tot grond en rechtspolitiek in Indonesië en doet momenteel onderzoek naar de positie en rol van civiele milities in dat land. Daarnaast doet hij onderzoek naar het voorkomen van op sharia gebaseerde geschillenbeslechting in Nederland.

Over de ‘gevoelskwaliteit’ van vijf specialistische gerechtelijke voorzieningen

Carla Klaassen

In de Memorie van Toelichting bij de vaststelling van de justitiebegroting voor 2001 merkte de minister op dat – voor een rechtstaat die samenhang wil bieden – ‘het belang van een onafhankelijke, kwalitatief hoogwaardige en organisatorisch goed ingerichte en toegeruste rechterlijke macht moeilijk kan worden overschat’. Tevens wordt hierin opgemerkt dat de rechterlijke macht meer zicht dient te krijgen op de wensen en klachten van ‘klanten’. Beide aspecten zijn door zowel het ministerie van Justitie als de Raad voor de rechtspraak opgepakt en uitgewerkt. Nadat een aantal jaren het zwaartepunt lag op de verkorting van de doorlooptijd en verhoging van de productiviteit en efficiency, staat de laatste jaren de kwaliteit van de rechtspraak en, hiermee samenhangend, de vraag naar de meest optimale inrichting van de rechtspraak, volop in de belangstelling. Dit betekent zeker niet dat bijvoorbeeld de aandacht voor de doorlooptijden is verslapt – dit is immers ook een kwaliteitselement –, maar wel dat er weer (meer) oog is voor de inhoudelijke kwaliteit van de rechtspraak. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de ‘missie van de Rechtspraak’ en in de ‘Agenda van de Rechtspraak’ waar specialisatie een prominent aandachtspunt vormt.

De samenleving en het recht zijn complexer geworden en de omgeving van de Rechtspraak heeft zich in hoge mate gespecialiseerd of is dat aan het doen. De Rechtspraak zal een specialistische behandeling dienen te geven aan die zaken die dat behoeven.

Het onderhavige onderzoek is een van de initiatieven van de Raad voor de rechtspraak om zich in dit verband te oriënteren op de wensen van rechtzoekenden, de ‘klanten’ van de rechtspraak. De klanten die in dit onderzoek centraal staan, zijn de zogenoemde ‘grote ondernemingen’.

De door de Raad geformuleerde onderzoeksopdracht komt in de kern neer op de vraag hoe een vijftal specialistische gerechtelijke voorzieningen ‘voor de beslechting van complexe (internationale) geschillen van het bedrijfsleven’ functioneren in de optiek van grote ondernemingen die daarmee ervaring hebben opgedaan, de advocaten die deze ondernemingen bedienen en andere bij zaken van dergelijke ondernemingen betrokken actoren (waaronder ook rechters werkzaam bij de betreffende voorzieningen). De te onderzoeken voorzieningen betreffen de natte kamer van de rechtbank Rotterdam, de IE-kamer van de rechtbank Den Haag, de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (OK), het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam en het

College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Onder grote ondernemingen zijn in dit verband verstaan bedrijven die voorkomen op de lijst van 500 grootste Nederlandse bedrijven van *FEM Business* dan wel Nederlandse vestigingen van grote internationaal opererende bedrijven (top 2000).

Dergelijk bedrijven bleken echter slechts in beperkte mate ‘klant’ van de diverse voorzieningen te zijn. Zeker gelet op het streven ons te richten op bedrijven met recente ervaring bij de diverse instanties en ons daarom zo veel als mogelijk te richten op zaken vanaf 2007, moesten grote ondernemingen in de hiervoor omschreven zin bij enkele instanties min of meer met een lantaarntje worden gezocht. Dit sprong in het bijzonder in het oog bij de Ondernemingskamer, die immers veelvuldig de media pleegt te halen vanwege haar bemoeienis met grote bedrijven als Ahold en ABN AMRO. Zaken van dergelijke bedrijven vormen echter een kleine minderheid van de zaken waarover de Ondernemingskamer zich dient te buigen. Bovendien hadden veel bedrijven slechts ervaring met één zaak.

Zaken betreffende grote ondernemingen halen veelal de publiciteit en kleuren daarmee het beeld van de rechtspraak naar buiten. In die zin kan men zeggen dat deze zaken in zekere zin de ‘proof of the pudding’ vormen voor de inhoudelijke kwaliteit.

Dit neemt niet weg dat de visie van grote ondernemingen op het functioneren van de diverse gerechtelijke voorzieningen van belang is. Onder andere omdat de zaken betreffende grote ondernemingen veelal de zaken zijn die de publiciteit halen en daarmee het beeld naar buiten toe kleuren – niet alleen bij de Ondernemingskamer – en ook omdat deze zaken vaak complex zijn, onder andere door hun omvang, hun juridische problematiek, maar ook vanwege de druk van de publiciteit en daarmee de publieke opinie. In die zin, zou men kunnen zeggen, vormen ze in zekere zin de ‘proof of the pudding’ voor de inhoudelijke kwaliteit. Verder zal vertrouwen in de rechterlijke macht de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsplaats voor grote ondernemingen verhogen, met alle positieve economische gevolgen van dien.

Een volgende opmerkelijke bevinding was dat de geselecteerde grote ondernemingen alsmede de advocaten die dergelijke ondernemingen bedienen en in veel gevallen op de een of andere manier betrokken waren bij de geselecteerde zaken, in het algemeen best bereid waren hun ervaringen te delen en mee te werken aan het onderzoek, maar vaak wel op basis van anonimiteit. De opnameapparatuur die tijdens de interviews werd gebruikt, werd regelmatig met grote

Over de 'gevoelskwaliteit' van vijf specialistische rechterlijke voorzieningen

argwaan bekeken en meer dan eens werden kritische noten pas geplaatst aan het einde van het gesprek, nadat de apparatuur was uitgezet. Al dan niet ten onrechte, was men blijkbaar bevreesd hiervoor te worden 'afgestraft' bij een volgend contact met de rechter. Overigens speelde dit ten aanzien van de ene voorziening meer dan bij de andere.

De insteek van ons onderzoek was oordelen over de kwaliteit boven water te krijgen en eventuele uit literatuur, maar vooral lectuur en 'borrelpraat', kenbare 'vooroordelen' te toetsen. Bijvoorbeeld het regelmatig te beluisteren geluid dat grote ondernemingen hun geschillen in de regel op andere wijze oplossen of beslechten dan via de overheidsrechter. Men zou kunnen denken dat dit een reden zou zijn voor het feit dat grote ondernemingen zo weinig zaken hebben bij de onderzochte specialistische voorzieningen. Dit bleek echter niet het geval te zijn, althans niet wat betreft de door ons benaderde ondernemingen en het soort zaken waarvoor de specialistische voorziening bestaat. Noch arbitrage, noch bindend advies of mediation bleken voor dit soort zaken in de praktijk daadwerkelijk een alternatief te vormen. Een ander 'vooordeel' dat het onderzoek ontzenuwt, is de gedachte dat het gras bij de buurman groener is en voorzieningen in het buitenland als beter worden beschouwd. Vooropgesteld zij dat de respondenten uit zowel het bedrijfsleven als de advocatuur in het algemeen slechts beperkte ervaring hadden met buitenlandse voorzieningen en de kennis hierover veelal berustte op 'horen zeggen'. Daar waar men echter wel min of meer rechtstreeks ervaring had opgedaan met buitenlandse voorzieningen, was deze ervaring niet zodanig dat men deze voorzieningen beter vond en vond dat Nederland daarvan kon leren. Omdat dit in den brede de respons was op de vraag naar buitenlandse ervaringen en voorbeelden, is in overleg met de Raad voor de rechtspraak hiernaar geen verder onderzoek gedaan. Kennelijk mogen wij ten aanzien van de onderzochte rechtspraakvoorzieningen ons Oranjegevoel oppoetsen en trots zijn.

Noch arbitrage, noch bindend advies of mediation bleken in de praktijk daadwerkelijk een alternatief te vormen. Ook de gedachte dat het gras bij de buurman groener is en voorzieningen in het buitenland als beter worden beschouwd, wordt ontzenuwd.

Een ander in het oog springend punt. Er wordt binnen de Rechtspraak – terecht – veel aandacht besteed aan de onpartijdigheid van rechters en het vermijden van iedere schijn van partijdigheid, bijvoorbeeld door het opstellen van de Leidraad onpartijdigheid – met richtlijnen voor onder andere nevenactiviteiten, de behandeling van zaken van bekenden et cetera – en de openbaarmaking van nevenfuncties van rechters op www.rechtspraak.nl. De Raad voor de rechtspraak

vermeldt de onpartijdigheid en integriteit van de rechter als een van de vier dimensies van kwaliteit (naast de bejegening van procespartijen, de juridisch inhoudelijke kwaliteit en de doorlooptijd). Het vertrouwen van de door ons geraadpleegde respondenten in dit element van kwaliteit was onverminderd groot, zó groot dat de onpartijdigheid van de rechter door vrijwel geen enkele respondent, die door middel van een open vraag werd verzocht aan te geven wat relevante elementen van kwalitatief goede rechtspraak werden gevonden, werd genoemd. Op de vervolgvraag waarom dit element niet was genoemd c.q. of dit dan geen belangrijk element werd gevonden, kwam vrijwel unaniem een reactie in de trant dat dit element uiteraard belangrijk was en in wezen het belangrijkste, maar onpartijdigheid tegelijkertijd als zo vanzelfsprekend aanwezig werd beschouwd dat dit geen item was.

Niet alleen wat betreft de onpartijdigheid, maar ook wat betreft de overige door de Raad voor de rechtspraak onderscheiden dimensies van kwaliteit overheerste in het algemeen tevredenheid. De vijf onderzochte specialistische voorzieningen functioneren naar het oordeel van grote ondernemingen en de daarbij betrokken actoren goed tot zeer goed. Dit betekent echter niet dat er niets te verbeteren valt. Zie de hoofdstukken betreffende de diverse voorzieningen voor de meningen over specifieke verbeterpunten (deel 2) en de vergelijkende hoofdstukken en het slothoofdstuk (deel 3) voor verbeter- of althans aandachtspunten die meer in het algemeen naar voren kwamen.

Het vertrouwen van de door ons geraadpleegde respondenten in de onpartijdigheid van de rechter – als een kwaliteitskenmerk – werd als zo vanzelfsprekend aanwezig beschouwd dat het geen item was.

Tot slot. Het onderhavige onderzoek kan worden gekwalificeerd als een kwalitatief gebruikersonderzoek. Het onderzoeksrapport is gebaseerd op uitgebreide interviews met medewerkers van tien grote ondernemingen per voorziening en actoren betrokken bij de beslechting van zaken van dergelijke ondernemingen over hun ervaringen en meningen over de betreffende vijf voorzieningen. Men zou de vraag kunnen opwerpen wat de waarde van een dergelijke rapportage is gezien het feit dat eigen ervaringen een controleerbare feitelijke fundering missen en gekleurd kunnen zijn door de rol die betrokkenen speelden in de desbetreffende situatie. Dit betekent echter niet dat deze uitkomsten niet van waarde zijn. Juist vanwege de objectieve weergave van deze ervaringen en meningen komt hieraan waarde toe wat betreft de beleving van grote ondernemingen. Dit geldt eens te meer nu het, zoals vermeld, gaat om de ervaringen van tien ondernemingen per voorziening en diverse bij hun zaken betrokken actoren, zo mogelijk afgewikkeld

Over de 'gevoelskwaliteit' van vijf specialistische rechterlijke voorzieningen

in de periode 2007-2008. Gelet op het beperkt aantal zaken van grote ondernemingen bij de onderzochte specialistische voorzieningen, betekent dit immers dat het gaat om ervaringen betreffende een belangrijk deel, en soms vrijwel het volledige aandeel van dergelijke zaken in de productie van een voorziening. Dit betekent immers, gelet op het beperkte aantal zaken van grote ondernemingen bij de onderzochte specialistische voorzieningen, dat het gaat om ervaringen betreffende een belangrijk deel, en soms vrijwel het volledige aandeel, van dergelijke zaken in de productie van een voorziening.

Het belang van de gerapporteerde meningen en ervaringen is, zo zou men kunnen zeggen, te vergelijken met het belang van de gevoelstemperatuur in het weerbericht. Niet de objectieve maar de beleefde temperatuur is het tenslotte waarmee het zeer nuttig is bij het aankleden rekening te houden.

Samenvatting

In opdracht van de Raad voor de rechtspraak is onderzoek verricht naar de ervaringen van grote ondernemingen met vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen. Het gaat om de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam, de IE-kamer van de rechtbank Den Haag, de natte kamer van de rechtbank Rotterdam, het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) en het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam.

Het onderzoek is een 'gebruikersonderzoek'. Het accent ligt op het gezichtspunt van grote ondernemingen die met genoemde voorzieningen concrete ervaring hebben. Daarnaast komt het perspectief van andere bij de procedures betrokken actoren (zoals advocaten en rechters) aan bod. Centrale vraag is in hoeverre de specialistische rechtspraakvoorzieningen door de daarbij betrokken actoren als adequaat worden beschouwd voor de beslechting van geschillen van grote bedrijven en, zo nee, welke verbeteringen wenselijk worden geoordeeld.

Met uitzondering van het CBB behandelen de onderzochte voorzieningen slechts een tamelijk gering aantal specialistische zaken (minder dan 200 per jaar). Geschillen van grote bedrijven vormen kwantitatief gezien een duidelijke minderheid van de zaken die aan de onderzochte voorzieningen worden voorgelegd.

Bij de vijf onderzochte voorzieningen is sprake van specialisatie door concentratie. De door ons geïnterviewde grote ondernemingen en

andere actoren die ervaring hebben met een van de vijf specialistische voorzieningen en deskundigen waren vrijwel unaniem van mening dat een specialistische voorziening wenselijk of zelfs noodzakelijk is voor de geschillen waarmee de vijf onderzochte voorzieningen zich bezighouden. Voor een inhoudelijk goede geschilafdoening is volgens de meeste respondenten en experts zowel juridische kennis als materiedeskundigheid gewenst. Daarbij werd opgemerkt dat de advocatuur die zich met dergelijke zaken bezighoudt eveneens gespecialiseerd is en de rechter hieraan gewaagd moet zijn. Het bij de rechtbanken gebruikelijke roulatiesysteem wordt gezien als belemmering; ingewerkte specialisten vertrekken en het stimuleert rechters niet om te investeren in specialisatie. Vrijwel alle respondenten en experts zijn van mening dat de vijf onderzochte specialistische voorzieningen kwalitatief goed zijn. Voor de grote ondernemingen betekent goede rechtspraak: een duidelijke, goed gemotiveerde uitspraak door een rechter die blijk geeft van kennis van zaken. Een van de grootste knelpunten wordt gevormd door de als te lang beoordeelde doorlooptijden. Bij vier van de vijf onderzochte instanties vindt men de doorlooptijden (soms) te lang; alleen over de IE-kamer is dit niet naar voren gebracht. Als suggesties ter verbetering is gewezen op een betere interne organisatie en op uitbreiding van het aantal rechters.

De Ondernemingskamer en het CBB zijn in bepaalde gevallen de enige feitelijke instantie.

Respondenten zien hierin soms wel nadelen, maar toch prefereren ze dit systeem boven het inlassen van een tweede feitelijke instantie, vooral vanwege de verkorting van de procedure door het ontbreken van een beroepsmogelijkheid.

Opmerkelijk is dat ADR (arbitrage, bindend advies en mediation) voor de door ons geraadpleegde ondernemingen en advocaten geen daadwerkelijk alternatief vormde voor de onderzochte specialistische voorzieningen.

Om diverse redenen werd een procedure bij deze gerechtelijke voorzieningen in het algemeen toch aantrekkelijker gevonden.

De ervaringen van grote ondernemingen met de door ons onderzochte rechtspraakvoorzieningen leiden tot het eindoordeel dat in deze zaken specialisatie loont.

Afkortingen

ACT	Associatie van Competitieve Telecomoperators
ADR	Alternative Dispute Resolution
AEX	Amsterdam Exchange Index
AG	Advocaat-generaal
AMX	Amsterdam Midkap Index
ARO	Actuele Rechtspraak Ondernemingspraktijk
Awb	Algemene wet bestuursrecht
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CMR	Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route (Verdrag betreffende de Overeenkomst tot Internationaal Vervoer van Goederen over de Weg)
COKZ	Centraal Orgaan voor Kwaliteitsaangelegenheden in de Zuivel
CRvB	Centrale Raad van Beroep
Ctgb	College voor toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden
DLNST	Dutch Legal Network for Shipping and Transport
DNB	De Nederlandsche Bank
DTe	Dienst uitvoering en toezicht Energie
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EHvJ	Europees Hof van Justitie
EMA	European Medicines Agency
EOB	Europees Octrooi besluit
EOV	Europees Octrooi verdrag
EPLA	European Patent Litigation Agreement
EPO	European Patent Office
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
EZ	(Ministerie van) Economische Zaken
FEM	Financieel Economisch Magazine
GOV	Gemeenschapsoctrooi verdrag
ICTRO	ICT-bedrijf Rechterlijke Organisatie
IE	Intellectuele eigendom
JOR	Jurisprudentie Onderneming en Recht
KvK	Kamer van Koophandel
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer

LVN	(Ministerie van) Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit
M&A	Mergers and acquisitions
MKB	Midden- en kleinbedrijf
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NK	Natte kamer
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
NZa	Nederlandse Zorgautoriteit
OHIM	Office for Harmonization in the Internal Market
OK	Ondernemingskamer
OPTA	Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
OR	Ondernemingsraad
OS	One-shotter
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PBO	Publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie
PSW	Pensioen- en spaarfondsenwet
Raio	Rechterlijk ambtenaar in opleiding
RP	Repeat player
Rvdr	Raad voor de rechtspraak
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Stb	Staatsblad
SER	Sociaal-Economische Raad
TAMARA	Transport and Maritime Arbitration Rotterdam Amsterdam
TAP	Telez, Atlantic Telecom & Pretium
TK	Tweede Kamer
TRIPS	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
UVP	Unieverdrag van Parijs
VEB	Vereniging van Effectenbezitters
VME	Vereniging voor Marktwerving en Energie
vv	voorlopige voorziening
VW	(Ministerie van) Verkeer en Waterstaat
WACC	Weighted average cost of capital
WEOR	Wet op de Europese Ondernemingsraden
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van Justitie
WOR	Wet op de Ondernemingsraden

Deel 1

Onderzoeksvragen en opzet van het onderzoek

Specialistische rechtspraak-voorzieningen onderzocht

Tetty Havinga, Alex Jettinghoff, Carla Klaassen
en Anita Böcker

1.1 Inleiding

1.1.1 Onderzoeksopdracht

In opdracht van de Raad voor de rechtspraak verrichtte een team van onderzoekers van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen een empirisch onderzoek naar de ervaringen van grote ondernemingen met vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen: de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam, de IE-kamer van de rechtbank Den Haag, de natte kamer van de rechtbank Rotterdam, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en het bestuursrechtelijk beroep in mededingings- en telecomunicatiezaken van de rechtbank Rotterdam.

Is specialisatie en concentratie van gerechtelijke voorzieningen voor de beoordeling van complexe geschillen van grote bedrijven wenselijk? Wat zijn de ervaringen van grote ondernemingen met gespecialiseerde gerechtelijke voorzieningen? Hoe waarderen grote bedrijven gespecialiseerde rechtspraak in Nederland, ook in vergelijking met buitenlandse gerechtelijke voorzieningen, mediation en arbitrage?

Hoe gaan grote ondernemingen om met geschillen en juridische procedures? Het onderzoek is te kenschetsen als een 'gebruikersonderzoek'. Het accent ligt op het gezichtspunt van grote ondernemingen die

met voornoemde voorzieningen concrete ervaring hebben. Dit ondernemingsperspectief wordt aangevuld met informatie afkomstig van andere bij de procedures betrokken actoren, zoals advocaten en rechters.

1.1.2 Aanleiding voor het onderzoek

De Raad voor de rechtspraak zag een tweeledige hoofddoelstelling van het voorgestelde onderzoek 'Kwaliteit specialistische rechtspraakvoorzieningen voor beslechting van complexe (internationale) geschillen van het bedrijfsleven'.¹ Enerzijds gaat het om het verkrijgen van een antwoord op de vraag of de huidige binnen de rechtspraak bestaande specialistische voorzieningen ten behoeve van complexe geschillen van grote bedrijven als adequaat beschouwd kunnen worden. Anderzijds en in het verlengde daarvan – namelijk voor zover deze voorzieningen als niet-adequaat worden beoordeeld – wil de Raad graag voorstellen voor naar het oordeel van de bedrijven wenselijke aanpassingen van specialistische gerechtelijke voorzieningen voor complexe geschillen. De Raad beoogt de resultaten van het onderzoek te gebruiken bij nadere besluitvorming over de eventuele herinrichting van het huidige stelsel van gerechtelijke voorzieningen.

De Raad voor de rechtspraak wil laten onderzoeken hoe de *rechtspraak* van de specialistische voorzieningen binnen de Nederlandse rechtspraak eruit ziet, welke *betekenis* het functioneren van de afzonderlijke voorzieningen

1 Startnotitie van de Raad voor de rechtspraak van 28 september 2007, project E07-08.

heeft voor de oplossing van geschillen tussen betrokken partijen en in hoeverre er vanuit het oogpunt van kwaliteit aanleiding is tot *aanpassingen* van de huidige voorzieningen. De achtergrond van deze thematiek wordt onder meer aangeduid door een verwijzing naar recent onderzoek waarin wordt betoogd dat een goed functionerende gerechtelijke infrastructuur de aantrekkelijkheid van het investeringsklimaat voor buitenlandse investeerders verhoogt.² Ook het toegenomen belang van geschillen van grote ondernemingen als gevolg van het toenemende handelsverkeer en de verdere europeanisering en internationalisering is aanleiding om het functioneren van de bestaande voorzieningen te onderzoeken en zo nodig te verbeteren.

1.2 Achtergronden specialistische rechtspraak bij geschillen grote ondernemingen

De juridische kwesties en geschillen waarmee grote ondernemingen tegenwoordig te maken hebben en hun belang voor deze ondernemingen, kunnen in verband worden gebracht met betrekkelijk recente politiek-economische ontwikkelingen die nationale beleidsmakers, grote bedrijven, bedrijfsjuristen, het hen bedienende deel van de advocatuur en de rechterlijke macht (en in het bijzonder de voornoemde specialistische voorzieningen) gezamenlijk voor problemen en uitdagingen hebben geplaatst. Het gaat om de volgende ontwikkelingen.

1.2.1 Economische dynamiek

In navolging van de Verenigde Staten is begin jaren '80 in een groot deel van West-Europa ten aanzien van de economische politiek de marktwerking sterk bevorderd. Staatsbedrijven en kartels moesten het veld ruimen voor privatisering en vrije mededinging. Daarnaast heeft sinds midden jaren '80 de internationale marktintegratie sterke impulsen gekregen door europeanisering ('interne markt' en de uitbreiding daarvan) en vooral ook door economische globalisering (na de 'val van de muur'). Er ontstonden nieuwe ondernemingen die zich een plaats trachtten te veroveren op de (gereguleerde) markten voor onder meer energievoorziening en telecommunicatie. Tevens zagen toonaangevende multinationale ondernemingen in de toenemende marktintegratie (en de toenemende concurrentie die daarvan het gevolg zou zijn) aanleiding om hun traditionele concernstrategie (de zogenoemde 'multidivisional form') aan te passen.³ Deze bedrijven waren voordien gegroeid door gebruik te maken van 'economies of scale' (massaproductie) en 'economies of scope' (productdiversiteit).⁴ Nu werd – om een sterke positie op de wereldmarkt te veroveren – ingezet op 'scale' door overname van concurrenten en het opzetten van vestigingen in nieuwe landen. De 'productscope' werd verminderd door verkoop van onvoldoende renderende divisies en toeleveranciers, mede ook ter financiering van de uitbreiding van de 'corebusiness'.⁵

2 Van Velthoven 2005.

3 Jones 2006.

4 Chandler 1997; Wilkins 1998.

5 Cf. Meyer 2006.

1.2.2 Juridische dienstverlening

De internationale economische dynamiek die deze keuzes teweegbrachten, betekende (ook in Nederland) werk aan de winkel voor de dienstverleners van het grote bedrijfsleven. Kijken we naar de juristen onder hen, dan zijn twee ontwikkelingen hier vooral van belang. In de eerste plaats zijn binnen grote bedrijven bedrijfsjuridische afdelingen (corporate legal departments) ontstaan.⁶ In deze bedrijfsjuridische afdelingen dragen bedrijfsjuristen zorg voor de juridische kwesties die voor deze bedrijven van vitaal belang zijn geworden. Het gaat om een diversiteit aan thema's als fusies en overnames (M&A), intellectuele eigendom (IE, waaronder patenten, merken), corporate governance (code Tabaksblat), productaansprakelijkheid, mededinging en effecten. In de tweede plaats is de kantooromvang in het segment van de advocatuur dat de grote bedrijven bedient (in enkele fusiegolven), gegroeid door de toename van de hoeveelheid werk op het terrein van dezelfde thema's. De bedrijfsjuridische afdelingen van grote ondernemingen doen bij voorkeur zaken met een beperkt aantal vaste advocatenkantoren (preferred suppliers), die elk voor speciale thema's worden ingehuurd. Hierbij horen tegenwoordig standaard ook kantoren van in Nederland gevestigde oorspronkelijk Britse en Amerikaanse 'global law firms', die sinds eind jaren 1990 een deel van het meest lucratieve marktsegment zijn komen opeisen.⁷ Na de periode van schaalvergroting hebben

advocaten die zich hadden gespecialiseerd op een aantal specifieke terreinen de grote kantoren deels verlaten en zijn zogenoemde nichekantoren ontstaan. Dit verschijnsel doet zich voor bij bijvoorbeeld telecommunicatie, intellectuele eigendom en natte zaken.

De specialisatie binnen de advocatuur uit zich niet alleen in de organisatie van de advocatenkantoren, maar ook in het ontstaan van specialistische vakverenigingen die soms – zoals Insolad⁸ – hun eigen opleiding en vakbekwaamheidseisen kennen. Specialistische advocaten hebben zich kortom duidelijk geprofessionaliseerd.

1.2.3 (De wenselijkheid van) rechterlijke specialisatie

De rechterlijke macht heeft niet op een vergelijkbare manier een ontwikkeling doorgemaakt naar verdergaande vormen van specialisatie en specialistische professionalisering. Bij de rechterlijke macht is generalisme nog altijd het uitgangspunt. Generalistische rechters ontmoeten in de rechtszaal toenemende mate gespecialiseerde advocaten. Het spanningsveld dat hiervan het gevolg is, vormt de aanleiding voor discussie binnen de Raad voor de rechtspraak en de rechterlijke macht over de vraag op welke rechtsgebieden en in welke vorm (verdere) rechterlijke specialisatie wenselijk is.⁹

In deze discussie wordt naar voren gebracht dat verdere concentratie en specialisatie kan bijdragen aan de kwaliteit van de afdoening

6 Voor de VS: Chayes & Chayes 1985 en Nelson & Nielsen 2000; voor Japan: Kitagawa & Nottage 2006; voor België: Van Houtte e.a. 1996; voor Nederland: Kat 2007.

7 De Groot-van Leeuwen 2008, p. 210-213.

8 Insolad is de vereniging van insolventierechtadvocaten (<http://www.insolad.nl>).

9 Zie bijvoorbeeld Hartendorp 2003 en Loth 2004. Hoofdstuk 9 gaat nader in op deze discussie.

van juridische of anderszins complexe zaken, de rechtseenheid, rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en doelmatigheid van de rechtspraak. Concentratie zou echter ten koste kunnen gaan van de toegankelijkheid en overzichtelijkheid van de rechtspraak en de rechtsontwikkeling. Als nadeel wordt ook genoemd de verkokering van het recht en de ontwikkeling van A- en B-rechtbanken. Volgens de discussienota is rechterlijke concentratie daarom alleen bij hoge uitzondering aangewezen, met name wanneer bij de afdoening van een beperkt aantal zaken behoefte bestaat aan specialistische kennis.¹⁰

In de rechtspraktijk van de specialistische rechtspraakvoorzieningen zullen de hiervoor geschetste ontwikkelingen zich op een of andere manier aandienen.

De specialistische voorzieningen zijn actief in praktijkvelden die een snelle ontwikkeling doormaken. De Ondernemingskamer is geconfronteerd met activistische aandeelhouders en hedge funds. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven en het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam hebben te maken met sterk in beweging zijnde geliberaliseerde markten, snel wijzigende wetgeving en 'nieuwe' bestuursorganen. De aard van de zaken bij de natte kamer van de rechtbank Rotterdam verandert, doordat de traditionele ladingsschade en aanvaringen minder voorkomen vanwege technische verbeteringen en omdat de van oorsprong Nederlandse scheepvaartmaatschappijen zoals Nedlloyd – ooit regelmatig partij bij de natte kamer –

zijn overgenomen door buitenlandse maatschappijen die bijvoorbeeld Londen in hun jurisdictieclausule hebben aangewezen als plaats voor geschilbeslechting. Deze ontwikkelingen in het praktijkveld kunnen voor de gerechtelijke voorzieningen leiden tot knelpunten zoals overbelasting/onderbelasting, problemen met het opbouwen en behouden van up-to-date hoog gespecialiseerde kennis of het ontstaan van een geïsoleerde rechtscultuur met gespecialiseerde normen die afwijken van de algemene normen.¹¹

Oordelen over de wenselijkheid en kwaliteit van deze specialistische gerechtelijke voorzieningen zijn soms onderwerp van politiek debat. Zo is op dit moment het enquêterecht, en daarmee de rol van de Ondernemingskamer, inzet geworden van een publiek debat naar aanleiding van een advies van de SER en is een wetsvoorstel voor herziening van het enquêterecht in voorbereiding. Tenslotte zijn deze specialistische voorzieningen werkzaam in praktijkvelden die voor grote bedrijven dermate van belang zijn, dat ze er in hun bedrijfsjuridische diensten hooggekwalificeerd personeel voor inzetten en ze ook het topsegment van de advocatuur veel lucratief werk bezorgen.

1.3 Verkenning centrale begrippen

Enkele begrippen die centraal staan in dit onderzoek naar de kwaliteit van specialistische rechtspraakvoorzieningen voor beslechting van complexe (internationale) geschillen van

10 Discussienota Concentratie van rechtspraak, van de schrijfgroep uit de presidentenvergadering, 10 oktober 2003, zoals aangehaald door Loth 2004, p. 53.

11 Schlössels 2006, p. 58-60 en De Groot-Van Leeuwen & Van Steenberghe 2006, p. 37-50.

het bedrijfsleven behoeven nadere omschrijving. Wat is een complex geschil? Over welk bedrijfsleven hebben we het? Wat zijn specialistische rechtspraakvoorzieningen? Wat is kwaliteit van rechtspraak?

1.3.1 Wat is een complex geschil?

In dit onderzoek gaat het over geschillen van grote ondernemingen die zijn voorgelegd aan een van de vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen die in dit onderzoek zijn betrokken. Daarbij gaat het om civielrechtelijke geschillen tussen bedrijven en andere bedrijven of aandeelhouders, of om bestuursrechtelijke geschillen tussen bedrijven en de overheid. Veel andere geschillen waarmee (grote) ondernemingen te maken kunnen krijgen blijven buiten beschouwing, zoals arbeidsgeschillen, consumentenzaken en gewone handelsgeschillen.

De Raad voor de rechtspraak gaat ervan uit dat de geschillen waarover de vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen moeten oordelen, complex van aard zijn. Wat maakt een geschil complex? Aspecten die bijdragen aan de complexiteit van een geschil zijn snel wijzigende bijzondere wetgeving, invloed van Europees en internationaal recht, grote financiële belangen, een groot aantal betrokken partijen en de benodigde kennis van specifieke handelspraktijken. De complexiteit van de geschillen is lastig te hanteren als afbakeningscriterium omdat complexiteit moeilijk te omschrijven is. In dit onderzoek is de mate van complexiteit

van het geschil niet gebruikt als afbakeningscriterium. Het onderzoek richt zich op alle geschillen van grote ondernemingen die zijn voorgelegd aan een van de vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen. Wat de inhoud van het geschil betreft, de vijf specialistische voorzieningen oordelen over vitale kwesties, zoals fusies en overnames, mededinging, octrooi en internationaal transport, waar internationaal opererende ondernemingen mee te maken hebben.

1.3.2 Grote (inter)nationale ondernemingen

Wanneer het gaat om rechtspraak in geschillen van grote (internationale) ondernemingen denken we bij grote ondernemingen niet aan de definitie van het CBS voor het grootbedrijf: ondernemingen met meer dan honderd man personeel. De gedachten gaan meer uit naar de grootste bedrijven in Nederland wat betreft omzet en aantal werknemers. Concreet betekent dit bedrijven die een AEX- of een Midkap-notering hebben op de aandelenbeurs of bedrijven die voorkomen op de lijst van vijfhonderd grootste Nederlandse bedrijven van *FEM Business*. Ook in Nederland actieve onderdelen van buitenlandse ondernemingen behoren tot de onderzoeksgroep. Al behoort het in Nederland actieve onderdeel van een grote internationaal opererende onderneming niet tot de vijfhonderd grootste Nederlandse bedrijven, het lijkt wel zinvol zo'n bedrijf op te nemen in het onderzoek. Daarom hebben we een lijst van internationaal groot-

ste ondernemingen toegevoegd aan de lijst van grootste Nederlandse bedrijven.¹² Op voorhand is duidelijk dat bij enkele van de specialistische gerechtelijke voorzieningen die in dit onderzoek zijn betrokken slechts een beperkt aantal echt grote ondernemingen procedeert. Dit speelt bijvoorbeeld bij de natte kamer en de IE-kamer. Concentratie van het onderzoek op de ervaringen van grote ondernemingen heeft als consequentie dat de bevindingen niet gegeneraliseerd kunnen worden naar alle procespartijen die ervaring hebben met de betreffende gerechtelijke voorzieningen.

1.3.3 Specialistische rechtspraakvoorzieningen

Onder rechterlijke specialisatie wordt in dit onderzoek verstaan dat bepaalde rechters zich in het bijzonder toeleggen op een specifieke categorie zaken. Specialisatie is op diverse manieren mogelijk, bijvoorbeeld door het inrichten van aparte kamers binnen gerechten, het inzetten van gespecialiseerde rechterplaatsvervangers of beëindiging van de verplichte roulatie tussen de sectoren binnen een rechtbank.

Concentratie van een specifieke categorie zaken bij één of een beperkt aantal gerechten is een bijzondere vorm van specialisatie. Ook concentratie is op verschillende manieren

mogelijk. Van wettelijke concentratie is sprake indien de wet bij uitsluiting een gerecht aanwijst als bevoegde rechter voor een specifieke categorie van zaken. De wetgever kiest hier steeds vaker voor. Feitelijke concentratie doet zich voor bij bepaalde categorieën civiele zaken, doordat de vestigingsplaats van de gedaagden zich binnen één arrondissement bevindt. Concentratie kan ook zijn gebaseerd op afspraken tussen de gerechten. Deze laatste – door de Raad voor de rechtspraak voorgestane – vorm van concentratie komt tot nu toe weinig voor.¹³

De vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen in dit onderzoek zijn niet alleen gespecialiseerd (dat wil zeggen dat ze zich toeleggen op een specifiek onderdeel van het recht), ze zijn ook geconcentreerd: er bestaat geen tweede vergelijkbare gerechtelijke voorziening in Nederland. Drie instanties oordelen over bepaalde civiele zaken, terwijl de andere twee bestuursrechtelijk van aard zijn.

Vier van de vijf voorzieningen zijn ontstaan door de toekenning, bij wet, van exclusieve competenties. Het CBb werd in 1955 als apart rechterlijk college ingesteld. De Ondernemingskamer is een bijzondere kamer van het gerechtshof Amsterdam. De IE-kamer en de mededingingskamer maken deel uit van respectievelijk de rechtbank Den Haag en de rechtbank Rotterdam. De vijfde rechtspraakvoorziening in ons onderzoek, de natte kamer

12 Zie bijlage 1 voor de lijst van 2622 'grote bedrijven' die in dit onderzoek is gebruikt en voor informatie over de gevolgde werkwijze. De lijst is gebaseerd op www.fembusiness.nl. Op deze lijst staan 'de belangrijkste Nederlandse bedrijven'. Niet opgenomen zijn buitenlandse concerns en financiële houdstermaatschappijen die zich om fiscale redenen in Nederland hebben gevestigd en beleggingsmaatschappijen, participatiemaatschappijen en private equity firma's. De Nederlandse lijst is aangevuld met de grootste internationale ondernemingen op basis van lijsten van Fortune en Forbes.

13 Hartendorp 2003.

van de rechtbank Rotterdam, is door feitelijke concentratie ontstaan: Rotterdam was (en is) de vestigingsplaats van het merendeel van de gedaagden in natte handelszaken. In enkele wetten op het gebied van het natte recht is vervolgens ook een exclusieve bevoegdheid aan de rechtbank Rotterdam toegekend. Twee van de vijf voorzieningen (CBb en Ondernemingskamer) behandelen uitsluitend bijzondere competentiezaken. De overige voorzieningen (natte kamer, mededingingskamer en IE-kamer) behandelen ook zaken die buiten hun specialisme of exclusieve competenties vallen.

Het onderzoek omvat slechts vijf van de specialistische voorzieningen die de Nederlandse rechtspraak kent. Veel vormen van specialisatie vallen buiten het bestek van dit onderzoek. Sommige van die rechters hebben niet of nauwelijks te maken met geschillen van grote ondernemingen, denk aan kinderrechters, vreemdelingenrechters of de penitentiare en militaire kamers. Andere gespecialiseerde rechters zullen soms wel van doen krijgen met grote ondernemingen, zoals de economische strafkamer of de belastingkamer.¹⁴

1.3.4 Kwaliteit van rechtspraak

De Raad voor de rechtspraak wil kort gezegd graag weten hoe goed de specialistische Nederlandse rechter het doet in de ogen van grote ondernemingen. Deze vraag heeft betrekking op de kwaliteit van rechtspraak. Welke eisen stellen grote ondernemingen aan

kwalitatief goede rechtspraak? Voldoen de vijf gespecialiseerde gerechtelijke voorzieningen hieraan? Welke wensen en suggesties voor verbetering hebben grote ondernemingen? Wat is kwaliteit wanneer het gaat over rechtspraak? Dit is een lastig te beantwoorden vraag. In dit onderzoek hebben we de kwaliteit van rechtspraak op twee manieren onderzocht. Allereerst onderzoeken we wat de respondenten verstaan onder kwalitatief goede rechtspraak. Er wordt nagegaan welke eisen ondernemingen en deskundigen stellen aan een voorziening voor geschilbeslechting. Vervolgens wordt nagegaan of de huidige voorziening aan deze eisen voldoet, welke knelpunten worden ervaren en welke verbeteringen de betrokken actoren gewenst achten. Het gaat hierbij om het oordeel over de specialistische voorzieningen die in dit onderzoek zijn opgenomen en om de vraag in hoeverre en waarom ondernemingen en deskundigen nieuwe specialistische rechtspraakvoorzieningen gewenst achten. Daarnaast hebben we aansluiting gezocht bij wat de Raad voor de rechtspraak verstaat onder kwaliteit van rechtspraak. Er worden vier dimensies van kwaliteit van rechtspreken onderscheiden, namelijk de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de behandeling en van de uitspraak, onpartijdigheid en integriteit van rechters, de bejegening van partijen ter zitting en de doorlooptijden van de behandelde zaken.¹⁵ De juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de rechterlijke behandeling en van de uitspraak betreft bijvoorbeeld de juridische

14 Voorbeelden van specialisatie op strafrechtelijk terrein zijn de economische strafkamers van de rechtbank Rotterdam en de rechtbank Amsterdam of hoger beroep in het kader van de Wet Economische Delicten bij het gerechtshof Den Haag (Doorenbos & Jurgens 2006).

15 Raad voor de rechtspraak 2006a.

deskundigheid van de rechters, een goede motivering van de uitspraak en gedegen feitenonderzoek. Onpartijdigheid en integriteit van rechters betekent dat de uitspraak voor de zitting nog niet vaststaat, dat rechters onbevooroordeeld over een zaak oordelen en dat rechters geen banden met een van de partijen of belangen bij de uitspraak hebben. De bejegening van partijen ter zitting omvat het bieden van ruimte aan partijen om hun verhaal te vertellen, 'echt' luisteren naar de standpunten van partijen en uitleg over hoe de rechter tot een beslissing komt. Ten slotte wordt een efficiënte afhandeling van zaken, en dan in het bijzonder een niet te lange duur van de procedure, gezien als onderdeel van de kwaliteit van rechtspraak.

1.4 Twee benaderingen

De ervaringen van grote ondernemingen met rechtspraakvoorzieningen kunnen op twee verschillende manieren worden onderzocht. In een 'bottom-up'-benadering wordt uitgegaan van alle situaties die zich kunnen ontwikkelen tot geschil en kunnen leiden tot een gang naar de rechter. Dan wordt onderzocht hoe die situaties zich ontwikkelen, welke situaties leiden tot een geschil en welke geschillen uitmonden in een juridische procedure. Een dergelijke aanpak maakt het mogelijk na te gaan welke situaties uiteindelijk bij de rechter terechtkomen en biedt inzicht in de alternatieve manieren waarop een situatie zich kan ontwikkelen en de factoren die daarop van

invloed zijn. Deze onderzoeksstrategie is bijvoorbeeld toegepast in de geschilbeslechtingdelta en in het klassieke onderzoek van Miller en Sarat.¹⁶ Ook in het onderzoek naar mkb-bedrijven dat gelijktijdig met ons onderzoek werd uitgevoerd door het WODC is voor deze benadering gekozen.¹⁷

Voor ons onderzoek kleven er twee nadelen aan een dergelijke 'bottom-up'-benadering. Uit rechtssociologische onderzoeken blijkt keer op keer dat slechts een zeer beperkt deel van de geschillen die aan de rechter zouden kunnen worden voorgelegd ook daadwerkelijk leiden tot een juridische procedure. Dit wordt wel beeldend omschreven als de juridische ijsberg of geschillenpiramide. Deze bevinding is uitgebreid gedocumenteerd voor potentieel juridische problemen van individuele burgers of gezinnen.¹⁸ Ook bedrijven lossen problematische situaties in de meeste gevallen op zonder een beroep te doen op de rechter.¹⁹ Een onderzoeksstrategie die uitgaat van alle klachten of problemen is dus inefficiënt wanneer het erom gaat ervaringen met rechtspraak te onderzoeken.

Bij een 'bottom-up'-benadering ligt het accent op de verschillende manieren om te reageren op problematische situaties, de achtergronden daarvoor en de gevolgen daarvan. Het accent in dit onderzoek ligt echter op ervaringen van ondernemingen met de rechtspraak. Daarvoor is het niet *per se* nodig door te dringen tot de embryonale fase van geschillen.

Daar komt bij dat het onderzoek betrekking heeft op een vijftal zeer specialistische recht-

16 Van Velthoven & Ter Voert 2004; Miller & Sarat 1980-1981.

17 Croes & Maas (nog te verschijnen).

18 Miller & Sarat 1980-1981; Kidder 1980-1981; Böcker 1991; Delanoeije, Van Loon & Wouters 1992; Jettinghoff 1992; Genn 1999; Van Velthoven & Ter Voert 2004.

19 Rooks & Sniijders 2004; Jettinghoff 2001, 2003.

spraakvoorzieningen. Bij grote ondernemingen zijn de ervaringen met deze vijf specialistische instanties verspreid over meerdere personen of afdelingen. Concluderend lijkt de kans groot dat een 'bottom-up'-onderzoeksstrategie zou leiden tot informatie over slechts een relatief klein aantal ervaringen met de vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen en het risico dat over één of enkele voorzieningen geen ervaringen in het onderzoek terecht zouden komen.

In dit onderzoek hebben we daarom gekozen voor een 'top-down'-benadering. We gaan uit van geschillen die aan de vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen zijn voorgelegd. Op deze wijze wordt gewaarborgd dat over elk van de vijf gerechtelijke voorzieningen voldoende ervaringen in het onderzoek zijn betrokken.

Bij bedrijven die partij waren bij een geschil dat aan een van de voorzieningen is voorgelegd, proberen we te reconstrueren wat de voorgeschiedenis van het geschil is en te inventariseren met welke andere soort geschillen het bedrijf te maken krijgt. Het onderzoek geeft slechts gedeeltelijk zicht op afhandeling van geschillen op een andere manier dan via de specialistische rechter.

1.5 De onderzoeksvragen

Op basis van het voorgaande formuleren we de volgende onderzoeksvragen over de rechtspraktijk van gespecialiseerde rechtspraakvoorzieningen, de betekenis van deze specia-

listische voorzieningen voor de oplossing van geschillen van grote ondernemingen en over de beoordeling van de voorzieningen.

1.5.1 De rechtspraktijk van de voorzieningen

1. Hoe ziet de rechtspraktijk van de specialistische voorzieningen eruit wat betreft productie (aantallen zaken) en het aandeel van grote bedrijven hierin?

Het doel is hier tweeledig. Allereerst is een kwantitatief overzicht van zaken bij de gekozen 'top-down'-benadering een belangrijke stap in de selectie van de te benaderen bedrijven.

Voorts gaat het om het verkrijgen van een beschrijving op basis van bestaande gegevens van hetgeen er in de specialistische voorzieningen omgaat. Deze beschrijving kan dienen als context voor de interpretatie van de resultaten van het empirische onderzoek onder bedrijven en als achtergrond voor de vraag hoe het functioneren van de specialistische voorziening wordt beoordeeld.

Het beeld van de rechtspraktijk zal worden opgebouwd uit verschillende elementen. We gaan uit van de gegevens die beschikbaar zijn op basis van de registratiesystemen van de specialistische voorzieningen. Deze data zullen worden aangevuld met gegevens uit schriftelijke bronnen en interviews met medewerkers van de specialistische voorzieningen.

1.5.2 De relatieve betekenis van de specialistische voorzieningen voor de oplossing van geschillen van grote ondernemingen

2. Wat is de omvang en de aard van de (complexe) geschillen waarmee de betrokken bedrijven zijn geconfronteerd?

Uit onderzoek is over de aard van de juridische problemen en geschillen van burgers meer bekend dan over die van het midden- en kleinbedrijf.²⁰ Naar de omvang en de aard van geschillen van grote ondernemingen is nog weinig onderzoek gedaan. Het type geschillen dat hier wordt beoogd, zal niet massaal voorkomen. Er is niet veel bekend over de werkvelden van de bedrijfsjuridische afdelingen.²¹ Beantwoording van deze vraag biedt informatie over geschillen waarmee ondernemingen worden geconfronteerd. Het gaat er vooral om te bekijken in hoeverre het geschil bij de specialistische voorziening uitzonderlijk is.

3. Welke routines of strategieën hebben grote ondernemingen op grond van welke overwegingen gekozen ter beslechting van de gerezen geschillen en tot welke resultaten heeft dit geleid?

Bedrijven zijn doorgaans geen grote voorstanders van gerechtelijke procedures. In commercieel opzicht is het slecht voor duurzame relaties, het is ook niet productief en niet goed voor de reputatie.²² Dat zijn overwegingen om andere wijzen van geschiloplossing dan een procedure bij de overheidsrechter te prefereren

en om daarbij te kiezen voor mediation boven arbitrage of bindend advies. Anderzijds zijn bedrijven niet bang gerechtelijke stappen te ondernemen als er zich vitale problemen aandienen of er geen andere keuze is. Het eerste doet zich meestal voor wanneer de concurrentie over de schreef gaat, zoals bij een inbreuk op het octrooirecht. Het laatste is meestal het geval als de overheid de opponent is.

Grote ondernemingen zijn repeat players bij uitstek en het valt te verwachten dat zij op grond van dergelijke preferenties met een zekere planmatigheid opereren.²³ Naast de vraag naar het bestaan en de inhoud van deze routines of strategieën zijn er vanuit rechts-sociologische optiek nog enkele andere kwesties interessant.

Het is eveneens interessant om na te gaan waarop procederen (als het gebeurt) is gericht. Gaat het om de individuele kwestie of vormen gerechtelijke stappen een onderdeel van een campagne tegen een concurrent of gericht op het verkrijgen van gewenste jurisprudentie?

4. Welke methoden hanteren grote bedrijven om geschillen en gerechtelijke procedures te voorkomen?

In het bedrijfsleven is 'monitoring' van bedrijfsprocessen tegenwoordig aan de orde van de dag. De prestaties van de leveranciers, het betalingsgedrag van de afnemers en het ziekteverzuim van de werknemers worden routinematig gecontroleerd en zo nodig gecorrigeerd. Voeren de bedrijfsjuridische

20 Zie voor het MKB: Jettinghoff 2001. Nieuwe gegevens in het nog te verschijnen rapport van Croes & Maas.

21 Niet erg systematisch is Kat 2007. Erg algemeen zijn Kitagawa & Nottage 2006, p. 47.

22 Rooks & Snijders 2004; Jettinghoff 2001, 2003.

23 Locus classicus voor de begrippen one-shotter en repeat player en hun kwaliteiten is Galanter (1973).

afdelingen ook dergelijke acties uit ten aanzien van geschillen en de daarop genomen acties?²⁴ Men kan enerzijds denken aan 'feedback' richting het bedrijf/management over contractuele bepalingen, selectie van leveranciers en klanten, het bijstellen van routines van geschilbehandeling en dergelijke. Mogelijk worden ook advocaten (als leveranciers van juridische diensten) daaraan onderworpen. Anderzijds kan worden gedacht aan acties gericht op het veranderen van de omgeving, zoals het oprichten van specifieke ADR-instellingen of lobbycampagnes gericht op nationale en/of internationale politieke besluitvormers.

1.5.3 De beoordeling en aanpassing van de voorzieningen

5. Wordt specialisatie en concentratie ter zake van de geschillen waarover de specialistische gerechtelijke voorziening oordeelt wenselijk geacht?

Aan rechterlijke specialisatie en concentratie wordt een aantal voordelen toegeschreven zoals verbetering van de kwaliteit en de efficiëntie van de rechtspraak. Er worden echter ook nadelen van specialisatie en concentratie gesignaleerd zoals te sterke betrokkenheid, grote invloed van enkele rechters op de rechtspraak op een bepaald terrein en minder goede toegankelijkheid. Welke voor- en nadelen van specialisatie en van concentratie worden in de praktijk ervaren door grote bedrijven en door andere betrokkenen?

Nagegaan zal worden of grote bedrijven en deskundigen beoordeling door een gespecialiseerde rechter nuttig of noodzakelijk achten. Tevens wordt aandacht besteed aan de vraag over welke specifieke deskundigheid of vaardigheid rechters volgens de betrokkenen moeten beschikken om goed over dit soort geschillen te kunnen oordelen.

6. Wat is het oordeel van bedrijven en deskundigen (advocaten, rechters en academici) over het functioneren van de specialistische gerechtelijke voorzieningen?

Er is nagegaan welke eisen ondernemingen en deskundigen zelf formuleren voor kwalitatief goede specialistische rechtspraak. Daarnaast is aan de respondenten een viertal criteria voorgelegd die als kwaliteitseisen voor rechtspraak zijn geformuleerd. Respondenten van ondernemingen is gevraagd hoe belangrijk zij deze vier dimensies vinden voor de kwaliteit van rechtspraak en hoe zij het functioneren van de specialistische voorziening op deze vier dimensies beoordelen. Zijn respondenten tevreden over de waargenomen deskundigheid van de voorziening, over de motivering van de uitspraak, over de begrijpelijkheid van de beslissing en over de rechtseenheid (indien ze vaker met vergelijkbare geschillen te maken hebben)? Hoe oordelen de respondenten over de onpartijdigheid en integriteit van de rechter, over de bejegening ter zitting en over de duur van de procedure?

24 Jettinghoff 2003.

7. Hoe presteren de Nederlandse specialistische gerechtelijke voorzieningen voor de beslechting van geschillen van het bedrijfsleven volgens de respondenten in vergelijking met reguliere voorzieningen in Nederland, in vergelijking met vergelijkbare voorzieningen in het buitenland en in vergelijking met andere vormen van geschilbeslechting of -oplossing (ADR)?

Het is in het kader van het onderhavige onderzoek niet mogelijk om systematisch de vijf voorzieningen te vergelijken met andere gerechtelijke voorzieningen in Nederland, met vergelijkbare gerechtelijke voorzieningen in het buitenland en met buitengerechtelijke voorzieningen. Voor elke voorziening zou dit afzonderlijk een onderzoek vergen waarbij voor één voorziening vaak al voor meerdere soorten geschillen andere vergelijkingen relevant zouden kunnen zijn. Zo zijn bijvoorbeeld Frankrijk en de Amerikaanse deelstaat Delaware mogelijk interessant voor het enquêterecht van de Ondernemingskamer, terwijl het 'Take-over Panel' in het Verenigd Koninkrijk relevante vergelijkingsmogelijkheden biedt wanneer wordt gekeken naar de discussie over toezicht op de gang van zaken rondom overnames van ondernemingen. Slechts weinig respondenten bleken ervaring te hebben met gerechtelijke voorzieningen in het buitenland en uit het onderzoek komt geen buitenlandse instantie naar voren als 'goed voorbeeld' voor de Nederlandse specialistische rechtspraakvoorzieningen. De vergelijking met buitenlandse gerechtelijke voorzieningen is

dan ook beperkt gebleven. In het hoofdstuk over de natte kamer wordt aandacht besteed aan de ervaringen van enkele respondenten met rechtspraak en arbitrage in Londen.

Een vergelijking met reguliere Nederlandse voorzieningen en met buitenlandse of buitengerechtelijke voorzieningen is bovendien vaak het vergelijken van appels met peren. De vijf specialistische gerechtelijke voorzieningen zijn immers uniek in Nederland. Ondernemingen en advocaten hebben doorgaans wel ervaring met andere gerechtelijke of buitengerechtelijke voorzieningen, maar dan gaat het om een ander soort procedures. In dit onderzoek is geïnventariseerd in hoeverre door ondernemingen en deskundigen een bepaalde voorziening als goed voorbeeld wordt genoemd. Tevens is nagegaan of respondenten van oordeel zijn dat de Nederlandse specialistische voorziening op bepaalde aspecten beter of minder goed functioneert dan alternatieve voorzieningen.

8. Geven de oordelen van ondernemingen en deskundigen en de prestaties van de specialistische gerechtelijke voorzieningen aanleiding tot wijzigingen en in welke opzichten?

Op basis van de gegevens die het onderzoek naar aanleiding van de voorgaande drie vragen oplevert is een inventarisatie gemaakt van wijzigingsvoorstellen met daarbij een indicatie van de wijze waarop de wijzigingen vorm zou kunnen worden gegeven.

1.6 Opbouw van dit boek

Dit boek bestaat uit drie delen. Het eerste deel bevat twee hoofdstukken. Na dit inleidende hoofdstuk waarin de onderzoeksvragen zijn gepresenteerd, komt in hoofdstuk 2 de opzet van het onderzoek aan de orde.

Deel twee bestaat uit vijf hoofdstukken over de vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen waarop dit onderzoek betrekking heeft: de natte kamer van de rechtbank Rotterdam (hoofdstuk 3), de IE-kamer van de rechtbank Den Haag (hoofdstuk 4), de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (hoofdstuk 5), het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam (hoofdstuk 6) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hoofdstuk 7). Deze hoofdstukken schetsen een portret van de gerechtelijke voorziening. Er wordt aandacht besteed aan ontstaan en bedoeling van de voorziening, aan beschikbare kwantitatieve gegevens en aan de ervaringen van grote ondernemingen met de voorziening. Speciale aandacht gaat uit naar het gedrag van grote ondernemingen bij geschillen, naar de opvattingen over specialisatie en concentratie en naar de opvattingen over de kwaliteit van de gerechtelijke voorziening. Elk hoofdstuk wordt afgesloten met een overzicht van naar voren gekomen knelpunten en suggesties voor verbetering. De vijf hoofdstukken zijn afzonderlijk te lezen, zodat de lezer die uitsluitend geïnteresseerd is in een van de vijf voorzieningen zich kan beperken tot het lezen van dat hoofdstuk. Er wordt gebruikgemaakt van citaten uit

de interviews ter illustratie van de bevindingen. De lezer die liever een bondige tekst leest kan desgewenst de citaten overslaan.

Deel drie is vergelijkend en concluderend van karakter. Per onderzoeksvraag worden de bevindingen van het onderzoek bij de vijf voorzieningen vergeleken. Wat zijn de overeenkomsten en wat zijn de verschillen met betrekking tot het procedeedrag van grote ondernemingen (hoofdstuk 8), de opvattingen over specialisatie en concentratie van rechtspraak (hoofdstuk 9) en de kwaliteit van rechtspraak (hoofdstuk 10)? In het slothoofdstuk (11) worden de onderzoeksvragen samenvattend beantwoord en wordt een eindconclusie getrokken.

De opzet en uitvoering van het onderzoek

*Tetty Havinga, Alex Jettinghoff, Carla Klaassen
en Anita Böcker*

2.1 Opzet onderzoek

Het onderzoek omvat drie clusters van vragen die elk een specifieke methode en benadering vragen. Het betreft een empirisch onderzoek waarin is samengewerkt tussen rechtssociologen en gespecialiseerde juristen. Er is informatie verzameld via literatuurstudie, registratiegegevens, interviews en expertmeetings. Deze vier onderzoeksmethoden worden in het navolgende uitgewerkt. Vervolgens wordt ingegaan op de analyse en verslaglegging.

2.2 Bestudering van literatuur en documenten

Het onderzoek behelst beknopte bestudering van sociaalwetenschappelijke en juridische literatuur die relevant is voor de onderzoeksvragen. Het betreft Nederlandse en buitenlandse sociaalwetenschappelijke literatuur met betrekking tot enerzijds specialisatie en concentratie van rechtspraakvoorzieningen en anderzijds geschillen van (grote) ondernemingen. Deze literatuurstudie is gericht op empirische bevindingen en op theoretische ideeën en concepten die gebruikt kunnen worden bij de nadere invulling van het empirische onderzoek en bij de interpretatie van de onderzoeksgegevens.

Daarnaast is op beperkte schaal juridische literatuur bestudeerd die betrekking heeft op

de specialistische rechtsgebieden met het oog op het signaleren van mogelijke knelpunten en de formulering van aanbevelingen.

In het onderzoek is tevens gebruikgemaakt van informatie uit bestaande schriftelijke en digitale documenten, zoals jaarverslagen, uitspraken van de specialistische rechtspraakvoorzieningen, klanttevredenheidsonderzoek en informatie over de gerechten. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om informatie over het aantal rechters, het aantal rechtbankmedewerkers en op welke wijze de voorziening beschikt over specifieke deskundigheid (jaren ervaring, specifieke kennis en opleiding, leken- of beroepsrechters e.d.) en wat wordt gedaan om specialistische deskundigheid te verkrijgen en te behouden (minder roulatie, deskundige plaatsvervangers, scholing, specialistische medewerkers). Een enkele keer zijn documenten gebruikt om aanvullende informatie te verkrijgen over juridische procedures of het beleid van een onderneming.

Op basis van de eerste onderzoeksbevindingen is bekeken of er aanleiding was om gericht informatie te zoeken over het functioneren van enkele specialistische gerechtelijke voorzieningen in het buitenland of buitengerechtelijke voorzieningen. Er is hiervoor onvoldoende aanleiding, omdat slechts weinig respondenten ervaring hadden met een buitenlandse instantie en geen instantie naar voren kwam als belangrijk vergelijkingspunt.

2.3 Registratiegegevens van de gerechtelijke organisatie

Om een beschrijving te kunnen geven van de rechtspraktijk van de vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen (onderzoeksvraag 1), is op basis van beschikbare registratiegegevens nagegaan hoeveel zaken de instantie behandelt, wat bekend is over de aard van deze zaken en de daarbij betrokken procespartijen, de kosten die met de behandeling zijn gemoeid, de doorlooptijden en de afloop van de procedure.

Op basis van databestanden van de gerechtelijke organisatie zijn gegevens verzameld over in de jaren 2002 tot en met 2007 afgehandelde zaken. Bij voorkeur hadden we per afgehandelde zaak gegevens willen hebben over de aard van de zaak (wetsartikel, onderwerp geschil), soort procedure (kort geding, bodemprocedure, voorlopige voorziening), de omvang van het financiële belang dat in het geding is, de betrokken procespartijen (naam bedrijf, bedrijfstak, omzet, aantal werknemers, eiser of gedaagde), naam procesvertegenwoordiger/advocaat, het procesverloop (datum begin en eind procedure, inzet mediation) en de afloop van de procedure (uitspraak, toekenning of afwijzing, sanctie, voorziening). Helaas bleek slechts een deel van deze gegevens voorhanden. Van de IE-kamer, de natte kamer en mededingingszaken en telecomunicatiezaken van de rechtbank Rotterdam zijn via de Raad voor de rechtspraak gegevens over afgehandelde zaken

verkregen. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft zelf registratiegegevens verstrekt. Deze databestanden bevatten geen informatie over wat voor soort onderneming het betreft. Deze vier gerechtelijke voorzieningen hebben op ons verzoek namen van procespartijen verstrekt. Op basis daarvan hebben wij informatie toegevoegd over de aard van de procespartij (betreft het een bedrijf of niet; is het een grote onderneming d.w.z. komt het bedrijf voor op onze lijst; betreft het een buitenlandse onderneming).²⁵ Van de Ondernemingskamer was geen databestand met registratiegegevens op zaaksniveau beschikbaar. Op basis van het onderzoek van Cools c.s. (2009), aangevuld met informatie uit de jaarverslagen van de Ondernemingskamer en het tijdschrift van de Ondernemingskamer ARO, zijn toch enige kwantitatieve gegevens verkregen over de rechtspraktijk van de Ondernemingskamer.

Voor elk van de vier specialistische gerechtelijke voorzieningen waarvan data beschikbaar waren, zijn de gegevens over afgehandelde zaken geconverteerd en geïntegreerd in één databestand. Deze gegevens zijn geanalyseerd met het oog op het volgende:

- een kwantitatieve beschrijving van procedures bij de specialistische gerechtelijke voorziening (hoeveel zaken, hoeveel grote bedrijven, kenmerken zaken, afloop procedures e.d.) als achtergrondinformatie;
- plaatsen van de bedrijven in ons onderzoek (interviews) tegen deze algemene achtergrond. Zo blijkt bij alle vijf gerechtelijke

25 Zie bijlage 2 voor een overzicht van de ons ter beschikking staande kwantitatieve gegevens per voorziening.

voorzieningen het aandeel van 'grote ondernemingen' tamelijk gering, het varieert van 6% van de procedures bij het CBb tot 30% van de procedures bij het Rotterdamse mededingingsteam;

- (indien mogelijk) nagaan op welke punten procedures van grote bedrijven verschillen van die van kleine bedrijven;
- vergelijking tussen de vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen onderling, zowel met het oog op overeenkomsten als verschillen wat betreft aantal zaken en aandeel van grote ondernemingen;
- in een aantal gevallen is nagegaan in hoeverre beweringen van respondenten overeenstemmen met de kwantitatieve informatie.

2.4 Interviews

De kern van het onderzoek wordt gevormd door de vraag naar de ervaringen van grote ondernemingen met de specialistische rechtspraakvoorzieningen en de waardering daarvan (onderzoeksvragen 2 t/m 6). Het antwoord op deze vragen wordt voor een belangrijk deel verkregen op basis van interviews met grote ondernemingen die partij waren bij een procedure bij een van de vijf specialistische voorzieningen. Aanvullend zijn interviews gehouden met andere bij deze procedures betrokken actoren, zoals gespecialiseerde advocaten, de wederpartij of belangengroep en met actoren van de specialistische gerechtelijke voorzieningen.

2.4.1 Grote ondernemingen die ervaring hebben met een specialistische gerechtelijke voorziening

Per voorziening zijn circa tien grote ondernemingen geselecteerd die betrokken waren bij één of meer afgesloten procedures. We hebben overwogen om uitsluitend ondernemingen te onderzoeken die zelf een geschil bij een specialistische voorziening aanhangig hebben gemaakt (vanwege de vraag naar de motivatie voor de keuze voor deze instantie). Dit leek bij nader inzien geen goed uitgangspunt, omdat zaken bij bijvoorbeeld de Ondernemingskamer doorgaans niet door een onderneming geëntameerd worden. Bij een bestuursrechtelijke procedure kan een onderneming ook als derde belanghebbende betrokken zijn.

Procedures die zijn gevoerd bij de specialistische voorzieningen zijn als uitgangspunt gekozen voor het onderzoek. Hierdoor is gewaarborgd dat over elk van deze voorzieningen voldoende informatie beschikbaar komt. Wanneer zou zijn gekozen voor een steekproef van grote ondernemingen, zou het onderzoek over sommige voorzieningen waarschijnlijk geen of onvoldoende informatie bieden omdat de ondernemingen in de steekproef geen ervaring hebben met die voorziening.

Consequentie van de gekozen opzet is dat ondernemingen die (bijna) nooit de gang naar de specialistische rechter maken misschien buiten beeld blijven. Dit is niet van belang

voor de hoofdvraag van het onderzoek: de ervaringen van grote ondernemingen met de specialistische rechtspraak. Het is echter wel van belang voor de vraag naar wat grote ondernemingen doen ter vermindering van juridische procedures en welke afwegingen worden gemaakt voordat een zaak aan de rechter wordt voorgelegd. De gekozen onderzoeksopzet is niet afgestemd op het onderzoeken van een geschillendelta van grote ondernemingen.

Ondanks de genoemde nadelen geeft het onderzoek wel informatie over bedrijven die trachten juridische procedures te vermijden. Een deel van de grote ondernemingen in ons onderzoek nam niet zelf het initiatief om het geschil aan de specialistische voorziening voor te leggen (een andere partij nam hiertoe het initiatief). Bovendien is in de interviews aandacht besteed aan andere geschillen van de onderzochte ondernemingen waarbij soms wel maar soms ook niet een beroep is gedaan op de specialistische rechter. Er zijn eveneens enkele 'wederpartijen' benaderd; dit kunnen grote ondernemingen zijn die zelf geen zaak aanhangig hebben gemaakt. Ten slotte is nagegaan hoeveel ondernemingen uit de top 75 van Nederlandse bedrijven niet betrokken zijn geweest bij een procedure bij een van de vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen. Vier van deze bedrijven zijn benaderd voor een interview. Helaas is slechts in één geval een interview tot stand gekomen.

Per voorziening zijn minimaal tien ondernemingen geïnterviewd. De bedrijven zijn geselecteerd op basis van gegevens van de rechtspraakvoorziening, bij enkele instanties aangevuld op basis van gepubliceerde rechtspraak (www.rechtspraak.nl en ARO). Bij de keuze van ondernemingen is gestreefd naar ondernemingen met recente ervaring met de instantie (bij voorkeur in 2007 of later) en het verkrijgen van zoveel mogelijk variatie binnen het onderzoek (wat betreft bedrijfssector, aard van het geschil, beursgenoteerd of niet, Nederlandse onderneming of onderdeel van een buitenlands concern e.d.).

Er is in 54 interviews gesproken met 58 medewerkers van 47 verschillende grote ondernemingen. Zes bedrijven werden tweemaal (of driemaal) geïnterviewd, meestal betrof het medewerkers van verschillende bedrijfsafdelingen die ervaring hadden met een andere specialistische rechter. Elf interviews hebben betrekking op ervaringen met zowel het CBb als de rechtbank Rotterdam inzake telecommunicatie en mededinging.²⁶

De meeste benaderde grote ondernemingen waren meteen bereid een afspraak voor een interview te maken. 21 benaderde ondernemingen hebben niet aan het onderzoek meegewerkt. Soms betrof het een expliciete weigering, in andere gevallen werd de onderzoeker aan het lijntje gehouden of lukte het bij herhaling niet de juiste persoon te spreken te krijgen. De redenen die bedrijven geven om niet mee te werken, zijn vaak heel begrijpelijk: tijdgebrek, de medewerker die de betreffende

26 Zie bijlage 3 voor een overzicht van de gerealiseerde en geweigerde interviews per voorziening.

procedure heeft behandeld is vertrokken, het bedrijf heeft weinig ervaring met dit soort procedures, de zaak is nog onder de rechter (in hoger beroep of cassatie). Een enkele keer werd gezegd dat het bedrijf nooit meewerkt aan een onderzoek of er geen voordeel in ziet. De interviews zijn in het algemeen uitgevoerd in de periode april 2008 tot februari 2009 door een van de onderzoekers. De gesprekken vonden plaats aan de hand van een interview-agenda (semigestructureerde interviews). We hebben gevraagd naar die medewerker binnen de onderneming die betrokken was bij de procedure bij de specialistische rechtspraakvoorziening of die meer in het algemeen ervaring heeft met de specialistische rechtspraakvoorziening. Soms was dit het hoofd of een medewerker van een bedrijfsjuridische afdeling, soms een directeur of een andere medewerker. De interviewvragen hadden betrekking op de gang van zaken en ervaringen met de specialistische rechtspraakvoorziening in één of enkele specifieke zaken en op het algemene beleid en de ervaringen en opvattingen binnen de onderneming met betrekking tot preventie van geschillen, geschilbeslechting en de kwaliteit van geschilbeslechtingsvoorzieningen. De informatie uit de interviews is voornamelijk kwalitatief geanalyseerd. Dit neemt niet weg dat is gestreefd naar kwantificering daar waar dit mogelijk en zinvol is.

2.4.2 Rechters en andere actoren van de specialistische gerechtelijke voorzieningen

Een onderzoek naar de ervaringen met specialistische gerechtelijke voorzieningen is niet compleet wanneer daarin niet ook het perspectief van degenen die de gerechtelijke voorziening bemensen wordt betrokken. We hebben in totaal vijftien medewerkers werkzaam bij de vijf onderzochte rechterlijke instanties geïnterviewd. Er is voor elke instantie gesproken met de voorzitter van de betreffende voorziening en met ten minste één andere rechter of rechter-plaatsvervanger. Bij de Ondernemingskamer zijn ook raden en onderzoekers geïnterviewd.

De interviews hadden betrekking op de mening van de betrokkenen over het functioneren van de specialistische voorziening, eventuele knelpunten en mogelijke oplossingen voor die knelpunten. Ook is aandacht besteed aan wat wordt gedaan om specialistische deskundigheid te verkrijgen en te behouden. Ten slotte is gesproken over de opvattingen van betrokkenen over de wenselijkheid van specialisatie en concentratie en de voor rechters benodigde specifieke deskundigheid. Aan het eind van de onderzoeksperiode zijn de bevindingen uit de interviews en expertmeetings voorgelegd aan de onderzochte gerechtelijke instanties. Bij vier instanties is naar aanleiding hiervan nogmaals een gesprek gevoerd met de voorzitter van de betreffende

voorziening, één keer is volstaan met een schriftelijke reactie.²⁷

2.4.3 Andere actoren met ervaring met de bestudeerde instanties

Bij elke instantie is een aantal andere actoren geïnterviewd met naar verwachting relevante ervaringen. Welke actoren dit zijn verschilt per instantie. We hebben gezocht naar personen van wie we verwachtten dat ze een andere visie zouden hebben of veel aanvullende informatie zouden kunnen verstrekken.

Er zijn interviews tot stand gekomen met zeventien gespecialiseerde advocaten, met vijf leden van de rechterlijke macht werkzaam op aanverwante gebieden dan wel bij hogere instanties, met vier onderzoekers van de Ondernemingskamer, met medewerkers van drie bestuursorganen, drie belangenorganisaties, drie brancheorganisaties, twee andere juridisch deskundigen, een mediationorganisatie en een archiefmedewerker.²⁸ Ook hier gaat het om semigestructureerde interviews over de gang van zaken bij één of meer specifieke geschillen en over de mening van de betrokkenen over het functioneren van de specialistische voorziening, eventuele knelpunten en mogelijke oplossingen voor die knelpunten.

2.5 Expertmeetings

Voor het evaluatieve gedeelte van het onderzoek (onderzoeksvragen 5 t/m 8) wordt

gebruikgemaakt van de resultaten van de interviews met grote ondernemingen, met advocaten, met rechters en de kwantitatieve beschrijving van de rechtspraktijk van de specialistische voorzieningen. Ter voorbereiding van de expertmeetings zijn de voorlopige bevindingen besproken met enkele materiedeskundige wetenschappers. Op basis van de bevindingen is per specialistische voorziening een notitie opgesteld met voorlopige conclusies en suggesties voor aanpassingen. Deze notities vormden het uitgangspunt voor een expertmeeting per voorziening. Voor deze expertmeetings zijn gespecialiseerde advocaten, bedrijfsjuristen, andere ervaringsdeskundigen en rechtswetenschappers uitgenodigd.²⁹ Aanvankelijk was het de bedoeling ook rechters van de onderzochte gerechtelijke instanties uit te nodigen voor de expertmeeting. Bij nader inzien leek dit toch minder verstandig. Enerzijds leek hun aanwezigheid sommige andere deelnemers te zullen beperken in hun bijdrage aan de beraadslaging. Anderzijds zou een rechter in een lastige situatie verzeild kunnen raken wanneer er kritiek wordt geformuleerd op het gerecht. Om die reden zijn de 'vaste' rechters van de vijf gerechtelijke voorzieningen niet uitgenodigd deel te nemen aan de expertmeetings. Wel is een aantal personen uitgenodigd die als rechter-plaatsvervanger aan de gerechten verbonden zijn (geweest) vanuit de veronderstelling dat rechter-plaatsvervangers goed op de hoogte zijn van de gang van zaken bij het gerecht, zonder daarmee te veel vereenzelvigd te worden. De

27 Deze gesprekken zijn niet opgenomen in de tabel met gerealiseerde interviews in bijlage 3.

28 Zie voor nadere informatie het overzicht van de interviews in bijlage 3.

29 Zie bijlage 4 voor nadere informatie over de expertmeetings.

rechters van de betreffende instanties hebben de gelegenheid gekregen hun mening naar voren te brengen naar aanleiding van de ten behoeve van de expertmeeting geschreven notities en het van de expertmeeting gemaakte verslag.

Er hebben 82 deskundigen deelgenomen aan een expertmeeting. Lag bij de interviews het accent op interviews met grote bedrijven, bij de expertmeeting lag het accent vooral op de inbreng van gespecialiseerde advocaten. Bij de meeste expertmeetings waren gespecialiseerde advocaten dan ook sterk vertegenwoordigd.

2.6 Verslaglegging en analyse

De vijf in dit onderzoek betrokken voorzieningen verschillen sterk van elkaar. Om die reden is gekozen voor een analyse per voorziening. De interviews zijn per voorziening kwalitatief geanalyseerd aan de hand van de onderzoeksvragen. In de analyse is nagegaan in hoeverre de ervaringen of meningen van de respondenten met elkaar overeenkomen om een algemeen beeld te kunnen schetsen. Daarnaast is aandacht besteed aan de variatie tussen respondenten; daarbij is nagegaan in hoeverre die variatie samenhangt met bepaalde kenmerken van de respondenten (bedrijf of advocaat, bedrijfstak, soort zaak e.d.). De informatie uit de expertmeeting is toegevoegd aan de bevindingen op basis van de interviews. Vervolgens zijn de bevindingen van de vijf instanties met elkaar vergeleken

met betrekking tot de hoofdvragen van het onderzoek.

Bij de verslaglegging is de informatie verkregen via de interviews en de expertmeetings anoniem verwerkt. Dat wil zeggen dat geen namen van personen en bedrijven worden vermeld en dat herkenbaarheid zoveel mogelijk is vermeden. Sommige respondenten hadden geen bezwaar tegen vermelding van hun medewerking aan het onderzoek. Andere respondenten hechtten daarentegen erg veel waarde aan anonimiteit en wilden ook niet dat bekend werd dat zij aan het onderzoek hadden meegewerkt. Vandaar dat we slechts in algemene termen vermelden welke bedrijven zijn geïnterviewd. Bedrijven waren hiervoor vooral beducht wanneer ze te maken hadden gehad met de Ondernemingskamer, de IE-kamer of met een bestuurlijke boete. Ook een aantal advocaten, met name in het ondernemingsrecht, vond anonimiteit van groot belang.

Het belang dat werd gehecht aan vertrouwelijkheid kan invloed hebben gehad op de tijdens de expertmeetings verstrekte informatie. Tijdens de expertmeetings zijn immers tien of twintig anderen aanwezig die kennisnemen van alles wat wordt gezegd. Deelnemers zullen hiermee rekening hebben gehouden bij wat ze naar voren brachten. Dit is een nadeel in vergelijking met een interview. Voordeel is echter dat de deelnemers op elkaar kunnen reageren en soms met elkaar in discussie gaan; dit leidde in een aantal gevallen tot een consensus over waar de knelpunten liggen of

over de richting waarin een oplossing gezocht zou kunnen worden. Geen van de deelnemers aan de expertmeetings had bezwaar tegen vermelding van zijn of haar aanwezigheid.

Een aantal respondenten, zowel bedrijven, advocaten als rechters, was terughoudend om te spreken over een specifieke zaak, bijvoorbeeld omdat nog een hoger beroep liep, omdat de zaak zeer gevoelig ligt of omdat men bang is dat informatie terecht zou kunnen komen bij concurrenten of andere belanghebbenden.

Deel 2

Vijf specialistische voorzieningen

De natte kamer van de rechtbank Rotterdam

Laurens Bakker

3.1 Inleiding

3.1.1 Ontstaan speciale rechtspraak-voorziening

De ligging van Rotterdam, tussen zee en rivieren, maakte dat de stad reeds in de middeleeuwen een handelsfunctie en overslaghaven had. De ontwikkeling van de huidige prominentie van de haven begon echter pas in de tweede helft van de negentiende eeuw, toen met de aanleg van de Nieuwe Waterweg een rechtstreekse verbinding met de zee tot stand kwam. De handel maakte de Rotterdamse overslaghaven van internationaal belang en leidde in korte tijd tot een snelle uitbreiding van het gebied met steeds nieuwe en grotere havens. Vanaf de jaren 1920 kwam hier de vestiging van petrochemische industrie met een eigen haven bij, en vanaf de jaren 1960 extensieve containerterminals. Het belang van de haven en de bijbehorende activiteiten voor de ontwikkeling van Rotterdam was groot. De vestiging en activiteiten van handelsfirma's, reders, stuwadoors en verzekeraars leidden tot een specialistische economie en werkgelegenheid, maar ook tot specifieke juridische behoeften. Ladingschades, scheepsongelukken en handelsgeschillen alsmede het vaak internationale karakter ervan vergen specifieke juridische kennis, vaak aangeduid als het natte recht.

Dit natte recht is een specialisme dat diverse rechtsgebieden beslaat – zeerecht, vervoersrecht, verzekeringsrecht, verdragsrecht, maar ook aspecten van andere rechtsgebieden – en vooral in de grote havensteden tot ontwikkeling is gekomen. Naast de rechtbank Rotterdam beschikken de rechtbanken in Amsterdam, Dordrecht, Middelburg en Groningen over rechters met kennis van het rechtsgebied. De rechtbank Rotterdam beschikt echter over de grootste groep gespecialiseerde rechters. Hier zijn de ontwikkeling van de haven en die van het natte juridische specialisme nauw met elkaar verbonden, een link die ook bij de rechtbank terug te vinden is. Gedurende een groot deel van de twintigste eeuw vormden ladingschades, aanvaringszaken en – vanwege de in vergelijking tot andere landen soepele Nederlandse wetgeving aangaande beslaglegging – ook scheepsbeslagen een prominent deel van de bij de rechtbank aangebrachte handelszaken. Technische verbeteringen hebben hier wel verandering in gebracht. Schepen werden uitgerust met radar, waardoor het aantal aanvaringen verminderde. De opkomst van de container – stevige, uniforme, stalen dozen – bracht het aantal ladingschades flink terug.

Hoewel de Rotterdamse rechtbank in enkele wetten als de bevoegde juridische instantie is aangewezen, heeft de Rotterdamse natte kamer geen officieel erkende specialistische status.³⁰ Het betreft een kleine groep rechters die als team officieel handelszaken in de brede zin des woords onder hun hoede

30 Ingevolge artikel 642a Rv is de rechtbank Rotterdam bevoegd inzake vorderingen op in het buitenland te boek gestelde schepen. De Wet Aansprakelijkheid Olietankschepen geeft de rechtbank Rotterdam exclusieve bevoegdheid. De Akte van Mannheim wijst de Rotterdamse rechtbank aan als een van de drie Nederlandse Rijnvaartgerechten, rechtbanken bevoegd Rijnvaartzaken zoals gedefinieerd in de Akte te behandelen.

hebben en voorheen ook wel bekendstonden als de 'maandagkamer' omdat ze op maandag zitting hielden. Zoals hieronder naar voren zal komen, overlappen veel zaken verschillende rechtsgebieden – een zaak waarin zowel bouwrecht, milieurecht als contractrecht aan de orde zijn, is bijvoorbeeld zeker denkbaar. Er is een divers scala aan bedrijven dat behoefte heeft aan dergelijke specialistische behandeling van zijn geschillen. Reders en cargadoors komen er traditioneel terecht met hun geschillen over ladingschades en complexe internationale contracten. Scheepsbouwers en hun klanten treffen hier rechters die uit de voeten kunnen met de bouwtechnische details van een schip, en marine en transportverzekeraars kunnen er hun claims voorleggen.

De Rotterdamse balie weerspiegelt deze behoefte. Evenredig aan de ontwikkeling van de haven heeft zich binnen de Rotterdamse balie een gespecialiseerde natte advocatuur ontwikkeld. In de jaren 1960 en 1970 hadden de meeste grote kantoren in Rotterdam dergelijke natte advocaten in huis, vaak zelfs als partner. In de daaropvolgende jaren is dit teruggelopen, omdat de fusie- en overnamepraktijk partners inkomsten oplegde die in de natte advocatuur niet te verwezenlijken waren, waarna natte advocaten eigen nichekantoren openden of naar kleinere kantoren vertrokken. Hoewel sommige grote kantoren nog steeds natte specialisten in dienst hebben, bevindt de natte balie zich vooral in kleine en middelgrote kantoren met een relatief gespeciali-

seerd karakter. Niet alleen in de rechtbank, ook in de advocatuur is het natte recht dus een afdeling apart. Een groot gedeelte van de natte advocatuur is gevestigd in Rotterdam en omstreken, een kleiner deel in Amsterdam, en ook in havensteden als Middelburg en Delfzijl zijn wel natte advocaten te vinden. Daarbuiten zijn natte advocaten, evenals natte rechters, een schaarse verschijning.

Het is dan ook niet zo dat specialistische natte zaken per se bij de Rotterdamse natte kamer of bij natte rechters elders terechtkomen. Anders dan bij de andere rechtspraakvoorzieningen in dit onderzoek is er regelmatig geen verplichting of zelfs geen mogelijkheid om een natte zaak aan deze specialistische rechtspraakvoorziening voor te leggen. Of bedrijven dit als een probleem ervaren komt verderop in dit hoofdstuk aan de orde.

3.1.2 Wat zijn natte zaken?

Omdat er geen sprake is van een eenduidig en helder afgebakend rechtsgebied, hebben we zowel rechters als andere gespecialiseerde juristen gevraagd om ons een definitie en omschrijving van hun specialisme te geven. Een ruime werkdefinitie van een natte zaak zou kunnen zijn: 'een zaak aangaande scheepsvaart en/of vervoer waar specialistische kennis voor nodig is', waarbij landvervoer een steeds prominenter rol krijgt. Een opsomming van onderwerpen is verhelderend (zie overzicht 1). De volgende kenmerken werden ons gegeven door een rechter van de

Overzicht 1. Natte zaken

In *eigenlijke zin* verstaat men onder natte zaken geschillen in verband met zee- en binnenvaartschepen en vervoer over zee en binnenwateren (globaal Boek 8 BW en verwante internationale regelingen):

- goederenvervoer per schip, ladingschades, vrachtbetaling, schade aan schip door lading, legitimatievragen (wie kan wie aanspreken) en internationaal privaatrecht zaken;
- bevrachtingen, tot stand komen vervoersovereenkomsten, afrekening, overliggeld;
- aanvaring in ruime zin (inclusief allerlei ongevallen aan boord of bij een schip);
- averij-grosse;
- hulpverlening;
- sleep- en duwvaart;
- scheepshypotheek, scheepsbeslag, inschrijvingen in scheepsregister;
- rangregelingen, verdeling executieopbrengst na verkoop schip;
- beperkingprocedures, de 'globale' beperking van aansprakelijkheid van reders;
- bevoegdheidsgeschillen in verband met natte zaken;
- gecombineerd vervoer (deels over water, deels op andere wijze);
- personenvervoer.

In *ruime zin* vallen hier ook andere geschillen onder die verband houden met de scheepvaart en met de haven:

- leveranties aan schepen;
- reparatiewerkzaamheden aan schepen;
- scheepsbouw;
- stuwadoorswerkzaamheden, schade bij laden en lossen, zeevastzetten;
- expeditie, bemiddeling in verband met scheepvaart en vervoer;
- scheepsagentuur, tussenpersonen;
- bewaarneming en opslag;
- controleurwerkzaamheden en certificaten;
- verzekeringen in verband met schepen (vooral transport, casco en WA);
- douane (werkzaamheden douane-expediteur, documenten);
- verkoop van schepen;
- milieuschade;
- scheepsfinanciering.

Rotterdamse natte kamer en zijn door ons aan andere specialisten voorgelegd. Voor sommigen van hen – vooral gespecialiseerde advocaten – is het terrein in de dagelijkse praktijk kleiner, maar men kon zich zeer goed in de omschrijving vinden en had geen toevoegingen.

3.1.3 Organisatie rechtspraakvoorziening

De rechtbank Rotterdam heeft geen team dat officieel in natte zaken gespecialiseerd is. In de praktijk bestaat er echter wel een kleine groep van experts die over deze specialistische kennis beschikken. Deze groep is grotendeels ondergebracht in team 1 van de twee handelsteams van de rechtbank. Handelsteam 1 houdt zich bezig met zaken van ondernemingen; het betreft naast natte zaken ook veel ander transport. In dit team zitten tussen de zeven en tien rechters, waarvan er vier gespecialiseerd zijn in de natte materie. Samen vormen zij de Rotterdamse natte kamer. Een van deze vier rechters behandelt al twintig jaar natte zaken; deze zeer gespecialiseerde rechter vormt de spil van het team. Een andere rechter is sinds 2002 werkzaam in het team en was voorheen zeerechtadvocaat, waardoor ook hij over een uitgebreide kennis en ervaring beschikt. De andere twee natte rechters werken korter in het team. Daarnaast beschikt team 1 over twee secretarissen die ook helpen bij het maken van de vonnissen. Scheepvaartzaken vormen meer dan de helft van het werk van handelsteam 1. Evenzo

komen natte zaken ook bij andere, niet-gespecialiseerde rechters terecht indien het om natte zaken in de brede zin des woords gaat. Niet iedere vervoerszaak die door handelsteam 1 behandeld wordt, betreft scheepsvervoer – vervoer is vaak ‘droog’ – en niet iedere zaak waar een schip een rol in speelt – volgens de definitie ‘nat’ – vereist de kennis van schepen en internationale verdragen van gespecialiseerde rechters. Natte zaken kan men dus bij verschillende afdelingen van de rechtbank treffen; zowel bij handelsteam 1 als bij rechters die gespecialiseerd zijn in verzekeringen, milieu, onroerend goed, letselschade of onrechtmatige daad. Ook een kort geding kan een natte zaak betreffen. ‘Natte rechters en advocaten,’ stelde een advocaat, ‘komen de wal op.’ Het gebied van vervoersrecht, ladingschade en handelscontracten is ook op het land van steeds groter belang geworden. Het specialistische natte gebied is dus landinwaarts sterk uitgebreid.

3.1.4 Procesgang

In het verlengde van het feit dat de natte kamer ‘slechts’ een kamer vormt van de civiele sector van de rechtbank Rotterdam, gelden voor procedures die door de natte kamer worden behandeld in principe³¹ geen bijzondere processuele regels, maar verlopen deze aan de hand van de ‘gewone’ regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het gaat als regel om dagvaardingsprocedures, met het daarvoor gebruikelijke stramien van

31 Dit kan anders zijn indien er sprake is van een zogenoemde Rijnvaartzaak, waarop de Akte van Mannheim van toepassing is. Zie hierover Haak & De Savornin Lohman 2009.

dagvaarding, conclusie van antwoord, een comparitie na antwoord en de geclausuleerde mogelijkheden van re- en dupliek en pleidooi. Evenmin gelden er bijzonderheden ten aanzien van de bewijsvoering.

3.2 De rechtspraktijk van de natte kamer in cijfers

3.2.1 Aantal zaken

Volgens de door de Raad voor de rechtspraak verstrekte gegevens heeft de Rotterdamse natte kamer in de jaren 2002-2007 780 procedures afgedaan. Hierbij valt echter aan te tekenen dat aangezien de natte kamer geen 'officiële' gespecialiseerde instantie is, er geen aparte cijfers van worden bijgehouden. Over het aantal natte kort geding-zaken zijn geen cijfers beschikbaar.

Tabel 1. Procedures door de natte kamer afgedaan, naar jaar van afdoening

Jaar	Aantal procedures
2002	132
2003	109
2004	122
2005	189
2006	111
2007	117
Totaal	780

Veruit het grootste deel van de procedures betreft goederenvervoer (58%), op afstand gevolgd door zeerecht (19%) en vervoersrecht algemeen (15%). Ook bij de laatste twee categorieën gaat het veelal om geschillen over het vervoer van grote partijen goederen.

Tabel 2. Procedures door de natte kamer afgedaan, naar aard van het geschil

	Aantal procedures	Percentage
goederenvervoer	449	58%
zeerecht	149	19%
vervoersrecht algemeen	113	15%
binnenvaartrecht	48	6%
overige verkeersmiddelen en vervoer	16	2%
wegvervoersrecht	3	-
personenvervoer	2	-
Totaal	780	100%

3.2.2 Partijen

In de hierna gepresenteerde gegevens over partijen kunnen we geen onderscheid maken tussen eisers en gedaagden. De ons beschikbare gegevens betroffen steeds alle partijen die bij een procedure betrokken waren; ze gaven geen inzicht in de partijconstellatie.

Bij meer dan de helft (57%) van de procedures die de natte kamer behandelt, zijn meer dan twee partijen betrokken. Het gemiddeld aantal partijen per procedure is 4,1. Bij zaken die zeerecht betreffen is het aantal partijen wat hoger (gemiddeld 4,7); bij zaken die algemeen vervoersrecht betreffen zijn wat minder partijen betrokken (gemiddeld 3,4). Bij 5% van de procedures zijn tien of meer partijen betrokken. Uitschieter was een zaak met 89 partijen. Uit deze cijfers valt op te maken dat veel zaken die door de natte kamer behandeld worden complexe of in ieder geval diverse belangen betreffen.

Tabel 3. Procedures door de natte kamer afgedaan, naar aantal partijen

	Aantal procedures	Percentage
2 partijen	338	43%
3 partijen	154	20%
4-5 partijen	168	22%
6-9 partijen	80	10%
10 of meer partijen	40	5%
Totaal	780	100%

De partijen bij de natte kamer zijn voornamelijk bedrijven. In 91% van de gevallen bestaan de partijen uitsluitend uit rechtspersonen (voornamelijk vennootschappen en andere bedrijfsvormen). Slechts bij 9% van de procedures zijn één of meer natuurlijke personen als partij

betrokken. Onder de bedrijven die bij de natte kamer procederen zijn veel verzekeringsmaatschappijen. Bij 29% van alle procedures is ten minste één verzekeraar betrokken. Soms (8% van alle procedures) gaat het om meerdere verzekeraars. Uitschieter vormde een zaak waarbij in totaal 49 verzekeraars betrokken waren.

Tabel 4. Procedures door de natte kamer afgedaan, naar betrokkenheid grote bedrijven

	Aantal procedures	Percentage
geen groot bedrijf betrokken	580	74%
1 groot bedrijf betrokken	118	15%
2 grote bedrijven betrokken	44	6%
3 of meer grote bedrijven betrokken	38	5%
Totaal	780	100%

Grote bedrijven vormen een minderheid van de partijen bij de natte kamer. Bij een kwart van de procedures die in de onderzochte periode werden afgedaan, waren één of meer grote ondernemingen betrokken (200 van de 780).³² Het ging om in totaal 186 verschillende grote bedrijven, waaronder 22 verzekeraars. Tabel 5 laat zien dat bij bijna 60% van de procedures één of meer buitenlandse bedrijven betrokken waren. Bij procedures betreffende het zeerecht waren zelfs in ruim driekwart van de gevallen buitenlandse bedrijven betrokken.

32 Dat wil zeggen: bedrijven (inclusief verzekeringsmaatschappijen) die voorkomen op de door ons ten behoeve van dit onderzoek samengestelde lijst van grote bedrijven. Zie bijlage 1.

Ook bij deze buitenlandse bedrijven blijkt het veelal om verzekeraars te gaan.

Daarnaast valt op dat de partijen die bij de natte kamer procederen vaak repeat players zijn. Bij 74% van de procedures is ten minste één partij met meer dan één zaak in de onderzochte periode betrokken. Bij 38% van de procedures zijn twee of meer repeat players betrokken.

Tabel 5. Procedures door de natte kamer afgedaan, naar betrokkenheid buitenlandse of internationale bedrijven

	Aantal	Percentage
procedures		
geen buitenlandse of internationale partijen betrokken	319	41%
1 buitenlandse of internationale partij betrokken	237	30%
2 buitenlandse of internationale partijen betrokken	111	14%
3 buitenlandse of internationale partijen betrokken	50	6%
4-9 buitenlandse of internationale partijen betrokken	58	7%
10 of meer buitenlandse of internationale partijen betrokken	5	1%
Totaal	780	100%

Tabel 6. Procedures door de natte kamer afgedaan, naar betrokkenheid repeat players

	Aantal	Percentage
procedures		
geen repeat player betrokken	200	26%
1 repeat player betrokken	290	37%
2 repeat players betrokken	168	22%
3 repeat players betrokken	54	7%
4-9 repeat players betrokken	55	7%
10 of meer repeat players betrokken	13	2%
Totaal	780	100%

Onder de in totaal 294 repeat players zijn er ruim tachtig die in de onderzochte periode bij vier tot tien procedures bij de natte kamer betrokken waren; elf repeat players waren bij meer dan tien procedures betrokken. Deze laatste repeat players waren bijna allemaal verzekeringsmaatschappijen. Ook onder de repeat players met kleinere aantallen zaken waren veel verzekeraars.

3.2.3 Belang

Het financiële belang van zaken bij de natte kamer is niet altijd groot. In één op de acht gevallen procedeert men over bedragen onder de 10.000 euro. Anderzijds gaat het in een kwart van de gevallen over bedragen boven de 100.000 euro. Het gemiddelde belang bedraagt bijna 270.000 euro. Dat is

aanzienlijk hoger dan het gemiddelde in alle door de civiele sectoren van de rechtbanken afgedane handelszaken.³³ Grote ondernemingen blijken niet om gemiddeld grotere bedragen te procederen dan minder grote bedrijven. De aard van het geschil blijkt wel verschil te maken. In procedures betreffende het zeerecht bedroeg het gemiddelde belang meer dan 600.000 euro.

Tabel 7. Procedures door de natte kamer afgedaan, naar omvang van het financiële belang*

	Aantal	Percentage
	procedures	
tot 10.000 €	72	12%
10.000 tot 25.000 €	132	22%
25.000 tot 50.000 €	127	21%
50.000 tot 100.000 €	121	20%
100.000 € en meer	154	25%
Totaal	606	100%

* In 174 gevallen was de omvang van het financiële belang niet geregistreerd.

3.2.4 Afdoening

Rechters en partijen gaven aan dat zaken vrijwel altijd enkelvoudig behandeld worden. Dit wordt bevestigd door de beschikbare cijfers, zij het dat in 40% van de gevallen niet is geregistreerd op welke wijze de zaak is behandeld. In de procedures die meervoudig

werden afgehandeld, ging het om hoge financiële belangen (gemiddeld ruim 700.000 euro).

Tabel 8. Wijze van afdoening: enkelvoudig/meervoudig

	Aantal	Percentage
	procedures	
Enkelvoudige kamer	428	55%
Meervoudige kamer	41	5%
Onbekend	311	40%
Totaal	780	100%

Verreweg de meeste procedures (ongeveer 85%) zijn contradictoir. Slechts in 33% van de procedures komt het tot een eindvonnis. In een veel groter aantal gevallen, te weten 66% van alle procedures, wordt er royement verleend. Een klein aantal procedures (1%) wordt ingetrokken voordat het tot een zitting is gekomen. Het blijkt hierbij geen verschil te maken of er een grote onderneming bij de procedure betrokken is (69% royementen). Evenmin maakt het verschil of er buitenlandse partijen bij de procedure betrokken zijn (68% royementen). Als er verzekeraars of repeat players bij de procedure betrokken zijn, is de kans dat er royement wordt verleend iets hoger dan gemiddeld (71%). Daarnaast blijken procedures betreffende het zeerecht relatief vaak in een royement te eindigen (74%).

33 Eshuis (2005, p. 16) berekende dat het gemiddelde geëiste bedrag in handelszaken in 2003 ruim 80.000 euro bedroeg; in zaken met betrekking tot een onrechtmatige daad werd gemiddeld ruim 160.000 euro geëist.

Tabel 9. Wijze van afdoening: eindvonnis, royement of intrekking

	Aantal procedures	Percentage
Eindvonnis	254	33%
Royement verleend	513	66%
Intrekking voor zitting	8	1%
Overig	5	1%
Totaal	780	100%

In de procedures waarin het tot een eindvonnis is gekomen, ligt het gemiddelde financiële belang aanzienlijk lager dan in de procedures waarin royement is verleend (ruim 80.000 euro versus ruim 360.000 euro). Dat zou erop kunnen wijzen dat partijen soms vooral om principiële of strategische redenen doorprocederen.

3.2.5 Doorlooptijden

Slechts 29% van de procedures werd binnen een jaar afgedaan; in 45% van de gevallen was de behandeldingsduur korter dan twee jaar. Dit betekent dat ruim de helft van de procedures langer dan twee jaar duurt. De gemiddelde doorlooptijd bedroeg in contradictoire zaken 48 maanden, in verstekzaken negentien maanden. Ter vergelijking: de doorlooptijd van handelszaken met verweer (exclusief intrekkingen voor behandeling) bij rechtbanken bedroeg in 2005 gemiddeld zestien maanden.³⁴ Bij de rechtbank Rotterdam

bedroeg de doorlooptijd van contradictoire zaken in 2003 gemiddeld 27 maanden.³⁵

Tabel 10. Doorlooptijden van procedures door de natte kamer afgedaan

	Aantal procedures	Percentage
tot 1 jaar	222	29%
1 tot 2 jaar	126	16%
2 tot 4 jaar	167	21%
4 tot 6 jaar	110	14%
6 tot 10 jaar	98	13%
10 jaar en langer	57	7%
Totaal	780	100%

De gemiddelde doorlooptijd van de in 2007 afgedane procedures was beduidend korter dan die van de in de voorgaande jaren afgedane procedures. Kennelijk heeft de natte kamer in de jaren 2004-2006 een aantal langlopende zaken afgedaan. Daarnaast valt op dat de doorlooptijd toeneemt met het financiële belang. Bij een financieel belang onder de 10.000 euro bedroeg de gemiddelde doorlooptijd 32 maanden, bij een financieel belang boven de 100.000 euro was de gemiddelde doorlooptijd 51 maanden.³⁶

34 Raad voor de rechtspraak, *Factsheet Doorlooptijden 2005-2008*, <http://www.rechtspraak.nl/Gerechten/RvdR/De+Nederlandse+rechtspraak+in+cijfers.htm>.

35 Eshuis 2005, p. 31.

36 Eshuis (2005, p. 24) vond eveneens dat de doorlooptijd van handelszaken behandeld door civiele sectoren van de rechtbanken toeneemt met het financiële belang van de zaak.

3.3 Geschil- en procedeedrag in natte zaken

3.3.1 Herkomst empirische gegevens

Het resterende deel van dit hoofdstuk is gebaseerd op informatie verkregen tijdens een serie van interviews en een expertmeeting. De interviews werden gehouden bij elf grote bedrijven die partij waren geweest in één of meer natte procedures bij de rechtbank Rotterdam. Tien van de elf grote bedrijven waar interviews mee gehouden zijn, hadden een zeer internationaal werkveld. Vijf bedrijven zijn in de loop van hun geschiedenis overgenomen door grotere buitenlandse of internationale ondernemingen, de andere vijf zijn bedrijven met internationale vertakkingen. Alle elf bedrijven handelen met een wijde internationale klantenkring. Vier bedrijven waren afkomstig uit de verzekeringsbranche, vier andere uit transport en logistiek. De andere drie zijn respectievelijk een bergingsbedrijf, een scheepsbouwer en een groot petrochemisch concern dat regelmatig van zee- en binnenvaarttransport gebruikmaakt. Daarnaast zijn drie advocaten geïnterviewd over hun ervaringen met deze rechtspraakvoorziening. De geïnterviewde advocaten waren een natte advocaat met een eigen kantoor, een advocaat die recentelijk de advocatuur had verwisseld voor een praktijk in mediation en arbitrage en een gepensioneerd hoogleraar met een lange carrière als advocaat in de Rotterdamse verzekeringswereld achter zich.

Een breder beeld van de plaats van de natte kamer in de Rotterdamse, Nederlandse en internationale natte wereld werd verkregen door interviews bij (semi-)juridische instellingen met werkzaamheden gelieerd aan de expertise van de natte kamer. Zo werden twee rechters van de Rotterdamse natte kamer en een natte rechter van een andere rechtbank geïnterviewd. Andere respondenten waren werkzaam bij instanties en organisaties die direct of indirect met de expertise van de Rotterdamse natte kamer te maken hebben, zoals de Raad voor de Scheepvaart, TAMARA (Stichting Transport and Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam) en het DLNST (Dutch Legal Network for Shipping and Transport). De Raad voor de Scheepvaart is een onderzoeks- en tuchtrechtcollege voor de branche dat scheepsrampen onderzoekt waar onder Nederlandse vlag varende schepen bij betrokken zijn. De Raad maakt geen deel uit van de rechterlijke macht. De Raad kan een scheepsramp onderzoeken die door partijen ook aan de rechtbank wordt voorgelegd. Raad en rechtbank kunnen elkaar dus aanvullen. TAMARA biedt gespecialiseerde arbitrage op het gebied van transport en maritieme zaken als alternatief voor een gang naar de rechter. Het DLNST is een Rotterdams initiatief om de Nederlandse natte juridische sector te consolideren, verstevigen en internationaal te promoten. Aan de expertmeeting namen zeventien deskundigen uit de advocatuur, wetenschap, rechterlijke macht en het bedrijfsleven deel. Van de geïnterviewde woordvoerders van

bedrijven gaven er vijf aan vaak bij de rechtbank Rotterdam te komen voor zaken die natte expertise behoeven, waar men in de regel meerdere bezoeken per jaar onder verstond. Woordvoerders van vijf andere bedrijven gaven aan één tot enkele malen bij de natte kamer geweest te zijn, maar een bezoek eerder als uitzondering dan als regel te beschouwen. Eén bedrijf voerde een beleid waarbij rechtszaken zo veel mogelijk werden vermeden. Men was hier tamelijk succesvol in, de betreffende jurist was nooit voor dit bedrijf bij de natte kamer geweest.

Het onderzoek kende dus vrij veel repeat players. Een eerste reden hiervoor ligt in de specialistische aard van de geschillen en activiteiten van deze bedrijven, maar een tweede reden van methodologische aard is dat bedrijven die niet bij de natte kamer kwamen, in de regel ook niet wilden meewerken aan het onderzoek. Men zag geen direct nut. Opvallend is dat wanneer de in dit onderzoek gehanteerde definitie van repeat players (meer dan drie zaken) wordt toegepast, vrijwel alle bedrijven in dit onderzoek onder deze noemer vallen. Opvallend is ook dat 'grote' repeat players veelal verzekeraars en een enkele transporteur betroffen, terwijl de one-shotters vooral transporteurs en overige bedrijven betreffen.

Een kleine meerderheid van de geïnterviewde respondenten bij bedrijven was jurist.³⁷ De meesten waren werkzaam bij een gespecialiseerde juridische afdeling die in grootte varieerde van één tot twaalf medewerkers.

Het kwam echter ook voor dat er geen juridische afdeling bestond en de geïnterviewde het juridische aanspreekpunt in een breder team was. De meeste andere respondenten hadden een verzekerings- (50%) of een economische (25%) achtergrond en waren werkzaam op schade- of claimafdelingen of bij 'corporate relations'.

3.3.2 Preventie van geschillen en procedures

De potentiële clientèle van de natte kamer is zeer divers en bestaat uit bedrijven die in verschillende (inter)nationale zakelijke contexten opereren. Het betreft producenten, vervoerders, verzekeraars, reders, scheepsbouwers en een breed scala aan gelieerde ondernemingen. Binnen deze zakelijke wereld bestaan verschillende alternatieven voor een gang naar de rechter – vooral mediation en arbitrage – en hebben bedrijven bovendien ook eigen middelen – veelal zakelijke en sociale strategieën en contacten – ter beschikking om in geval van conflict een rechtszaak te voorkomen. Het voorkomen van conflicten in het algemeen wordt echter ook zeer serieus genomen. Bij het opstellen van contracten worden nauwgezette afspraken gemaakt om zoveel mogelijk helderheid over potentiële conflictgronden te verkrijgen, en worden veelal ook het rechtssysteem (bijvoorbeeld Nederlands of Engels) en het eventuele forum waar het conflict zal worden aangebracht, vastgelegd. Bedrijven zijn commerciële partijen en over het algemeen gaven respondenten aan dat er hen

37 Negen van de zeventien respondenten waren jurist.

veel aan gelegen was om conflicten te voorkomen of zo mogelijk onderling, zonder tussenkomst van derden, op te lossen. Een vervoerder vertelde:

‘Wat we tegenwoordig veel doen bij de grotere projecten is bedingen dat de projectmanagers er eerst onderling uit moeten zien te komen. Lukt ze dat niet, dan moet het worden voorgelegd aan de directeurs. Lukt dat niet, dan moet er een mediator komen en lukt dat niet, dan gaan we naar arbitrage.’

Ook gebruikt men het leveringsproces van een product wel als een effectieve garantstelling voor het voorkomen van conflicten. Bij complexe producten die aanzienlijke investeringen vereisen, zoals schepen, opslagtanks of olieplatforms, hebben aflevering en betaling vaak gefaseerd plaats. Een leverancier vertelde:

‘Door ons systeem hebben we eigenlijk heel weinig echte geschillen. Ten eerste leveren we niet zonder betaling of garantstelling en ten tweede lossen we eventuele problemen daarna zoveel mogelijk in goed overleg op... Ik heb nog geen echt geschil gehad, die worden door de contractsluiters zelf opgelost. In het algemeen is het zo dat men het probleem bespreekt en met wheelen en dealen wel tot een vergelijk komt. Heel af en toe is [het bedrijf] in een rechtszaak betrokken, maar dat is echt heel zelden. Het is wel mogelijk dat ik in de toekomst geschillen te doen ga krijgen, maar het is een commercieel bedrijf in

een competitieve markt, dus de relatie met de klant is letterlijk geld waard hier.’

Het voorkomen van geschillen is echter voor verschillende bedrijven ook buiten de economische en zakelijk relationele sfeer een belangrijk punt:

‘We zijn beursgenoteerd, dus je wilt sowieso het liefst alleen met goede berichten in het nieuws komen en niet met slechte. Dat aspect speelt mee.’

Een rechtszaak kan imagoschade geven. De waarde van het aandeel kan door een zaak geraakt worden, maar de inhoudelijke materie van de zaak op zich kan ook gevolgen hebben. Aangezien het vrijwel onmogelijk is een zaak buiten de aandacht te houden als deze voor de rechter wordt gebracht, kiezen bedrijven bij gevoelige onderwerpen of zaken die bedrijfsgeheimen bevatten meestal voor een andere oplossing dan de rechtbank. Daarnaast werd ook de langdurige procedure die aan een uitspraak – zo die er komt – voorafgaat als een reden genoemd om de rechtbank te mijden. In veel gevallen is tijd een belangrijke factor en is de uitspraak eigenlijk snel nodig.

‘Een directe uitspraak zou het beste zijn. Niks repliek, dupliek en al dat andere moois, gewoon de advocaten dwingen beslagen ten ijs te komen en alles in één keer. Zo’n rechter krijgt nu over een periode van jaren een keer

of wat dat dossier voor z'n neus, die kan echt dat overzicht niet houden! En wat als de rechter rouleert – dat hebben we ook al eens meegemaakt – dan kun je weer van voren af aan beginnen.'

Een volgende belangrijke factor zijn de kosten. Het is maar de vraag of het belang van de zaak en de kans te winnen opwegen tegen de advocaats- en andere kosten die gemaakt zullen moeten worden. Als het belang te klein is of de kans op succes te gering geacht wordt, kiezen veel bedrijven het zekere voor het onzekere en nemen hun verlies.

'We hebben het er bij gelaten. De kosten waren al dusdanig dat zelfs het winnen van een hoger beroep de zaak financieel niet meer interessant maakte. We hadden er een principiekwestie van kunnen maken, maar daar vonden we het niet belangrijk genoeg voor. We hebben een zakelijk geschil en zijn er niet voor om het verbeteren van de Nederlandse rechtspraak te bekostigen.'

Ook het internationale karakter van veel zaken speelt een belangrijke rol. Nederlandse reders, cargadoors en verzekeraars sluiten contracten met partijen over de hele wereld, en de verschillen tussen nationale rechtssystemen kunnen substantieel zijn. Daarnaast is niet zonder meer uit te sluiten dat een nationaal rechtssysteem of de nationale rechtssprekende macht de eigen onderdanen bevoordeelt, om die reden wordt in internationale contracten

vaak voor een 'neutraal' derde rechtssysteem of een goed bekend systeem als het Engelse gekozen. Nederlands recht of de Rotterdamse rechtbank als forumkeuze zijn internationaal niet de gewoonte. Daarnaast is het zo dat lang niet alle landen ondertekenaars zijn van de verschillende internationale vervoersverdragen, wat een gang naar de rechter een moeizame en zelfs contraproductieve strategie kan maken. In sommige gevallen is overleg en schikken duidelijk een betere optie. Een respondent vertelde:

'Waar ik ook wel tegenaan ben gelopen, is dat ik in een charter een prachtige rechtsvormkeuzeclausule had staan. Arbitrage Londen, Engels recht. Wederpartij gevestigd in Syrië. Syrië doet niet mee aan het verdrag van New York, inzake arbitrages. Maar in Syrië erkent men wel het recht met forumkeuzeclausules in contracten. Met andere woorden: als ik in Syrië naar de rechter zou gaan, dan word ik niet-ontvankelijk verklaard. Vanwege die rechtskeuze of die forumkeuze die erin staat. Dan moet ik dus naar Londen. Maar als ik vervolgens in Londen een arbitraal vonnis haal, dan kan ik dat dus niet executeren in Syrië, of ik moet dus min of meer de hele procedure opnieuw doen. Dat kan dus eigenlijk ook weer niet.'

Bedrijven die dergelijke bezwaren uiten, hebben er een sterke voorkeur voor om te trachten in overleg met de tegenpartij tot een vergelijk te komen. Dat kan direct gebeuren in

gesprekken tussen medewerkers of directieleden van partijen, maar ook middels mediation of arbitrage. Ook gaan partijen er soms toe over dergelijke gesprekken te voeren in het bijzijn van advocaten, een soort opmaat naar een feitelijke rechtszaak. De beperkte omvang van de natte wereld, de kosten en de duur van een procedure zijn voor veel respondenten redenen om in eerste instantie te trachten een oplossing te bereiken buiten de rechtszaal om. Lukt dit niet, dan is de gang naar de rechter altijd nog open. Bezwaren en intentie niet-tegenstaande is het echter zeker niet zo dat procederen is uitgesloten.

3.3.3 De keuze voor procederen

De wijze waarop de besluitvorming over procederen verloopt, is niet eenduidig. Bij sommige bedrijven wordt dit besluit door de juridische afdeling genomen. Bij verzekeraars en ook bij grote vervoerders echter meestal door de seniorstaf op de claimafdeling, eventueel in overleg met het bestuur als het uitzonderlijk grote zaken betreft. Veel bedrijven gaan ook niet tot procederen over alvorens overleg gepleegd te hebben met een gespecialiseerde advocaat.

Het besluit tot procederen kan op verschillende gronden tot stand komen. In zaken waarbij bedrijven een beroep doen op hun verzekering en deze uitkeert, is het vaak de verzekeraar die als gesubrogeerde van het bedrijf een zaak tegen de tegenpartij in het conflict begint. In dit geval is het belang

verschoven van de feitelijke partij met haar zakelijke belangen, handelsconnecties en eventuele behoefte aan een snelle uitspraak, naar een verzekeraar voor wie tijd veelal geen issue is maar een bevredigende financiële oplossing des te meer. Ook verzekeraars geven aan bij voorkeur de kosten en complicaties van een juridische procedure te vermijden en bij voorkeur de zaken buiten de rechtbank om te regelen. Lukt dit niet, dan zal een verzekeraar echter veelal niet aarzelen om te procederen als het belang en de geschatte winkans dit billijken. Een verzekeraar stelde over de keuze tot procederen:

'We proberen altijd de zaken op een redelijke manier te regelen, maar dat is het voordeel van die natte praktijk: een heel klein beetje is zwart, een heel klein beetje is wit en het grootste gedeelte is grijs. Dat vind ik heel mooi. Het is dus ook zo dat er onderling veel geregeld kan worden, omdat de transportwereld stijf staat van de verzekeringen... Toch komen we volgens mij steeds vaker bij de rechtbank en worden de zaken dus niet onderling geregeld. Dat komt door de toegenomen professionaliteit bij alle verzekeraars.'

Verzekeraars vormen een intrinsiek deel van de natte zakenwereld, maar vormen een segment dat veel minder gebonden is door de zakelijke connecties waar bijvoorbeeld vervoerders en cargadoors mee te maken hebben. Dat verzekeraars een rol hebben in 29% van alle zaken illustreert dit duidelijk.

Het relatief hoge aantal zaken waar verzekeraars bij betrokken zijn, illustreert een belangrijk aspect van veel natte zaken; het financiële belang is voor grote bedrijven vaak substantieel. Reders, vervoerders, cargadoors en uiteindelijk ook verzekeraars worden vrijwel altijd geconfronteerd met grote claims. Schepen zijn groot, de schade bij aanvaringen is dus altijd aanzienlijk. Het verlies van een container of bederf van de inhoud kan substantieel zijn omdat een enkele container een grote massa aan goederen bevat. Het financiële belang bij aanvaringen en substantiële ladingschades kan gemakkelijk over honderdduizenden of zelfs miljoenen euro's of dollars gaan. Naast reguliere kwesties, zoals schuldvraag en het vaststellen of het voorgevallene onder de afgesloten polis gedekt wordt, spelen er de nodige complicerende gebruiken en tradities binnen het natte recht. Een voorbeeld is 'averij-grosse', waarbij ladingbelanghebbenden door de reder aangesproken kunnen worden om een verhoudingsgewijze bijdrage in de kosten te leveren in geval van een ongeval aan het schip. Dat betekent dat de waarde van zowel de lading als van het schip van tevoren bekend moet zijn. Tegenwoordig overstijgt de waarde van de lading vaak die van het schip, een voorbeeld is een volledig beladen groot, oud containerschip, wat dus voor wanverhouding en een mogelijke grond voor een rechtszaak zorgt.³⁸

Natuurlijk komen ook kleinere belangen voor. Waar dit bijvoorbeeld bij een aanvaring tussen

pleziervaartuigen voor de eigenaren een reden tot procederen kan zijn, is het voor grote bedrijven veelal de vraag of de kosten tegen de eventuele baten zullen opwegen. Vaak kiest men er in dergelijke gevallen voor in eerste instantie te proberen samen een oplossing te bereiken, of men past mediation toe. Lukt dat niet, dan is procederen een logische volgende stap, waarbij het meedelen van het besluit aan de tegenpartij op zich al een strategische zet kan zijn. Het dreigen met en ook het feitelijke aanspannen van een procedure kan een tactiek zijn om een concurrent dwars te zitten of een onwillige tegenpartij in een conflict tot overeenstemming te bewegen. Een respondent zei over het besluit tot al dan niet procederen:

'Dat bepalen we aan de hand van ontwikkelingen en relaties. Komen we er niet uit met overleg en is er geen vriendelijke atmosfeer, dan beginnen we wel met een procedure. Dat wil nog niet zeggen dat we die ook gaan afmaken, we blijven praten als het even kan, maar we laten het wel lopen. Lukt het niet over links dan moet het over rechts.'

Dat wil echter niet zeggen dat procederen als pressiemiddel werkt. Anderen kennen deze strategie ook en laten zich er niet door overbluffen.

'Meestal is het zo dat bij zaken tegen ons we, als we er van zijn overtuigd dat we geen

38 Een verdere complicerende factor kan nog zijn dat volgens Nederlands recht een ladingbelanghebbende van zijn bijdrage in averij-grosse vrijgesteld is indien blijkt dat de rederij onvoldoende zorg heeft besteed aan het zee-waardig maken van het schip voorafgaande de reis (Van 't Zelfde 2004, p. 333). Evenwel wordt in vervoerscontracten tussen internationale partners vaak opgenomen welk recht in geval van conflict als geldend zal worden beschouwd. Veelal is dat het Engelse recht.

aansprakelijkheid hebben, we de zaak wel voor de rechter willen laten komen en daar dan ook wel geld aan willen besteden. Als we stevig in onze schoenen staan gaan we niet schikken. Kom maar op! (...) en vaak is het dan uiteindelijk toch wel zo dat ze dan willen schikken voor een veel lager bedrag. Het is ook een beetje een spel natuurlijk, en een beetje imagebuilding. Zo van [bedrijf] die betalen niet zomaar iedere claim, daar moet je toch echt moeite voor doen.'

Met een rechterlijke uitspraak is een zaak echter niet altijd definitief beslist. Een van de partijen kan in hoger beroep gaan of de onderhandelingen kunnen worden heropend. Vaak wordt een pragmatische benadering gekozen. Waar mogelijkheden zijn, past men ze toe.

'Trouwens, je moet ook niet denken dat een beslissing bij de rechter een zaak finaal afsluit. We kunnen altijd nog in hoger beroep, maar het gebeurt vaak genoeg dat je daar ook nog op door kunt onderhandelen. Kijk, meestal zijn dit soort vonnissen uitvoerbaar bij voorraad, dus we moeten meteen betalen of we nou in hoger beroep gaan of niet. Laatst had ik een zaak waarin ik veroordeeld werd tot het betalen van een miljoen. Nou, dat doe je dan, maar je geeft ook meteen aan dat je in hoger beroep gaat en dat je denkt dat te winnen. Je hebt 50% risico, dus vijf ton, en dan kun je vervolgens de tegenpartij laten weten dat je dat hoger beroep weer intrekt als je van dat

miljoen drie ton terugkrijgt, en die gaat daar dan op in of biedt 2,5 ofzo. Je reinste koehandel natuurlijk, maar zo werkt het wel.'

Het zeer hoge aantal (66%) van natte zaken waarin door de Rotterdamse rechtbank roeyement wordt verleend, illustreert deze benadering treffend. Zaken duren lang. Een looptijd van jaren is niet ongewoon en in die periode hebben partijen als reders, verzekeraars en vervoerders nog steeds met elkaar te maken. De nattezakenwereld is klein en gespecialiseerd. Veel keus voor alternatieven is er niet en lopende gerechtelijke procedures zijn niet goed voor het in stand houden of verbeteren van een relatie. Bovendien kosten ze voortdurend geld, en zeker bij financiële geschillen is er een omslagpunt waar verder procederen niet meer rendabel is. Daarom probeert men vaak tussentijds alsnog tot een oplossing te komen. Een verzekeraar, die regelmatig in rechtszaken betrokken was, vertelde:

'(...) En dan probeer ik een deal te sluiten. Je mag niet zomaar een andere partij benaderen natuurlijk. Dat moet via een advocaat en zijn tegenadvocaat, maar je kunt wel eens bellen en zeggen tegen degene die erachter zit van: "Joh, kunnen we niet iets..." Ik nodig ook wel de twee advocaten uit om eens met me rond de tafel te gaan zitten.'

In een volgende variant kan het zakelijke belang vereisen dat er doorgeprocedeerd wordt tot een uitspraak is verkregen, bijvoor-

beeld om principiële duidelijkheid over een bepaalde situatie te verkrijgen.

‘Schikken is altijd beter, tenzij het natuurlijk een principezaak is waarbij het voor de toekomst van de industrie belangrijk is om eens te weten hoe dat nou zit.’

Doorprocederen om principiële redenen komt echter niet vaak voor. Bedrijven streven in het algemeen naar financieel aantrekkelijke oplossingen en, zoals een advocaat het treffend formuleerde, ‘principes kosten geld’. Echter, een zakelijk belang kan ook directer, soms zelfs persoonlijk zijn. Een mogelijke smet op de reputatie van een bedrijf kan doorprocederen om principiële redenen billijken, zelfs als dat meer kost dan het oplevert. Geld valt te verdienen, reputatieschade is veel moeilijker te herstellen.

Er zijn twee situaties waarin men echter vrijwel direct naar de rechter gaat als de mogelijkheid zich voordoet. Omdat het Nederlands recht het toestaat conservatoir beslag te leggen, is de Rotterdamse haven ook voor buitenlanders een bij uitstek geschikte locatie voor beslaglegging. De verzoekende partij belt een advocaat in Rotterdam en vraagt het schip ‘aan de ketting te laten leggen’ totdat zekerheidstelling (meestal door middel van een bankgarantie) opheffing mogelijk maakt. Wanneer de rechter hiertoe verlof geeft, schakelt de advocaat een deurwaarder in die het eigenlijke beslag legt. In de praktijk komen er geen kettingen meer aan te pas. De havendienst wordt ingelicht en

zij voorzien aan de ketting liggende schepen niet van de assistentie die ze nodig hebben om te kunnen vertrekken: een loods, een duwboot et cetera. Voor kleinere boten geldt dit natuurlijk niet als beletsel, maar vertrekken voordat een beslag is opgeheven, is een strafbaar feit en dat maakt terugkeer in de haven vrijwel onmogelijk. De praktijk is echter wat aan het afnemen. Vroeger kon men op iedere willekeurige boot die eigendom van de betreffende rederij was beslag leggen in een conflict. Nu komen dergelijke zusterschiparresten nauwelijks meer voor, omdat vrijwel alle reders ieder schip in een individuele bv onderbrengen.³⁹

De tweede situatie waarin bedrijven gemakkelijk de gang naar de rechter maken betreft de ‘verklaring voor recht’. Aansprakelijkheid van vervoerders wordt bepaald in het CMR-verdrag. Hierin is gesteld dat de aansprakelijkheid van de wegvervoerder beperkt is, maar dat deze beperking doorbroken kan worden indien er sprake was van bewuste roekeloosheid aan de kant van vervoerder. Rechters in vooral Duitsland en Frankrijk zouden vrij snel aannemen dat sprake is van meer uitgebreide aansprakelijkheid, terwijl Nederlandse rechters hierin veel terughoudender zijn. Voor een wegvervoerder die een claim heeft gekregen die een internationale rechtszaak dreigt te worden met een Duitse of Franse tegenpartij, is het daarom zaak bij de Nederlandse rechter een verklaring voor recht te vorderen waarin deze rechter zich bevoegd verklaart in het geschil te oordelen. Dit betekent dat de zaak vervolgens

39 Ook heeft de door de jaren heen toegenomen verscherping van de havenkeuring invloed gehad. Een geïnterviewde advocaat zag een scherpe correlatie tussen verzoeken tot beslaglegging en varen met ‘brakke boten’. Tegenwoordig komen dergelijke schepen vanwege aangescherpte regelgeving de haven nauwelijks meer in, waardoor ook het aantal beslagleggingen afneemt.

niet meer in een ander land aanhangig gemaakt kan worden.⁴⁰

3.3.4 De keuze voor de rechtbank Rotterdam

De Rotterdamse natte kamer geniet onder de geïnterviewde bedrijven een gedegen reputatie wat betreft juridische en ook inhoudelijke deskundigheid. Andere rechtbanken beschikken niet over deze specialistische deskundigheid. Partijen ervaren behandeling door een rechter elders in het land soms als een verwisting van tijd en geld.

‘Een tijdje terug had ik een natte zaak bij een rechtbank zonder natte experts, en dat was goed te merken in de uitspraak. Mijn opponent – ook een natte jurist – en ik keken elkaar aan, en wisten al dat we hier wel mee op konden houden omdat het sowieso een hoger beroep zou worden. Zelden zulke onzin gehoord.’

In handelscontracten gesloten tussen Nederlandse partijen wordt de Rotterdamse rechtbank vanwege zijn expertise regelmatig als forum opgenomen. De rechtbank wordt geprefereerd boven andere deskundige fora omdat die vaak in het buitenland gevestigd zijn en vaak veel hogere kosten met zich meebrengen. Rotterdam is dichtbij, men kan in het Nederlands procederen, en de kosten vallen – naar verhouding – mee. Internationaal is de Rotterdamse natte kamer volgens veel respon-

denten nog een relatief onbekend forum. Dat is een gemiste kans, menen zij, omdat de kwaliteit van het Nederlandse natte recht en de expertise van de Rotterdamse rechters niet onderdoet voor prominentere fora zoals die in Londen. Een zaak in Londen voor de rechter brengen is echter al snel twee tot vier keer zo duur als in Nederland, financieel heeft Rotterdam dus ook duidelijke voordelen. Door de relatieve internationale onbekendheid van de natte kamer zijn veel internationale bedrijven huiverig Rotterdam contractueel als geschilforum te accepteren. Voorstanders van Rotterdam als forum menen dan ook dat de Nederlandse natte sector en de Rotterdamse rechtbank zich actiever internationaal moeten profileren omdat men veel goeds tegenover de Londense juristen kan zetten. De concurrentie van die zijde is echter hevig.

3.3.5 De keuze voor alternatieve vormen van geschiloplossing (ADR)

In plaats van de gang naar de rechter kan ook worden gekozen voor alternatieve vormen van geschiloplossing als arbitrage en mediation. Dergelijke vormen van geschiloplossing lijken (nog) geen veelgekozen alternatieven voor de rechtbank, maar verschillende respondenten gaven aan vooral in internationale zaken regelmatig met arbitrage in het buitenland te maken te hebben. Dat wil niet zeggen dat men onverdeeld gelukkig is met arbitrage. Het is echter in de internationale handel en scheepsvaart veelal gewoonte om arbitrage

40 Verschillende advocaten en rechters gaven echter aan dat Duitse rechters tegenwoordig vaak stellen dat een verklaring voor recht onvoldoende is. Duitse rechters stellen dat de zaak daadwerkelijk in Nederland aanhangig moet zijn gemaakt voordat de Duitse rechter onbevoegd is om vonnis te wijzen.

bij een specifiek instituut in het contract op te nemen als conflictforum.

Onderlinge schikking

Enkele respondenten uit de advocatuur gaven aan dat het tamelijk gebruikelijk is in natte zaken dat advocaten proberen tot een oplossing te komen. Gespecialiseerde advocaten hebben een grote kennis van relevante jurisprudentie en hebben daardoor regelmatig al bij het begin van een zaak een redelijk idee hoe de uitspraak zal luiden. Daarnaast kennen ze elkaar en weten ze wat ze aan elkaar hebben; ze zijn daardoor niet geneigd per se een krachtmeting in de rechtszaal aan te willen gaan. Natte advocaten zijn volgens deze respondenten dus vaak geneigd een vergelijk te willen zoeken, eerder dan per se een rechtszaak te willen voeren.⁴¹ Omdat cliënten een zaak soms liever buiten de rechtbank, op vriendschappelijke wijze en met zo min mogelijk ophef, willen oplossen, komt het regelmatig voor dat advocaten op verzoek van cliënten eerst pogen de zaak onderling te schikken. Advocaten hebben hierbij een adviserende rol naar hun cliënt, maar in gesprekken tussen partijen, waarbij partijen en advocaten elkaar dikwijls kennen, komt het regelmatig voor dat advocaten een op het bereiken van consensus gerichte rol aannemen. Rechters weten dit ook en sturen hier dan ook vaak op aan. Echter, cliënten zijn zich niet altijd bewust van de voordelen van deze gang van zaken. Vooral cliënten met weinig of geen ervaring met rechtszaken zouden regelmatig

in eerste instantie een geschil liever aan de rechter willen voorleggen dan een overleg aan te gaan. Eén advocaat merkte op: 'De cliënt is de grootste vijand.' Niet van zijn advocaat, maar wel van zijn eigen belang. Een juridische procedure leidt tot een lange rechtsgang en kost altijd meer geld dan een bereikt vergelijk. Advocaten moeten echter voorkomen dat onderhandelingen te veel de indruk wekken van een 'ons-kent-ons'-sfeer waarin de belangen van de cliënt achtergesteld zijn aan andere, onduidelijke belangen van de advocaten. Volgens deze advocaten is er geen behoefte aan mediation omdat in dit soort zaken gespecialiseerde advocaten en bedrijfsjuristen zelf de zaak wel schikken als dat mogelijk is. Ook verschillende respondenten uit het bedrijfsleven gaven aan vaak voor schikking door advocaten open te staan.

Mediation

Enkele respondenten zijn daarentegen van mening dat advocaten in natte zaken niet sterk gericht zijn op het onderling regelen van geschillen. Dit geldt bijvoorbeeld voor een voormalig advocaat die zich inmiddels volledig richt op mediation. Hij ziet grote mogelijkheden voor mediation in natte zaken, mede door de gewoonte om buiten de rechter om te trachten een vergelijk te bereiken. Het feit dat partijen elkaar vaak kennen en zaken zullen blijven doen onafhankelijk van de uitkomst van de zaak, leidt ertoe dat men een duurzame oplossing wil dan enkel een beslissing over het voorliggende geschil. Het gaat niet puur

41 Strikt genomen gaat het hierbij dus eerder om onderhandelen tussen partijen zonder de aanwezigheid van een aangestelde mediator.

om het beantwoorden van de schuldvraag, het gaat om het vinden van een werkbare oplossing. Advocaten zijn daar volgens deze respondent niet op gericht. Hij vertelde:

‘Het gekke is dat juristen maar één manier weten om geschillen op te lossen en dat is via de juridische weg. Alles moet gejuridificeerd worden... Laat ik zeggen; als je een aantal jaar hebt meegelopen dan zie je ook oplossingen. Dan zie je verder, lange termijn, je ziet beter welke kant de zaak op moet. Ik ergerde me steeds meer aan het feit dat de wederpartij of mijn cliënt daar dan niet in meekon of wilde.’

Het gaat er om een oplossing te bereiken, en als beide partijen daarop gericht zijn is een gesprek daarvoor een veel betere methode dan een rechtszaak. Men kan, zoals deze respondent nuchter aangeeft, eerst vier jaar procederen en dan voor 60-40 schikken, maar als er een bereidheid is de zaak praktisch en met begrip af te doen, kan die schikking er ook komen zonder eerst vier jaar een advocaat te betalen. Mediation is geschikter dan een gang naar de rechter als men breder wil kijken dan de ene zaak *an sich* en de zakelijke relatie in gedachten wil houden. Echter, mediation heeft ook nadelen. Het grootste nadeel is waarschijnlijk dat de uitkomst niet zonder meer bindend is.

‘Mediation is inderdaad helemaal niet bindend, sterker nog, het is op basis van vrijwilligheid. Maar wat je bedoelt is te proberen er uit te

komen en als dat niet lukt, dan kun je alsnog naar de rechter toe. Het kan dus een nadeel zijn als je zegt dat je die zaak binnen een week opgelost wilt krijgen. Dan zou het beter kunnen zijn om te zeggen dat iemand dan ook maar bindend moet adviseren of als arbiter de knoop doorhakt als we er niet uitkomen.’

Partijen kunnen zich dus te allen tijde terugtrekken uit de mediation, wat maakt dat het een langdurig en moeizaam proces kan zijn dat tot niets leidt. Die onzekerheid wordt door veel respondenten bij bedrijven als de factor gezien die maakt dat mediation geen favoriete keuze is. Hoewel een geslaagde mediation in Nederland qua kosten en tijd zeker als aantrekkelijk wordt gezien, is men er huiverig voor dat er in feite geen enkele zekerheid voor een succesvolle afloop is en veel afhangt van de doorgaande inzet van beide partijen.⁴² Loopt het moeizaam, dan vallen de voordelen van kosten en tijd soms zelfs weer weg, en als het mislukt heeft men alleen de gemaakte kosten.

Anderzijds heeft mediation het voordeel dat het een besloten karakter heeft en wat besproken wordt niet buiten de kamer hoeft te komen. Voor gevoelige of private zaken is dit een aantrekkelijke optie, die arbitrage echter ook heeft. Het bijkomende voordeel van arbitrage is daarnaast dat er meestal een bindende uitspraak volgt. In Nederland, en ook internationaal, prefereren veel natiebedrijven arbitrage dan ook boven mediation. Niettemin heeft mediation vooral in internatio-

42 Mediation in Londen, wat vaak de gewoonte is in geschillen tussen internationale partijen, wordt door Nederlandse respondenten als duur tot zeer duur gezien.

nale zaken regelmatig plaats, al zijn niet alle respondenten overtuigd van de kosten-baten-verhouding:

'We hebben dus vrij veel arbitrage en procedures voor de rechtbank in Londen, en mediation, dat vinden ze daar ook zo prachtig. Komt hier nog niet echt van de grond. Admiralty Court wordt in cascozaken vaak standaard opgenomen als plaats voor mediation. Dat is traditioneel. Liefst doen we het niet, want die procedures daar kosten een vermogen.'

Nederlandse bedrijven komen dan ook regelmatig met mediation in Londen in aanraking. Door een stevige verankering in de gang naar de Engelse rechter, is er voor partijen soms zelfs niet onder mediation uit te komen.

'Als er een procedure gestart wordt in Engeland, wordt er vaak bepaald door de rechter dat er eerst mediation plaats moet vinden. Dan wordt er door de rechtbank een mediator aangewezen die dat begeleidt. Dan ga je daar met je advocaat over in conclaaf en die bepaalt dan een strategie. Kost meestal een dag. Om procedures te versnellen en de rechtbank te ontlasten, leggen de rechters mediation op, en het werkt in je nadeel als je niet meedoet. In 99% van de zaken moet je eerst mediaten met een door de rechtbank – Admiralty Court geloof ik – aangewezen mediator. Dat is dus behoorlijk twee handen op een buik.'

Arbitrage

Arbitrage is binnen de natte sector de meest voorkomende vorm van ADR. Respondenten die er gebruik van maken, gaven aan dit vanwege de snelheid en de kosten te doen, maar ook vanwege het besloten karakter en de mogelijkheid de arbiter zelf uit te kiezen, wat bijvoorbeeld in zeer specialistische technische zaken gunstig is. Tot slot is arbitrage het aangewezen medium als de tegenpartij gevestigd is in een land waarmee Nederland geen executieverdrag heeft.

'Bij een rechtbank duren de procedures vrij lang doordat er allerlei documenten steeds heen en weer moeten en dat maakt het duur. Niet de kosten van de rechtbank, maar de advocaatkosten stijgen behoorlijk in de loop van zo'n zaak.'

In internationale contracten wordt arbitrage vaak opgenomen als wijze van geschilbeslechting. Vaak kennen partijen elkaars rechtssystemen onvoldoende en wordt dus gezocht naar een neutrale oplossing, waar men dan traditioneel Londen voor kiest. In het geval men voor arbitrage kiest, heeft deze veelal plaats bij de 'London Maritime Arbitrators Association' of het 'Chartered Arbitrage Institute' in Londen, instituten die internationaal als de officiële standaard gezien worden.

'Als je een contract opstelt met – bijvoorbeeld – een Vietnamese klant, zal de Vietnamese en de Nederlandse jurisdictie in de onderhande-

lingen vaak niet acceptabel zijn. Men komt dan al snel op Londen als 'neutraal gebied' uit. Rotterdam kennen ze niet, en het is ook nog Nederland. Londen heeft de naam en de traditie. Bijna alles gaat daar naartoe.'

De keus voor Londen is dus zowel vanwege de expertise als de traditie. Als nadeel van Londen – zowel bij procederen als arbitrage – ziet men vrijwel unaniem de hoge kosten die dit met zich meebrengt.

'Arbitrage is andere koek. Staat niet in de polisvoorwaarden, maar we doen het wel om dure procedures te vermijden. Hier hebben we geen vaste plek voor, dat wordt via advocaten geregeld. Heel veel zaken laten we door Nederlandse advocaten begeleiden. Dat is handig voor de taal en we vinden dat ze vaak kritischer zijn dan buitenlandse advocaten. Bovendien, Engelse advocaten rekenen met '36 vorken', dat is vreselijk, dus die proberen we een beetje in toom te houden. Via de Nederlandse advocaat wordt een bepaalde procedure aangezwengeld en dan blijkt dat we kunnen gaan arbitrerende of naar de court. Dat wordt dan vaak arbitrerende, en dat kan zowel in Nederland als in Engeland.'

Arbitrage wordt vaak gekozen als het om relatief kleine bedragen gaat waarvoor procederen per definitie onrendabel is of wanneer men een snelle oplossing wenst. Londense arbitrage heeft internationaal een reputatie voor snelheid en degelijkheid, maar verschil-

lende respondenten meenden dat dit toch de lading niet meer helemaal dekt.

'[Londen is] ... schreeuwend duur, en niet per se snel. De arbitrage had de naam wel snel te zijn, maar dit begint ook steeds minder te worden, en daarvan zijn de prijzen ook ontzettend hoog.'

Naast Londen werden altijd al wel alternatieve locaties voor arbitrage gebruikt, maar de laatste jaren zijn deze, mede door de toenemende kritiek op Londen en positieve ervaringen elders, steviger op de kaart komen te staan.

'We hebben veel arbitrage in Londen, maar ook in Parijs, New York, Japan en Australië. Dat zijn de belangrijkste.'

Rotterdam is geen locatie voor internationale arbitrage. Respondenten zien de Rotterdamse arbitrage-instituten op zich zeker als capabel en benadrukken ook de veel schappelijker prijzen, maar voegen daaraan toe dat men in Rotterdam niet per se sneller is en er veel te weinig aan public relations gedaan wordt. Buitenlandse partijen weten nauwelijks dat de mogelijkheid bestaat om op hoog nat niveau in Rotterdam te arbitrerende.

Op nationaal niveau neemt arbitrage in Rotterdam echter in populariteit toe. Respondenten kennen de mogelijkheden vanuit Londen en staan positief tegenover de lagere kosten, de doorlooptijd en de hoge expertise

in Rotterdam. Arbitrage kan geschieden door arbiters van het Nederlands Arbitrage Instituut of door arbiters van de arbitragecommissie van de betreffende branchevereniging. In het geval van natte zaken kan het dan gaan om arbiters van de Fenex (Nederlandse Organisatie voor Transport en Logistiek) of van de Stichting Transport And Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam (TAMARA), die specifiek natte arbitrage doet. Dergelijke gespecialiseerde arbiters zijn aantrekkelijk voor natte partijen, zeker ook omdat arbitrage de ruimte heeft om verder dan het recht te kijken en dus ruimte geeft voor een bredere benadering. Bij arbitrage wordt gekeken naar billijkheid, naar handelsgebruiken die niet in het recht voorkomen en naar de usance in de haven. Niettemin leidt ook arbitrage soms niet tot finale beslissing, dat ligt eraan met welke intentie partijen de arbitrage aangaan.

'Arbitrage is behoorlijk efficiënt. Het is niet al te duur en het is snel. Zit wel een gevaar in. Je kunt afspreken dat het een definitieve arbitrage is en er dus niet in hoger beroep gegaan wordt en dat schrikt veel mensen af. Ik heb zoiets van: als je je zaak goed voorbereidt en de arbiters zijn kundig, dan moet je dat aandurven, maar niet iedereen denkt daar zo over. Dat is ook tactiek natuurlijk, je houdt altijd een achterdeur open.'

ADR in de rechtbank?

De geciteerde respondent signaleerde een vervaging van de grens tussen arbitrage en mediation en was hier niet over te spreken.⁴³ De notie dat arbitrage bindend moet zijn werd gedeeld door meerdere respondenten. Anderen zien echter de voordelen van een meer ontspannen ambiance waarin een conflict wordt uitgepraat. De rechtspraak lijkt hier met het huidige beleid in projecten als 'Mediation en Rechtspraak' en het aanstellen van mediationfunctionarissen bij de respectievelijke rechtbanken op in te spelen. Respondenten zien deze ontwikkeling ook terug in de feitelijke rechtsgang:

*'(...) Bovendien wordt [in een rechtszaak] vaak comparitie bevolen, ook omdat veel rechtbanken heel weinig van transport weten, dus dan kom je toch wel onder arbitrageachtige omstandigheden terecht.'*⁴⁴

Niet iedere respondent, zoals in de bespreking van de kwaliteit van rechtspraak verderop naar voren zal komen, is hier gelukkig mee. Van een gang naar de rechter verwacht men een harde uitspraak. Door deze verschillende verwachtingen aangaande mediation/arbitrage enerzijds en een gerechtelijke uitspraak anderzijds maken respondenten met het starten van de ene dan wel de andere procedure een duidelijke keuze aangaande de strategie die ze wensen te volgen. Een advocaat merkte op:

43 Sommige respondenten maakten geen duidelijk onderscheid tussen mediation en arbitrage en gebruikten de twee termen door elkaar heen.

44 Met 'arbitrageachtige omstandigheden' bedoelde de respondent een situatie waarin sprake is van een discussie, een poging alsnog een vergelijk te bereiken. Bij comparitie heeft de rechter een zeer actieve rol en stelt vragen. Bij een reguliere zitting is de rechter lijdelijk. Strikt genomen een situatie die wellicht beter 'mediationachtig' genoemd kan worden.

Conflicten kunnen meerdere verschijningsvormen hebben, en de wijze van afdoening wordt daarop afgestemd. ADR wordt door respondenten dan ook niet gezien als concurrentie voor de rechtbank, omdat de insteek van partijen bij het aangaan van een dergelijke procedure en de verwachtingen omtrent het te behalen resultaat, anders zijn.

Voor welke vorm van geschilbeslechting bedrijven ook kiezen, het uiteindelijke doel is het verkrijgen van een passend geachte oplossing. Liefst zo veel mogelijk in het voordeel van het bedrijf, voor zo laag mogelijke kosten en binnen een redelijke termijn. Respondenten gaven aan van de rechtbank een bindende uitspraak te verwachten; ze verwachten geen instructie om te proberen tot een vergelijk te komen. Om die reden werd comparitie na antwoord veelal niet op prijs gesteld. Echter, de cijfers over gevoerde procedures laten zien dat in twee derde van de gevallen roeyment wordt verleend. Hoewel dit niet lijkt te stroken met de stelling dat men van de rechter een eindbeslissing verwacht, gaat deze uitkomst er toch wel mee samen. Hangende een zaak blijven partijen regelmatig in gesprek, en naarmate een zaak duidelijker vorm krijgt en de

3.3.7 Hoger beroep

'Af en toe heb je zo'n rechter die dit moet behandelen en waarvan je dan denkt: oeioei-oeioei, wat zit ik hier te doen? Gooi het maar in mijn pet, want hier moet absoluut hoger beroep op volgen.'

Bedrijven met ervaring met hoger beroep waren veelal te spreken over de behandeling bij het hof en de capaciteiten van de raadsheren. Niettemin wordt hoger beroep vermeden als het enigszins mogelijk is, omdat het onvermijdelijk het hele geschil voor onbepaalde tijd verlengt en de advocatenkosten blijven oplopen.

3.4 Opvattingen over specialisatie en concentratie

3.4.1 Wenselijkheid van specialisatie en concentratie

De meeste respondenten vonden specialistische rechtspraak essentieel voor de natte wereld, hoewel verschillende respondenten hier ook keerzijden van zagen. In principe kan gesteld worden dat respondenten die met complexe zaken bij de rechtbank kwamen vooral de voordelen benadrukten terwijl respondenten met simpeler zaken ook vaak nadelen zagen, zoals hieronder uiteengezet zal worden. De noodzaak van specialistische rechtspraak werd vooral onderbouwd met verwijzingen naar de complexe of specifieke aard van de zaken of het rechtsgebied. Een advocaat stelde:

‘Specialisatie is nodig. Het is zo’n breed veld, dat lukt een regulier opgeleide rechter niet zonder additionele training.’

Een verzekeraar vond:

‘Specialisatie is absoluut het best voor ons. Kundige rechters die snel werken en je hoort mij niet meer piepen.’

Een vervoerder:

‘Vanuit ons oogpunt is het gewenst ja. Wij zijn vrij specialistisch bezig en het zou goed zijn als we dan ook met een gespecialiseerde rechtbank van doen hadden. Ik denk ook dat Nederland toch een vervoerdersland is, en dat het dus best gerechtvaardigd zou zijn om een transportkamer of zoiets in het leven te roepen.’

Verwachtingen aangaande het kennisniveau van de rechters waren voor veel partijen een reden om te trachten een natte zaak bij de bevoegde rechtbank weg te houden. Partijen waren er beslist niet zeker van dat de behandelende rechter over afdoende kennis van de materie waarover geoordeeld moet worden zou beschikken.

‘Kijk, bij de meeste rechtszaken heb je een kans van 50%. Het is nooit zwart-wit, anders had ik hem wel betaald of wist ik zeker dat ik hem nooit ga betalen. Maar soms heb je er verrassende uitspraken tussen zitten. Bij de gespecialiseerde natte rechtbank ben ik er niet zo bang voor, maar ik kom ook zo af en toe in Zutphen terecht of in weet ik veel wat voor oorden bij een rechtbank. Nou, daar rijzen de haren me te berge.’

Conflicten waarbij partijen een grote inhoudelijke kennis voor de rechter noodzakelijk achten maar waarbij men vermoedt of zelfs al weet dat de bevoegde rechtbank hier niet over beschikt, kunnen partijen tot een andere oplossing doen besluiten, zoals arbitrage door een branchecommissie waar deskundigen zitting in hebben. Van een rechtbank verwacht men dat rechters kunnen opereren op hetzelfde specialistische niveau als de gespecialiseerde advocaten die partijen vertegenwoordigen en de ervaren eigen juristen waar partijen over beschikken. Rechters moeten een stevige inhoudelijke kennis hebben die hun onafhankelijkheid van anderen garandeert.

‘Ja... misschien zou het goed zijn als rechters zich specialiseerden. Advocaten doen het immers ook? Geef die mensen tijd om te leren en dan ben je denk ik een heel eind.’

‘[Rechters] moeten zich het geschil inhoudelijk goed eigen kunnen maken... Rechters worden in mijn beleving heel vaak geleid door deskundigen en het risico van deskundigen is dat het veel uitmaakt welke deskundige door wie wordt aangesteld en wat hem is gevraagd om op papier te zetten. Hoe onafhankelijk is de deskundige waar de rechter vervolgens afhankelijk van wordt? Dat is eigenlijk de vraag.’

Omdat het geen exclusieve competentie van de rechtbank Rotterdam betreft, komen vergelijkbare zaken ook terecht bij rechtbanken elders in Nederland. Respondenten met

ingewikkelde, specialistische zaken vinden veelal dat de Rotterdamse rechters qua kennis en inhoudelijke behandeling gunstig afsteken bij andere Nederlandse rechters. Volgens zowel bedrijven als advocaten kunnen niet-gespecialiseerde rechters over het algemeen wel goed uit de voeten met relatief simpele kwesties, bijvoorbeeld CMR-zaken, maar hebben ze grote moeite met de meer complexe natte materie en komen ze soms tot verbazingwekkende uitspraken die niet overeenstemmen met jurisprudentie of wet. Dergelijke uitspraken kunnen vaak in hoger beroep wel weer worden rechtgezet, maar worden in feite gezien als zonde van de tijd en het geld.

‘Kijk, nu ga ik soms liever niet naar de rechtbank, omdat ik denk dat ik het zelf beter en sneller kan, maar soms moet ik wel. Ik word dan heel blij als de zaken sneller en beter gedaan worden dan ik verwachtte. Als dat nou standaard was, dan hadden we hier een fantastisch systeem lopen.’

Ook de deelnemers aan de expertmeeting onderschreven het nut van gespecialiseerde rechters om deze redenen. Over de waarde van concentratie liepen de meningen wat meer uiteen. Enerzijds brengen Amsterdamse partijen graag een natte zaak voor de Rotterdamse rechter vanwege de expertise, anderzijds brengen gespecialiseerde Rotterdamse advocaten ook vervoerszaken aan bij de rechtbank Arnhem als dat de bevoegde rechtbank

is. De indruk is echter wel dat buiten Rotterdam niet veel natte zaken worden aangebracht. Enige concentratie is nodig om voldoende massa te verkrijgen. Er moet een voldoende aantal van een bepaald type zaken zijn om kennis en ervaring op te kunnen bouwen en te behouden. Een deel van de aanwezigen meent dat concentratie vanzelf gaat: indien Rotterdam beschikt over goed gekwalificeerde natte rechters, zal de rechtbank Rotterdam door partijen worden gekozen als rechtbank. De deelnemers zijn overtuigd van het belang van een gespecialiseerde kamer voor complexe zaken die verband houden met vervoer over water bij de rechtbank Rotterdam. Sommigen vinden exclusieve concentratie van natte zaken bij de rechtbank Rotterdam echter onwenselijk en moeilijk te rechtvaardigen. Een respondent en ook enkele deelnemers aan de expertmeeting zagen voordelen in een concentratie in twee kamers in plaats van een enkele: Rotterdam en – bijvoorbeeld – Amsterdam. Een absolute concentratie van gespecialiseerde natte zaken zou, vreesde men, de binding van het natte recht in het grote geheel van de Nederlandse rechtspraak niet ten goede komen. Concentratie van alle vervoerszaken, inclusief wegvervoer, wordt niet als noodzakelijk ervaren. Relatief simpele zaken, bijvoorbeeld CMR-zaken, kunnen worden behandeld door meerdere rechtbanken (er is verdeeldheid over hoe goed rechtbanken in den lande CMR-zaken doen: volgens de een gaat dit prima, een ander betwijfelt dit).

3.4.2 Mogelijke keerzijden

Enkele respondenten wezen op de keerzijde van de monopoliepositie die het gevolg is van concentratie van het specialisme bij één rechtbank. Een dergelijke positie zou, vreesde men, een zekere juridische arrogantie in de hand kunnen werken en een enclave binnen de rechtspraak kunnen creëren. De betrokken rechters zouden een kokervisie kunnen ontwikkelen waarbij zij het contact met het Nederlandse recht in het algemeen uit het oog verliezen. Het moet ook niet zo zijn dat het natte recht beheerst gaat worden door een kleine club juristen en rechters die voor buitenstaanders schimmig en ondoordringbaar is. Dergelijke zorgen werden echter vooral uitgesproken door advocaten en rechters. Medewerkers van bedrijven zagen hier voor hun positie geen directe nieuwe problemen uit voortkomen.

[Er wordt wel gesuggereerd dat gespecialiseerde rechters een kokerblik ontwikkelen.]
'Oh ja? Daar zie ik het probleem niet bij, pas als het heel extreem wordt. Maar als die suggestie er is, betekent dat dat de rechtbank er rekening mee kan houden. Het probleem nu is dat veel rechters juist veel te weinig specialistische kennis hebben. Een beetje meer koker mag van mij dan best.'

Voor respondenten bij bedrijven staat specialisatie voorop. De advocatuur of de rechtspreekende macht zal hier niet als ondoorzichtiger

door ervaren worden dan nu het geval is, en zich hier ook niet in onderscheiden in verhouding tot andere sectoren. Als men nu een advocaat in de arm neemt, houdt men die ook in de gaten.

‘Bij mijn vorige werk hadden we regelmatig advocaten, en daar leer je wel van. Het zijn linke jongens waar je de hele tijd bovenop moet zitten. Advocaten gaan voor jou regelen wat je wilt, en morgen doen ze iets anders voor een ander. Hun belang is het financiële belang.’

‘Je moet boven op zo’n zaak zitten. Ook naar je advocaat toe. Die gasten hebben ook andere zaken omhanden, dus je moet ook als klant zijnde flink gas geven naar je advocaat toe om alles aan de gang te houden... Zolang [een advocaat] z’n uren maar maakt, neemt hij ieder standpunt in wat jij maar wilt.’

Respondenten uit het bedrijfsleven waren duidelijk voorstander van specialisatie. Directe nadelen als een ‘ons kent ons’-mentaliteit onder rechters en advocaten verwachtte men niet, al zag men echter wel een gevaar in een ‘wij kennen hen’-benadering door juristen.

‘Wat [rechters] echt vooral nodig hebben is kennis van het juridische wereldje en de trucjes die advocaten gebruiken. Die advocaten kennen de rechters en weten precies wat ze bij welke rechters moeten zeggen, en daar bereiden ze zaken op voor. Misschien kent die

rechter de advocaten ook wel, maar er zijn nu eenmaal veel meer advocaten dan rechters, dus dat is nogal problematisch.’

De deelnemers aan de expertmeeting spraken vooral hun zorg uit over het kleine aantal rechters – drie of vier meende men, de rechters missen een helder profiel als gespecialiseerde groep – dat bij de Rotterdamse rechtbank over deze specialistische natte kennis beschikt. Door roulatie of vertrek anderszins kan de specialistische kennis snel en plotseling verdwijnen. Dit is een angst – en deels een frustratie – die de respondenten uit het bedrijfsleven volledig delen. Het aanbrengen van een zaak wordt, zoals ook hierboven al ter sprake kwam, soms ervaren als een gok. En hoewel men bij de rechtbank Rotterdam redelijk zeker is van deskundige behandeling, blijft men een zeker risico zien.

‘Ik had laatst een rechter die echt zaken over cargadoorswerk wist en begreep, geweldig was dat!’

‘Kennis van schepen, het vak, hij of zij moet ervaring hebben met de business en weten hoe de zaken in hun werk gaan. Soms heb je zo’n gerouleerde rechter die zo’n zaak over ladingschade of aanvaring of cascofouten moet beoordelen. Vreselijk! Dat kunnen ze echt niet.’

‘Het is heel frustrerend voor een advocaat in een megacomplexe zaak dat hij uit moest

gaan leggen van dit is de voorkant en dit is de achterkant van zo'n boot. Ja, dan ben je eigenlijk al een beetje achter de feiten aan het lopen. Maar zo gaat dat zo'n beetje.'

3.4.3 Vereiste deskundigheid

Respondenten stellen dat rechters op de hoogte moeten zijn van relevante regelgeving en jurisprudentie, zowel op nationaal als internationaal niveau en – geven verschillende respondenten aan – ook in ieder geval een basis hebben in relevante vreemde rechtssystemen. Voor charterparties bijvoorbeeld, die ook veel in Nederlandse contracten gebruikt worden, is kennis van het relevante Engelse recht onontbeerlijk. Boek 8 BW, zee-recht en verzekeringsrecht alsmede een breed scala aan internationale verdragen vormen de basisbagage voor een natte rechter. Echter volstaan deze niet. Tijdens de expertmeeting werd opgemerkt dat voor grote delen van het natte terrein geldt dat het verweven is met gewoontes en verschijnselen die niet in de lesboeken terug te vinden zijn. Een rechter moet bekend zijn met een brede praktijk die van beursverzekeraars tot de haven reikt, snappen wat er gezegd wordt en in staat zijn door onzin heen te prikken. Brede kennis en ervaring zijn dus nodig. Dit blijkt ook uit de reacties van andere respondenten. Enerzijds spreekt men met bewondering over een rechter die grote inhoudelijke kennis heeft en vaak door de strategieën van advocaten heen prikt, anderzijds herinnerde een vervoerder zich huiverend

een uitspraak waarin gesteld werd dat containers onderdeel zijn van een schip. De uitspraak werd in hoger beroep ongedaan gemaakt maar had grote implicaties kunnen hebben voor de Rotterdamse vervoerswereld en de positie van Nederland, omdat containers internationaal als vracht en niet als scheepsonderdeel beschouwd worden. Een bedrijfsjurist begreep de problemen voor rechters die nieuw met het veld geconfronteerd werden wel. Hij stelde:

'Het natte recht is een redelijk wereldje op zichzelf, met eigen gebruiken, jargon en tradities. Het is natuurlijk ook al een heel oud rechtsgebied met soms vreemde en verouderde regels.'

Sommige respondenten vinden juridische kennis echter per definitie niet volstaan, en menen dat rechters ook enige kennis van de gang van zaken binnen de haven en transportwereld moeten hebben. Respondenten van verschillende havenbedrijven en reders geven aan graag rechters en ander rechtbankpersoneel eens rond te leiden en de gang van zaken te laten zien. Verschillende typen kranen, verschillende soorten schepen en verwerkingsprocessen van containers. Enige praktijkkennis, zo denkt men, zal de omstandigheden in de haven een stuk inzichtelijker maken voor de rechtsprekende macht. Een respondent verwoordde die noodzaak aldus:

‘Dat ze weten hoe zo’n boot in elkaar zit en hoe de vaargeulen in de Schelde lopen en zo. Met dat soort zaken staan of vallen heel veel zaken bij de rechter, maar vaak moet je dat expliciet gaan staan uitleggen voordat zo’n rechter het snapt.’

De ideale natte rechter zoals deze uit de antwoorden van respondenten naar voren komt is iemand met zowel een stevige juridische bagage als een grondige kennis van de praktijk van de scheepvaart, vervoer en internationale handel.

‘[Rechters moeten beschikken over] pragmatisch denkvermogen. Ze moeten verder kunnen kijken dan alleen wat er in de boeken staat en de rechtstheorie. Idealiter hebben ze praktijkkennis uit de advocatuur of hebben ze op andere wijze ervaring opgedaan. Het is belangrijk dat een rechter weet dat als er sprake is van een container waarin de lading is gaan rotten, het ventilatiesysteem een rol speelt en dat dat per schip kan verschillen. Dat staat niet in de boeken, maar een rechter met ervaring kan het weten en zou het moeten weten.’

3.4.4 Deskundigheid voldoende?

Respondenten zijn unaniem van mening dat de Rotterdamse natte rechters over de vereiste deskundigheden beschikken.

‘Ja, absoluut. Voor Nederland zijn ze de absolute top. En ook binnen Europa zouden ze goed mee kunnen komen. Ik denk dat ze qua kundigheid de concurrentie met Londen best aan zouden kunnen.’

‘Ik vind dat er morgen een wettelijke bepaling moet komen dat alle natte zaken en alle vervoerszaken naar Rotterdam gaan. Het is natuurlijk waanzin om daar in Almelo naar te gissen.’

Respondenten, die veelal ook buitenlandse ervaring hebben, geven aan de Nederlandse rechtspraak als kwalitatief hoogwaardig te ervaren en het natte recht als strikt neutraal. Het gaat er echter om, benadrukken verschillen respondenten, of de zaak door een deskundige rechter behandeld wordt. Ook de deelnemers aan de expertmeeting vinden dat de rechtbank Rotterdam de vereiste brede specialistische kennis in principe in huis heeft. Ze menen echter dat het aantal experts te klein is. Een sterkere ondersteuning van het specialisme vanuit de rechtbank zou daarom zeer welkom zijn.

3.5 Opvattingen over kwaliteit

3.5.1 Wat verstaan gebruikers onder goede rechtspraak?

We hebben respondenten gevraagd aan welke eisen kwalitatief goede gerechtelijke geschilbeslechting voor natte zaken moet

voldoen. Respondenten denken dan vooral aan een goed gemotiveerd vonnis uitgesproken door een kundige rechter. Men verwacht een gedegen inhoudelijke kennis van de rechtbank blijkend uit een deskundige behandeling en een heldere uitspraak.

‘De motivering moet deugen. Als dat in orde is, gaat de rest ook wel goed.’

‘Dat hoor en wederhoor is toegepast, dat beide partijen in de gelegenheid zijn gesteld om hun verhaal te doen, en dat er een heel goed gemotiveerd vonnis ligt. Je kunt winnen of verliezen, de rechtvaardiging daarvan vindt haar grondslag in de motivatie van de uitspraak.’

Idealiter volgt die uitspraak binnen een redelijke termijn, zodat advocaat- en eventuele rentekosten beperkt blijven. Een essentieel en steeds terugkerend thema is de deskundigheid van rechters. Uit een uitspraak moet blijken dat alle aspecten van de zaak in overweging zijn genomen en dat de conclusies daar logisch uit volgen.

‘Kundigheid is veruit het belangrijkste. Alle punten van het geval moeten aantoonbaar zijn meegenomen in de uitspraak. De uitspraak moet nauwkeurig en helder zijn. Ik moet overtuigd worden van wat er staat.’

In natte zaken is het maken van een gang naar de rechter vaak een weloverwogen keuze. Zoals in de eerdere paragraaf over de besluit-

vorming rond procederen uiteen is gezet, heeft men meestal reeds geprobeerd met de tegenpartij tot een minnelijke oplossing te komen en gaat daar vaak hangende de zaak nog mee door. Als partijen de zaak niet intrekken, betekent dit dan ook dat men daadwerkelijk een uitspraak wil.

3.5.2 Vier kwaliteitsdimensies

In onze interviews hebben we alle respondenten gevraagd hoe belangrijk zij de volgende aspecten van kwaliteit vinden: de bejegening van procespartijen, onpartijdigheid, de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van behandeling en uitspraak, de duur van de procedure. Respondenten vonden het veelal moeilijk deze vier aspecten in een volgorde te plaatsen omdat ze ieder punt op zich belangrijk achtten. Enkele algemene tendensen zijn echter te onderscheiden.

Hoewel de inhoudelijke kwaliteit veelal het belangrijkste werd gevonden, gaf de doorlooptijd van de procedure aanleiding tot zeer verschillende meningen. Voor sommige respondenten, vooral verzekeraars, waarbij het geschil om abstractere zaken als de noodzaak tot of de hoogte van een uitbetaling gaat, was tijd niet direct een issue. Voor anderen, bijvoorbeeld reders en cargadoors, was tijd wel degelijk een essentiële factor, omdat het in deze gevallen vaak om hele concrete belangen gaat. Onpartijdigheid werd als een uitermate belangrijke factor voor goede rechtspraak gezien, maar ook als een standaardge-

geven in Nederland en daarom veelal als inherent aan de juridisch-inhoudelijke kwaliteit. De bejegening door de rechtbank zagen veel respondenten op zich als een factor van relatief belang, tenzij die bejegening de kwaliteit van de uitspraak beïnvloedde. Respondenten deelden dus geen eenduidige visie en gaven verschillende waarderingen voor de aspecten in verschillende situaties. Een wat uitgebreidere afzonderlijke bespreking van de vier dimensies maakt dit duidelijker.

Juridisch-inhoudelijke kwaliteit

Het belang van dit aspect is in de vorige paragraaf impliciet al naar voren gekomen. Indien een rechter niet thuis is in de bijzonderheden van het natte recht kan er bijna per definitie geen goede uitspraak verwacht worden, zo menen zowel respondenten als deelnemers aan de expertmeeting. Echter, met een kundige rechter is men er nog niet. De kundigheid moet ook uit de uitspraak blijken. Overwegingen en conclusie moeten helder, onderbouwd en bovenal als juist worden ervaren.

‘De beslissing en de redenering moeten begrijpelijk zijn. Wetgeving en eerdere jurisprudentie moeten erin zijn meegenomen en op basis hiervan moet de uitkomst kloppen. Wij, en onze advocaat, moeten inzien dat de beslissing juist is en het kunnen begrijpen. We hoeven niet altijd gelijk te hebben. Als we een gemotiveerd vonnis hebben waarmee wordt duidelijk

gemaakt dat we het niet hebben dan jammer maar helaas, heb ik vrede mee.’

Wordt in het vonnis niet (overtuigend) op alle argumenten ingegaan, dan kan dat aanleiding voor respondenten zijn om in hoger beroep te gaan. Wanneer zaken duister blijven, zijn respondenten niet geneigd de juistheid van de uitspraak zonder meer te accepteren.

‘De rechter ging compleet voorbij aan ons argument van zorgplicht en refereerde er ook niet aan in zijn vonnis. Dat vonden we erg vreemd en niet getuigen van veel grip op de zaak. Ook als het argument volgens de rechter geen hout had gesneden, had toch uitgelegd moeten worden waarom dat het geval was. De uitspraak was dus nogal teleurstellend... Dat kan toeval zijn geweest, maar dat weet ik niet. Dus in principe denk ik dat ze goed zijn, ja, maar ik heb wel enige reserves.’

Onpartijdigheid

Onpartijdigheid is volgens respondenten in feite inherent aan de Nederlandse rechtspraak.

‘Nederlandse rechtspraak is van hoge kwaliteit en dat heeft ermee te maken dat het eigenlijk volstrekt eerlijk is en ik weet dat dat in het buitenland niet zonder meer vanzelfsprekend is. Op een steenworp afstand al niet meer. In Nederland zijn rechters onbesproken, neutraal, toegankelijk. In Rotterdam met name is de handelskamer echt top.’

Zowel respondenten als deelnemers aan de expertmeeting zeggen buiten de rechtbank om, op een enkele uitzondering na, geen contact met rechters te hebben.⁴⁵ Beide groepen gaven aan dit als een goede zaak te zien, omdat nauwere contacten wellicht de indruk van partijdigheid in de hand kunnen werken. Een respondent stelde:

‘De rechters ken ik alleen vanuit de rechtszaal en dan ook maar één of twee. Ik vind dat wel prima, een rechter moet onpartijdig zijn en als de rechters te vaak op de zeerechtsborrels of soortgelijke bijeenkomsten zouden verschijnen en veel contacten met de advocatuur of bedrijfsjuristen zouden onderhouden, zou dat hun imago van onpartijdigheid wellicht geen goed doen. Als ik voor een rechter stond en ik wist dat deze goed bevriend was met de advocaat van de tegenpartij – wat ik zou weten, want het is een klein wereldje – zou ik me daar niet prettig bij voelen. Het zou vermoedelijk ook niet voldoende reden zijn om de rechter te wraken; het zou dus tot ongemakkelijke situaties leiden.’

Onpartijdigheid heeft echter ook andere verschijningsvormen. Een enkele respondent suggereerde dat onder advocaten het idee leefde dat rechters hun oordeel soms al op basis van het dossier hadden vastgesteld nog voordat de zitting had plaatsgehad, en zich niets aantrokken van wat er vervolgens tijdens de zitting naar voren werd gebracht. Men benadrukte dat dit zeker niet voor alle rechters

gold, maar dat het wel een punt van aandacht voor de rechterlijke macht kan zijn.

Bejegening van procespartijen

De bejegening was voor veel respondenten een punt van weinig zorg. Zolang men beleefd te woord gestaan werd en er de ruimte was om de eigen versie van het conflict weer te geven en het eigen verhaal te doen, stelden veel respondenten zich op het punt dat dit volstond. Een respondent verklaarde dit als de algemene werkmentaliteit in de Rotterdamse natte sector: ‘Als je niets hoort, is het goed. Maar o wee als het niet goed is.’ Enkelen brachten naar voren dat de rechtbank zelfs best kritischer zou mogen zijn en ‘onzinargumenten’ die nu veel tijd kosten sneller af zou mogen knippen.

Evenwel zagen verschillende respondenten het belang van een correcte behandeling zeer zeker in. Enkele respondenten wezen erop dat het vooral voor partijen die slechts incidenteel bij de rechtbank komen zeer belangrijk is. Repeat players kennen de gang van zaken, maar voor one-shotters gaat het om een nieuwe belevenis. Een correcte behandeling, denkt men, draagt altijd sterk bij aan de positieve beleving van de hele procedure door partijen. Het is dus zeker van belang. Niettemin, bracht een andere respondent naar voren, hoeft de rechtbank ook niet met koffie en gebak klaar te staan. Men gaat naar een juridische autoriteit om een bindend oordeel te krijgen over het conflict van partijen. Een zekere formaliteit is dan ook op zijn plaats.

45 De uitzondering betreft een rechter die ook lid is van de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Vervoersrecht en in die hoedanigheid ook buiten de rechtszaal om professioneel (zo benadrukken respondenten) contact heeft met natte juristen.

De duur van de procedure

Respondenten zijn verdeeld over het belang van een snelle procedure. Voor sommigen, zoals verzekeraars die in veel zaken verwickeld waren, speelde de duur van de procedure een minder grote rol terwijl deze voor anderen juist het belangrijkste punt was. Een verzekeraar gaf aan:

'(...) De tijd speelt geen grote rol. Ik ga geen dingen forceren, want als je dat per se wilt doen, kost het je geld.'

Voor veel anderen is een lange looptijd echter zeer nadelig. Het kan zakelijke relaties beschadigen en de gewenste duidelijkheid blijft uit. De financiële gevolgen kunnen ook navenant zijn.

'[Een snelle afwikkeling] houdt de kosten binnen de perken. Als een zaak vijf of zes jaar duurt en je wordt dan in het ongelijk gesteld, krijg je ook nog een flinke rente boven op het bedrag. Dat is doodzonde en zou voorkomen moeten kunnen worden. Het is voor alle partijen praktisch om te weten waar je aan toe bent, en het is eigenlijk niet meer van deze tijd om jaren over een zaak te doen. Een jaar zou echt het maximum moeten zijn.'

'Snelheid! En duidelijk en rechtvaardig natuurlijk. Maar vooral snel, dan weten we waar we aan toe zijn.'

De mening over de snelheid van de rechtbank varieert. Hier zit geen absolute, duidelijke lijn in. Sommige respondenten vonden de afhandeling soms redelijk of zelfs snel, anderen benadrukten de lange duur. Sommige respondenten gaven aan een versnelling te signaleren, anderen zagen in de lange wachttijd een grond om de rechtbank zo veel mogelijk te vermijden en juist alternatieven te benutten. De oorzaak van deze lange tijd werd vaak niet direct bij de rechtbank gelegd, maar gezien als iets wat zijn macht te boven ging, of wellicht inherent aan de sector is:

'(...) De duur van de procedure, daar gaat die rechtspraak niet over, daar gaat Den Haag over, namelijk over hoeveel geld hebben we ter beschikking.'

'Duurt hier ook vaak lang hoor, maar niet zo erg als [in Frankrijk en België]. Italië is ook zo erg. Eigenlijk hoe verder je weggaat, hoe gekker het wordt. Roemenië, Bulgarije, daar zitten we natuurlijk ook vaak met vervoerders.'

Dat neemt echter niet weg dat de lange looptijd irritatie en onbegrip in de hand werkt. Zeker onder partijen die zelden of nooit bij de rechter komen.

'Dat je echt op een gegeven moment aan je cliënt niet meer kon uitleggen... het spijt me, we zijn al een jaar op het vonnis of op het arrest aan het wachten en ik heb niet één middel tot mijn beschikking om die rechters te

*dwingen om met een uitspraak te komen...
Maar dat is dus eigenlijk niet beter geworden.'*

De rechtbank zou echter wel meer kunnen doen om het probleem op te lossen. Veel respondenten geven aan dat meer gespecialiseerde rechters en een stop op roulatie veel goeds zouden kunnen betekenen. Evenwel zal dit niet alle vertragingen oplossen. Binnen de sector zelf is het trainen van zaken om tot een andere oplossing buiten de rechtbank te komen een beproefde juridische techniek. Het recht biedt hier de nodige ruimte toe, en dit zal niet snel veranderen. Echter, voor bedrijven die een gerechtelijke uitspraak willen en liefst op zo kort mogelijke termijn, zou de kwaliteit van de rechtspraak volgens respondenten zeker verbeterd kunnen worden.

De meningen van de deelnemers aan de expertmeeting en die van de respondenten van bedrijven over het belang van de vier verschillende kwaliteitsdimensies ontlieden elkaar niet veel.

	Bejege- ning	Onpartijdig- heid	Kwaliteit	Doorloop- tijd
expertmeeting	3	4	1	2
respondenten	4	2	1	3

(1 = meest belangrijk, 4 = minst belangrijk.)

Hier moet echter wel bij opgemerkt worden dat de deelnemers aan de expertmeeting

onpartijdigheid als een impliciet gegeven veronderstelden, en dat dit bij respondenten niet zonder meer het geval was. Daarnaast is de doorlooptijd bij respondenten een complexe categorie die in de vorige tabel onvolgende naar voren komt. De scoreverdeling was als volgt:

score	1	2	3	4
X	4	0	4	2

Bedrijven die een 1 (meest belangrijk) gaven, waren vooral reders en vervoerders; bedrijven waar 'tijd geld is', omdat slepende zaken handelsrelaties in de war kunnen schoppen. De bedrijven die een 4 (minst belangrijk) gaven, waren verzekeraars voor wie een lange adem juist financieel voordelig kan zijn.

3.5.3 Beoordeling kwaliteit natte kamer

Bij hun beoordeling van de kwaliteit van de natte rechtspraak van de rechtbank Rotterdam op de genoemde aspecten brachten respondenten en deelnemers aan de expertmeeting de volgende punten naar voren.

De juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de behandeling en de beoordelingen zijn dusdanig dat respondenten de rechtbank voor natte zaken 'zonder meer de beste van Nederland' noemden. De kwaliteit werd zeer hoog bevonden en de uitleg over het algemeen heel goed. Het lezen van de uitspraken vonden verschillende respondenten bijdragen aan het

ontwikkelen van goed inzicht in het natte recht. Een enkeling noemde de motiveringen soms onbegrijpelijk, maar meende dat dit wellicht ook met zijn gebrek aan kennis van het specialisme te maken kon hebben. Opvallend is dat veel respondenten de rechtbank roemen om zijn specialistische kundigheid, maar enkelen juist ook op interpretatiefouten wijzen die men wijt aan een mogelijk gebrek aan deskundigheid. Een mogelijke verklaring zou kunnen zijn dat deze respondenten een minder ervaren rechter troffen. Opvallend was dat het vooral one-shotters waren die neutraal tot negatief over de rechtbank oordeelden, terwijl repeat players duidelijk een positieve mening over de deskundigheid van de rechters hadden. Ook de deelnemers aan de expertmeeting, voor het grootste deel natte juristen, waren van mening dat de juridisch-inhoudelijke kwaliteit in natte zaken van de Rotterdamse rechtbank zeer goed was. De onpartijdigheid werd door respondenten noch deelnemers aan de expertmeeting betwijfeld. Zoals hierboven aangegeven worden er geen contacten met rechters onderhouden buiten de rechtszaal. Men ervaart dit als neutraliteit en een zekere distantie van de zijde van de rechters, en is ervan overtuigd dat deze houding de onpartijdigheid ten goede komt.

Over de bejegening van procespartijen ter zitting waren alle respondenten goed te spreken. 'Beleefd' en 'behoorlijk' waren gebruikte termen. Rechters laten partijen hun zijde van de zaak toelichten maar houden ook

actief de vaart in zittingen. Een veel geuit bezwaar betrof pogingen van de rechtbank om tijdens de zitting alsnog te trachten partijen op de gang tot een vergelijk te laten komen.⁴⁶ Een enkele respondent gaf aan zich hierdoor niet serieus genomen te voelen in de wens een uitspraak te krijgen. De respondent voelde zich door deze gang van zaken onzeker en vreesde door weigering wellicht de rechter tegen zich in te nemen, en ging daarom uiteindelijk akkoord met een vergelijk dat minder voordelig was dan hij van een uitspraak had verwacht. Niettemin zagen respondenten ook de tijds- en financiële besparingen die een schikking voor zowel hen als de rechtbank opleverde.

De duur van de procedure werd door velen gezien als de achilleshiel van de rechtbank, hoewel de indrukken en de vermeende oorzaken wisselend zijn.

'Als er meer natte rechters waren, zouden de doorlooptijden korter worden en dat zou heel veel gaan schelen.'

'Niet de snelste helaas, maar dat ligt aan ons rechtssysteem.'

'Zaken duren jaren.'

Het is zeker zo dat zaken jaren- en zelfs decennialang door kunnen gaan, maar andere respondenten herkenden zich niet zozeer in deze situatie en meenden dat de rechtbank heden ten dage toch echt sneller is dan in het

46 Respondenten wisten niet of dit afhing van de persoonlijke voorkeur van de rechter of dat deze gang van zaken inmiddels officieel beleid was.

verleden het geval was. Ook de deelnemers aan de expertmeeting lieten zich kritisch uit over de snelheid. Doorlooptijden zijn volgens de een slecht, volgens de ander sterk wisselend. De indruk werd gewekt dat dit ook per rechter kan verschillen. Lang wachten op de uitspraak, zo meende men, zou vermeden kunnen worden door een efficiëntere interne organisatie van de rechtbank. Ervaringen met de rechtbank Haarlem en Arnhem werden genoemd, waar vergelijkbare vervoerszaken wel binnen zes weken na zitting tot een uitspraak leiden. Een van de aan de expertmeeting deelnemende advocaten had ter voorbereiding op de bijeenkomst cliënten gebeld. Zijn cliënten hadden laten weten het erg storend te vinden dat de rechter bij de pleitzitting stelt over zes weken uitspraak te zullen doen, terwijl er zeer vaak na zes weken geen uitspraak is en deze steeds wordt uitgesteld. Deze gang van zaken en het gebrek aan inzicht in oorzaken leidt tot irritatie bij de cliënten. Deelnemers aan de expertmeeting zijn van mening dat na het pleidooi er binnen zes weken een uitspraak zou moeten zijn. Dat geeft ook de indruk dat rechters hebben geluisterd naar wat partijen naar voren hebben gebracht. Wanneer uitspraak binnen zes weken niet mogelijk is, zou van aanvang aan een langere termijn moeten worden aangekondigd.

3.5.4 Buitenlandse benchmarks

Respondenten zijn lovend over de kwaliteit van de Rotterdamse natte kamer. Verschillende respondenten en deelnemers aan de expertmeeting gaven aan te vinden dat Rotterdam niet onderdoet voor prominente fora zoals die in Londen. Aangezien Londen door respondenten wordt beschouwd als het wereldforum op het gebied van natte zaken – zowel voor arbitrage en mediation als voor rechtspraak – is dit een stevige uitspraak.

Respondenten vinden Rotterdam gunstig afsteken in vergelijking met veel andere buitenlandse natte rechtbanken op alle bovengenoemde kwaliteitscriteria. Zowel respondenten als deelnemers aan de expertmeeting vergeleken Rotterdam met een breed scala aan andere Europese rechtbanken en trokken de conclusie dat naast Londen de Duitse rechtbanken in Hamburg en Duisburg wellicht nog iets beter waren, maar dat rechtbanken in andere landen veelal slechter zijn. België, zo gaf men aan, is oneindig trager, net als bijvoorbeeld maritieme landen als Griekenland en Italië. Buitenlandse rechtbanken worden regelmatig als niet-neutraal ervaren (Rusland, maar ook Frankrijk) en respondenten met ervaring zijn er niet zonder meer met een voldaan gevoel vertrokken.

Wat Rotterdam bovendien effectief maakt, vinden de respondenten, is dat documenten niet in het Nederlands behoeven te zijn gesteld om door de rechtbank geaccepteerd te worden. De rechters spreken hun talen en

Engels-, Frans-, of Duitstalige documenten worden geaccepteerd. Dit is zonder meer uniek. Bij rechtbanken in andere landen is de ervaring dat er eerst een officiële vertaling moet komen, wat tijd en geld kost. Bovendien, menen veel respondenten, heeft de Rotterdamse rechtbank door wat het belang van een zaak voor partijen is; de rechters hebben oog voor de handel. In bijvoorbeeld Frankrijk heeft de rechtbank dit vaak niet en komt men pas in hoger beroep bij een equivalent van Rotterdam terecht.

De Rotterdamse rechtbank is in vergelijking met andere internationale fora van grote klasse, zo menen respondenten. Maar of Rotterdam een volwaardige internationale concurrent voor Londen is dan wel zich daartoe zou kunnen ontwikkelen, is een vraag die de meningen verdeelt. Kwalitatief, menen verschillende respondenten, zeker wel. Zij vinden dat Rotterdam over voldoende kundigheid beschikt om de concurrentie met arbitrage en rechters in het buitenland aan te kunnen. Daarnaast is Rotterdam, ook al klaagt men over de snelheid, vaak sneller dan Londen en een stuk goedkoper. Qua mentaliteit van de lokale natie juristen is het echter een ander verhaal.

'Er is daar [Londen] een massa ontstaan die het gewoon niet laat gebeuren dat zaken gemakkelijk worden afgesnoept. Als je dan bereid bent om met een helikopter gelijk uit te rukken uit Londen om te landen op een schip dat een aanvaring heeft gehad op de

Schelde om te voorkomen dat Antwerpse advocaten eerder zijn...'

Zou het Nederlandse Rotterdam een forum kunnen worden voor de toepassing van Engels maritiem recht? Verschillende respondenten meenden dat de bovengenoemde punten van snelheid, prijs en kwaliteit dit zeker mogelijk zouden maken. Een belemmering voor Rotterdam is de traditionele forumpositie die Londen inneemt. Londen wordt veelal standaard in internationale contracten opgenomen. Afwijking ten faveure van Rotterdam zal niet eenvoudig zijn. Bovendien worden veel internationale contracten gesloten op Engels recht. Hoewel respondenten menen dat de Rotterdamse rechters daar goed mee uit de voeten kunnen, is dat niettemin een ander rechtssysteem dan het Nederlandse. Een kritische en ervaren respondent stelde echter ook:

'Je moet de rechtspraak ook met elkaar vergelijken. Een Engelse rechter in een vervoerszaak is iemand die uit de hoogste regionen van de transportadvocatuur is gerekruteerd. Iemand met een Oxford-achtergrond... die een tafelrede van een uur kan houden..., [die] een uur lang een juridisch betoog kan houden zonder op een blaadje te kijken. Dat is van een niveau, dat kennen we hier niet. Bovendien, Engelse procedures gaan mondeling. Nederlandse gaan schriftelijk.'

Een ander, wellicht essentiëler, aspect is voorts wat er in feite precies gebeurt.

‘Wat nog veel belangrijker is: het procederen in Engeland is zo godvergeten kostbaar dat er maar heel weinig zaken bij de rechter terechtkomen. In Nederland valt dat mee, in Rotterdam zijn ook de vervoerszaken bulk wat gewoon weggewerkt moet worden. Claims van 20.000 of 50.000 euro, daar ga je in Engeland echt niet voor naar de rechter. Dat kan niet.’

Op dit punt bestaat dus een aanzienlijk verschil tussen de Nederlandse en de Engelse natte praktijk.

3.6 Knelpunten en suggesties voor verbetering

In de voorgaande paragrafen zijn verschillende punten van kritiek op de huidige positie en mogelijkheden van de Rotterdamse natte kamer reeds naar voren gekomen. Respondenten zagen mogelijkheden en voordelen in een duidelijke afbakening van het terrein van de natte kamer, en in een duidelijker profilering.

3.6.1 Suggesties voor verbreding van het werkteerrein en verdere concentratie

Gedurende de interviews kwam de onduidelijke status van de Rotterdamse natte kamer regelmatig naar voren als een punt van

aandacht. Een deelnemer aan de expertmeeting vatte de mening van velen samen met de vraag: ‘Hebben we die dan?’ Alle respondenten waren bekend met de in Rotterdam aanwezige expertise, maar de onmogelijkheid direct een beroep op dit specialisme te doen, omdat er geen sprake is van een erkende speciale kamer, werd door velen als een nadeel ervaren. De specialistische kennis benodigd voor het juist en efficiënt afhandelen van natte zaken is er nu wel, maar kan niet ten volle benut worden. Ook tijdens de expertmeeting is uitgebreid stilgestaan bij de afbakening van het werkteerrein van de natte kamer.

Bij respondenten en bij deelnemers aan de expertmeeting riep een eventuele formalisering van de natte kamer echter ook vragen op. Moet deze kamer zich uitsluitend met scheepvaart en verwante zaken bezighouden of moet die een breder terrein bestrijken? Veel deelnemers aan de expertmeeting zagen wel iets in een verbreding. De natte kamer moet zich niet beperken tot de ‘echt natte zaken’, maar een terrein bestrijken waar ook vervoer een rol in heeft. Zo werd bijvoorbeeld een natte vervoerkamer geopperd die het hele gebied bestrijkt van vervoer-verzekering-handel, waarvoor de naam ‘vervoerkamer’ toepasselijker zou zijn. Over de afbakening van een dergelijke vervoerkamer bestaat echter verschil van mening onder de deelnemers. De duidelijke aanwezigheid van een natte kamer in Rotterdam, die ook vervoer en verzekeringen behelst, zien de meeste deelnemers als nuttig,

maar dat zou niet moeten betekenen dat alle vervoerszaken in Rotterdam geconcentreerd worden. Wegvervoer is veel minder gecompliceerd dan haven en scheepvaart en de meeste rechtbanken kunnen er goed mee uit de voeten.

Een punt dat zowel bij de expertmeeting als uit de interviews naar voren kwam, was de wens om natte kort gedingen, die nu vaak door niet-natte rechters worden behandeld, ook door gespecialiseerde rechters te laten behandelen. De garantie van expertise en kwaliteit die dit kan opleveren, wordt als een belangrijke winst gezien.

Geïnterviewden zagen een officiële, gespecialiseerde natte kamer met duidelijke bevoegdheden als een pluspunt, mits een dergelijke ontwikkeling ook een verbetering van de doorlooptijden meebrengt. Over de juridische kwaliteit van de kamer heeft men ook in zijn huidige vorm weinig klachten en bedrijven zullen er dus ook nu naartoe gaan wanneer men een uitspraak hebben wil, en de jurisdictie het toelaat. De winst zit in een bredere, nationale bevoegdheid en een efficiëntere afhandeling van zaken.

3.6.2 (On)bekendheid natte kamer

Hoewel alle respondenten op de hoogte waren van het bestaan van de Rotterdamse natte kamer, is deze kennis nationaal bepaald en constateren respondenten dat buitenlandse firma's geen idee hebben van de expertise die bij de Rotterdamse rechtbank

aanwezig is. Tijdens de expertmeeting werd bovendien geconstateerd dat de rechtbank Rotterdam niet naar buiten treedt met de natte kamer. Er is geen duidelijkheid wanneer een zaak bij de natte kamer komt, welke rechters er zijn, hoeveel rechters er zijn en wanneer een zaak meervoudig wordt behandeld. Meer zichtbaarheid en duidelijkheid worden wenselijk geacht, met name ook om de positie van de natte kamer internationaal te versterken. Een sterkere internationale positie zou de positie van de Rotterdamse haven ten goede kunnen komen en wellicht een alternatief voor Londen naar voren kunnen brengen. De rechtbank zou zijn internationale positie kunnen verbeteren door een groter team aan te stellen dat verankerd is in verschillende gremia van het recht. Er is een sterk team nodig om de natte kamer zich kwalitatief sterk te kunnen laten profileren. Nu is die massa er niet. Een knelpunt hierbij is wellicht de hoeveelheid zaken, maar respondenten verwachten dat als de toegankelijkheid en snelheid van de natte kamer toenemen, het aantal zaken dat ook zal doen. Respondenten van bedrijven menen veelal dat het goed zou zijn enige ruchtbaarheid te geven aan een uitgebreide en verstevigde natte kamer, mocht het zover komen. Deelnemers aan de expertmeeting meenden dat er niet actief reclame gemaakt zou moeten worden voor een nieuwe, uitgebreide natte kamer. Als een dergelijke kamer wordt geformaliseerd en geprofileerd en het functioneren maakt de kwaliteit zichtbaar, dan is dat afdoende.

3.6.3 Roulatiebeleid

Het roulatiebeleid van de rechtbank Rotterdam wordt gezien als een zwak punt van de natte kamer. Hoewel er enkele gespecialiseerde rechters aanwezig zijn, is hun aantal te klein om te garanderen dat natte zaken kundig en binnen een redelijke termijn door een gespecialiseerde rechter worden behandeld. De natte kamer lijkt sterk afhankelijk van één of twee deskundige rechters, wat de continuïteit van de natte kamer kwetsbaar maakt. Een deelnemer aan de expertmeeting stelde dat:

‘Als zij vandaag of morgen onder de tram lopen, heeft de rechtbank een heel groot probleem met welke natte zaak dan ook.’

Onder de deelnemers aan de expertmeeting en onder respondenten bestond zorg over het verloop onder de betrokken rechters. Het algemene roulatiebeleid zou moeten worden herzien om te voorkomen dat specialistische kennis te snel wordt ‘weggerouleerd’, en er moet jonge aanwas gecreëerd worden. Voor dit laatste punt zou een specialisatie binnen de Raio-opleiding geen zin hebben, denkt men. Daarvoor zijn er in de huidige vorm te weinig natte rechters nodig en is de materie te divers, al zou een specialisatie wellicht wel zin hebben als er sprake zou zijn van een vervoerkamer. In de huidige omstandigheden denkt men echter vooral aan het beperken of afschaffen van de roulatie voor een aantal natte rechters. Er zijn goede natte

rechters in Nederland. Sommigen hebben zich in de loop der jaren gespecialiseerd. Als die dan weg worden gerouleerd en vervangen door nieuwe die vast wel van goede wil zijn maar geen idee hebben waar het over gaat, is dat niet goed voor de kwaliteit van de rechtspraak.

3.6.4 Meervoudige behandeling

De meeste respondenten hadden te maken gehad met een enkelvoudige kamer van de rechtbank Rotterdam. Vrijwel niemand had ervaring met meervoudige behandeling. Dit komt overeen met de cijfers, de meeste zaken van de natte kamer worden enkelvoudig behandeld. Sommigen gaven aan dat een meervoudige kamer wellicht de rechtbank zou kunnen behoeden voor missers die onkundige rechters bij enkelvoudige behandeling kunnen maken. Evenwel ging men er tegelijk van uit dat meervoudige behandeling pas plaats zou hebben bij grote belangen, en meenden veel respondenten dat de rechtbank voor dergelijke zaken altijd probeert om gespecialiseerde rechters in te zetten. Tijdens de expertmeeting vroegen de deelnemers zich af wanneer een zaak meervoudig wordt behandeld en wanneer enkelvoudig. De aanwezigen waren van mening dat te veel zaken enkelvoudig werden afgedaan. Vervoer is over de jaren dynamischer en complexer geworden. Complexe zaken of zaken waarmee grote financiële belangen zijn gemoeid, zouden altijd meervoudig moeten worden behandeld.

3.6.5 Comparities

Het beleid van de rechtbank om op schikking aan te sturen wordt door sommige respondenten als dwingend ervaren, en door hen gezien als een smet op de kwaliteit van de rechtspraak; men wil een uitspraak maar krijgt die niet. Ditzelfde punt werd gesteld tijdens de expertmeeting, waar deelnemers opmerkten dat de rechter niet zou moeten aansturen op een schikking als partijen hebben aangegeven dat niet te willen.

‘Bij schikken word je vaak de gang opgestuurd met de andere partij met de opdracht er nog eens over na te denken, maar dat heb je al gedaan, anders stond je niet bij de rechtbank. Laat die rechter actief sturen, een goede kan dat, en dat helpt veel meer. Een soort “rijdende rechter”, partijen moeten dan op voorhand akkoord gaan en dan raakt de zaak snel afgehandeld.’

Dit standpunt van partijen wordt soms echter gedwarsboord door het beleid van de rechtbank zoveel mogelijk te compareren. Hoewel dit aanmerkelijk scheelt in tijd en kosten voor alle betrokkenen, strookt het niet met het verlangen van partijen een eindoordeel van een boven henzelf staande autoriteit te krijgen.

‘Uiteindelijk zei [de rechter]: ‘U weet niet hoe ik straks ga beslissen, dus wellicht wilt u eerst samen op de gang nog eens kijken of u toch

geen mogelijkheden voor een vergelijk ziet?’ Natuurlijk willen we dat niet; dat hebben we allang gedaan! Anders zitten we toch niet bij de rechtbank? Ik zal graag de kosten van die hele onderneming en advocaten uitsparen als dat kan. Ik betaal daar toch niet voor om het vervolgens toch zelf te regelen? We zijn de gang op gegaan en hebben een vergelijk getroffen, omdat de tegenpartij ook niet zo zeker van de rechter was. Maar eigenlijk was dit natuurlijk onzin. Het enige wat deze methode doet, is de rechter tijd en moeite besparen. Dat begrijp ik wel, want die mensen hebben het ook veel te druk, maar het zou niet zo moeten zijn.’

Een comparitie heeft volgens deelnemers aan de expertmeeting alleen zin wanneer de rechter sturend is. De rechter kan partijen attenderen op de economische nadeligheid van doorprocederen boven comparitie, en inzicht geven in de sterke en zwakke punten van de zaak. Een tussenvonnis vóór comparitie, een eerste indicatie van het oordeel van de rechter, zou gewaardeerd worden als basis voor de keuze om al dan niet door te procederen. Hebben partijen aangegeven niet te willen schikken, dan moet de rechter hier niet op blijven aandringen. Zoals de bovenstaande citaten illustreren, leidt een geforceerde schikking veelal tot teleurstelling, omdat partijen een uitspraak van de rechter willen.

3.6.6 Doorlooptijden

De doorlooptijden zijn, na 'opgedrongen' comparities, wellicht de tweede grootste ergernis en de belangrijkste bij de rechtbank Rotterdam. Lang wachten op de uitspraak zou vermeden kunnen worden door een efficiënte interne organisatie van de rechtbank en voldoende staf, denken de deelnemers aan de expertmeeting. De huidige gang van zaken is niet goed voor het imago van de rechtbank als een doeltreffende en betrokken instantie. Respondenten begrepen veelal niet waarom na de zitting de uitspraak zo lang op zich laat wachten en waarom er regelmatig uitstel nodig was.

Vertragingen en aanhoudingen zijn verre van ongewoon, maar leiden tot irritatie bij cliënten. Deelnemers aan de expertmeeting denken dat er idealiter zes weken na het pleidooi een uitspraak zou moeten zijn.

3.6.7 Het gerechtshof Den Haag als beroepsinstantie

Het hof in Den Haag, de beroepsinstantie voor de Rotterdamse natte kamer, kampt met soortgelijke capaciteitsproblemen als de natte kamer zelf. Tijdens de expertmeeting kwam naar voren dat het hof te weinig capabele mensen op dit gespecialiseerde terrein heeft en als gevolg hiervan laten de uitspraken veel te lang op zich wachten. Twee jaar zou geen uitzondering zijn. De raadsheren zijn kwalitatief goed, maar dergelijke doorlooptijden zijn problematisch.

3.6.8 Geen behoefte aan procederen in het Engels of aan een nieuw forum voor natte zaken

Een vraag in ons onderzoek was de behoefte, zoals gevoeld door gebruikers, aan een ander, nieuw forum voor natte zaken dan wel de mogelijkheid om in het Engels te kunnen procederen. Geen van beide bleek een prangende behoefte.

Respondenten gaven aan dat op dit moment stukken reeds in vreemde talen kunnen worden ingediend en dat dit voor hun behoeften volstond. Volledig in het Engels procederen zou eerder problematisch kunnen zijn, omdat Engelse en Nederlandse juridische begrippen vaak anders worden uitgelegd. De Rotterdamse natte rechters hebben een gedegen kennis van het Engels recht, meende men, dus daar is een verandering van taal ook niet voor nodig. Bij de expertmeeting dachten deelnemers dat aangezien Engelse advocaten hun eigen taal beter beheersen, deze bij procederen in het Engels wellicht een rol in Rotterdam zouden gaan spelen waarin ze de Nederlandse advocaten en rechters overvleugelen.

Volgens de deelnemers aan de expertmeeting is er ook geen behoefte aan een geheel nieuw internationaal forum voor natte zaken om het monopolie van Londen te doorbreken en schappelijke tarieven te realiseren. Respondenten van bedrijven gaven echter aan wel geïnteresseerd te zijn in pogingen van Rotterdam, als die er zouden komen, om zich op een dergelijke wijze te profileren. Vooral in de kosten zou een flinke slag op Engeland te

maken zijn, denkt men, en bij toegenomen bekendheid van de rechtbank is het zeker niet ondenkbaar dat ook buitenlandse partijen interesse zullen gaan tonen. Kwalitatief kan het Nederlandse natie recht de vergelijking met Londen doorstaan, meent men. Een profilering als alternatief forum zou dus kunnen.

De IE-kamer van de rechtbank Den Haag

Alex Jettinghoff

4.1 Inleiding

4.1.1 Exclusieve competenties

Rond intellectuele eigendom is tegenwoordig een levendige rechtspraktijk gevestigd, waarvan de laatste ontwikkelingen op het internet (www.boek9.nl en www.iept.nl) op de voet kunnen worden gevolgd. Die gevestigde positie is niet altijd vanzelfsprekend geweest. In de tweede helft van de 19e eeuw kwam bijvoorbeeld het octrooirecht in en buiten Nederland onder vuur te liggen, waarbij er veel steun was voor volledige afschaffing.⁴⁷ Dat gebeurde in Engeland en Duitsland uiteindelijk niet, maar in Nederland wel – in 1869. Deze afwijkende Nederlandse ontwikkeling heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat in deze periode in Nederland geen moderne nijverheid bestond die tegenwicht kon bieden. In Duitsland bijvoorbeeld was het de opkomende chemische industrie die afschaffing van octrooibescherming wist te voorkomen. De Nederlandse voorstanders van afschaffing van octrooibescherming hoopten dat Nederlandse ondernemers hun voordeel konden doen met in het buitenland geoctrooieerde (en dus publiek gemaakte) uitvindingen. Van enkele prominente Nederlandse ondernemers is bekend dat zij ook daadwerkelijk hun voordeel hebben gedaan met de afschaffing van de octrooibescherming in ons land. Zo konden de margarinefabrikanten Jurgens en Van den

Berg straffeloos gebruikmaken van Franse patenten en elkaars productie-innovaties kopiëren. Ook de gloeilampenfabrikant in het zuiden des lands kon in deze periode onbekommerd gebruikmaken van de gepatenteerde uitvindingen van Edison.

Het veld van intellectuele eigendom omvat tegenwoordig naast octrooirecht ook merkenrecht, modellenrecht, auteursrecht, handelsnaamrecht en kwekersrecht – om de bekendste rechten te noemen. De intellectuele-eigendomskamer (verder: IE-kamer) van de rechtbank Den Haag neemt op dit terrein een bijzondere positie in, omdat daar enkele exclusieve gerechtelijke competenties zijn ondergebracht, met name die op het vlak van het octrooirecht, het Gemeenschapsmerk, het Gemeenschapsmodel en het kwekersrecht. Verreweg de meeste zaken die tot de exclusieve bevoegdheid van de IE-kamer van de Haagse rechtbank behoren, betreffen in de eerste plaats octrooien en in de tweede plaats Gemeenschapsmerken. Het onderzoek heeft de aandacht gericht op deze twee categorieën. Waarom is de behandeling van deze kwesties bij de rechtbank Den Haag geconcentreerd?

4.1.2 Octrooi

Ondanks het afzweren van het octrooirecht trad Nederland in 1883 wel toe tot het Verdrag van Parijs tot bescherming van de Industriële Eigendom (Unieverdrag van Parijs, UVP). Dat resulteerde in begrijpelijke kritiek uit het buitenland, maar de binnenlandse publieke

47 Zie voor de vroege geschiedenis van het octrooi: Gerzon 1986.

opinie bleef ongeïnteresseerd en verdeeld. Pas tegen het eind van de 19e eeuw (toen ook moderne nijverheid van de grond begon te komen) sloeg de stemming om. Preoccupatie met de kiesrecht kwestie vertraagde het tot stand komen van de Octrooiwet tot 1910. In artikel 54 van de Octrooiwet 1910 werd de Haagse rechtbank aangewezen als de instantie die in eerste aanleg bij uitsluiting kennis zou nemen van vorderingen tot nietigverklaring en opeising van een octrooi.⁴⁸ Voor andere octrooi kwesties (zoals octrooi-inbreuk) waren alle rechtbanken bevoegd.

Deze situatie veranderde niet wezenlijk toen in 1978 het Europees Octrooi verdrag (EOV) tot stand kwam.⁴⁹ Door dit verdrag ontstond een soort Europees octrooi, naast het nationale. Dit Europese octrooi kon sindsdien worden aangevraagd bij een centrale instelling, het Europees Octrooi bureau (EOB), gevestigd in München. De aanvraag wordt door deze instantie inhoudelijk beoordeeld en daarna – bij een positief oordeel – verleend. Er is dan een Europees octrooi dat evenwel direct uiteenvalt in een bundel nationale octrooiën, die zo nodig kunnen worden beschermd in de verdragsstaten waar ze zijn geregistreerd. Het Europees octrooi wordt dan ook een ‘bundel-octrooi’ genoemd.

Een wijziging van de Rijks octrooi wet in 1987 breidde de exclusieve competentie van de rechtbank Den Haag voor octrooi kwesties aanzienlijk uit. Dat gebeurde met het oog op

het tot stand komen van het Gemeenschaps-octrooi verdrag (GOV) in 1975. Een bij het Verdrag vastgestelde Resolutie noopte (vooruitlopend op het Gemeenschaps octrooi) tot centralisatie van de octrooi rechtspraak in de lidstaten. Bovendien:

‘In kringen van belanghebbenden leeft reeds lang de wens om de Haagse rechter ook bij uitsluiting bevoegd te verklaren tot kennisneming van de vordering ter zake van handhaving van octrooiën. Het wordt in die kringen als onbevredigend ervaren dat de bij deze vorderingen steeds aan de orde komende vraag of een handeling inbreuk maakt op een octrooi, met andere woorden de vaststelling van de bescherming van een octrooi, aan het oordeel van elke arrondissementsrechtbank kan worden onderworpen. Vele rechters komen met deze materie zo sporadisch in aanraking dat zij zich bezwaarlijk de ervaring en het gevoel voor technische problemen eigen kunnen maken die voor een goede berechting vereist zijn.’⁵⁰

De Haagse IE-kamer werd zodoende de specialist (ook in kort geding) voor alle (nationale en Europese) octrooi kwesties, dus ook voor octrooi-inbreuken. Het GOV is echter nooit in werking getreden en tot dusverre stelt de Europese interne markt het zonder Gemeenschaps octrooi.⁵¹

48 TK 1904-1905, 197, nr. 3. Cf. Du Pon 2004 en Fasseur-van Santen 2004. De keuze viel op Den Haag omdat daar ook het Octrooi bureau werd gevestigd.

49 Voor een beschrijving van de markante voorgeschiedenis van het EOv: Kranakis 2007.

50 TK 1984-1985, 19 131.

51 Daar is overigens wel hard aan gewerkt. Voor de weinig succesvolle geschiedenis van het Gemeenschaps octrooi en de daarbij behorende rechtspraak zie Schneider 2005. De turbulenties rond de meest recente ontwikkelingen worden met verve beschreven door Pagenberg 2007.

4.1.3 Gemeenschapsmerk

Tot 1971 gold in Nederland de Merkenwet van 1893. De jurisdictie in merkenkwesies was daarin niet geconcentreerd. Dat was ook niet het geval bij de in 1971 in werking getreden Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken⁵² (sinds 1987 uitgebreid tot tekens ter onderscheiding van diensten). Sinds 1996 bestaat er krachtens een Europese verordening ook een Gemeenschapsmerk (G-merk).⁵³ Artikel 91 van de verordening verplicht de lidstaten – om de Gemeenschapsmerken beter te beschermen – een ‘zo gering mogelijk aantal nationale rechterlijke instanties in eerste en tweede aanleg’ aan te wijzen. Deze beperking is ingegeven door de verwachting dat zo conflicterende uitspraken beter kunnen worden vermeden en dat door concentratie enige rechterlijke specialisatie in G-merkzaken kan worden bereikt.⁵⁴ De Uitvoeringswet EG-verordening inzake het Gemeenschapsmerk (art. 3) wees de exclusieve bevoegdheid om kennis te nemen ter zake van inbreuk en geldigheid toe aan de rechtbank Den Haag.⁵⁵ De ‘Community trade mark Courts’ (zoals de rechtbank Den Haag) zijn geen ‘Community Courts’. Zij blijven deel uitmaken van het rechtssysteem van de lidstaat waarin zij zijn gevestigd en functioneren als elk ander gerecht dat Gemeenschapsrecht toepast.⁵⁶ Het is wel de taak van het Europese Hof van Justitie om ook op dit terrein de rechtseenheid te bewaren. De uitvoering van de verordening is toevertrouwd

aan het ‘Office for the Harmonization of the Internal Market’ (OHIM) gevestigd in Alicante (Spanje).

4.1.4 Internationale oriëntatie

Anders dan bij het Gemeenschapsmerk bestaat er voor het Europees octrooi geen hoogste rechterlijke instantie voor de rechts-eenheid. Aangezien een belangrijk deel van de octrooien in handen is van multinationals, brengt dat het risico met zich mee dat rechters in identieke zaken tot verschillende uitspraken kunnen komen (wat weer aanleiding zou kunnen geven tot ‘forum shopping’). Om dit gevaar te beteugelen is vanaf 1982 een beproefde methode gehanteerd: rechterlijke samenwerking. Een oud-rechter schetst het begin:

‘Ik ben er mee bezig gegaan op het moment dat ik uit de strafkamer kwam en de eerste conferentie werd georganiseerd voor Europese octrooirechters. En dat is gebeurd in 1982. Dat was een geweldige vondst van de toenmalige directeur van het Max Planck Instituut in München. Die had een hele goede analyse gemaakt. Die zei, wij hebben vanaf 1977 een Europees octrooiverdrag. Dus octrooien kunnen centraal worden vergeleken. Maar, zoals gezegd, nadat ze verleend zijn komen ze toch in die nationale rechtssfeer en worden ze beoordeeld door nationale rechters. Zijn gedachte was dat het eenvormig gebeurt. Wij

52 Dat gebeurde ter uitvoering van het Beneluxverdrag inzake de warenmerken van 19 maart 1962. Dit leidde tot de afschaffing van de Merkenwet en betekende dus ook het einde van het nationale merk. Cf. Gielen 2007, p. 202.

53 Verordening 40/94 van 20-12-1993, *PbEG* 1994, nr. L 11.

54 Van der Kooij 2000, p. 155.

55 Uitvoeringswet EG-Verordening inzake het Gemeenschapsmerk van 26 maart 1998, *Stb.* 1998, 202.

56 Scordamaglia 1997, p. 383.

*hebben niet één rechter die het laatste woord heeft. Dus wat moeten we doen? We moeten die Europese octrooirechters bij elkaar gaan roepen. Eén keer per twee jaar komen die bij elkaar. Dat is een vrij kleine groep, 40, 50, 60 man. Dus je kan ook heel goed met elkaar over van alles en nog wat praten. Er worden voordrachten gehouden, discussies gevoerd.*⁵⁷

Dat heeft tot gevolg gehad dat er goede relaties bestaan tussen de IE-rechters uit verdragsstaten en dat met name de collega's in Duitsland en het Verenigd Koninkrijk belangrijke referentiepunten van de Haagse octrooirechters zijn geworden. De jurisprudentie van deze collega's wordt gevolgd en wanneer partijen in eenzelfde zaak simultaan in verschillende landen procederen is de drempel voor contact tussen de IE-rechters laag:

'Wat rechtsvragen betreft hebben we wel contacten met collega's. Ik denk zelfs wel eens te ver gaande contacten. We hebben vaak zaken waarbij dezelfde zaak speelt in diverse Europese jurisdicties en dan praten we wel eens met collega's, nog voor er vonnissen gewezen zijn. Bij Engelse rechters hebben we ervaren dat die bijzonder vrijmoedig zijn met te zeggen wat ze van plan zijn. [Zijn de Duitsers

daar anders in?] Ja, die zijn toch meer rechtstatelijk opgevoed. En wij ook.'

Men neemt zelfs gezamenlijk (en niet zonder succes) met buitenlandse collega's initiatieven op Europees niveau, zoals het ontwikkelen van een voorstel voor procedureregels in het kader van het ontwerp van het Gemeenschapspatent en een 'European Patent Court'.⁵⁸

4.1.5 Organisatie

Het intellectuele eigendomsrecht is lang een klein specialisme geweest en het aantal IE-zaken bij de rechtbank Den Haag was vroeger ook niet genoeg om rechters voltijds mee te occuperen. Eerdergenoemde oud-rechter schetst de situatie van enkele decennia terug:

'De situatie in 1982, toen ik kwam, was dus nog steeds zo dat de nietigheidsacties uitsluitend in Den Haag kwamen, en inbreukzaken over het hele land. En dat waren er allemaal maar heel weinig. Dus dan deed je een paar zaken per jaar. Zo weinig was het. En toen ik daar zat, had ik natuurlijk ook het voordeel dat – ik was een jonge rechter – die advocaten, die gaven als het ware bij hun pleidooien ook nog les. Het werd heel rustig verteld, zo zit dat en er komt ook nog uitleg – prachtig.'

57 Iets later in het interview vult hij nog aan: 'De voorzitter van die [civiele] kamer was kort daarvoor overleden. Ik zat in die kamer, ik was nog jong. En wat zegt zo'n vergadering van rechters? "Daar moet jij maar naartoe gaan! Jij bent jong." Ook omdat octrooirecht niet geliefd is bij rechters over het algemeen. Want het gaat over techniek. En er zijn meer alfa's dan bèta's. Goed. Mij leek het een prachtig vak en dat is ook gebleken, dus ik ging graag. En kom je terug, dan zeggen ze: "Nou ben jij specialist."'

58 Zie bijvoorbeeld het werkdocument van de Raad van de EU 14492/07 van 30 oktober 2007, waarin over de te ontwerpen 'EU Patent Jurisdiction' wordt gesteld dat 'the rules of procedure [...] should also reflect the work carried out in the context of the preparation of EPLA, such as the Second Venice Resolution, dated 4 November 2006, of the International Patent Judges Association relating to the rules of procedure of a European Patent Court'.

Dat is tegenwoordig wel anders. De civiele sector van de rechtbank Den Haag heeft sinds 2009 een aparte IE-afdeling. Daar zijn 6 rechterlijke fte's vrijwel voltijds met IE-zaken belast. Sinds enkele jaren is het aannamebeleid erop gericht rechters te werven die naast juridische ook technische expertise hebben. De periodieke roulatieverplichting die bij rechtbanken bestaat, wordt voor deze rechters niet al te stringent toegepast, dit om specialistische kennis te behouden en om het rechtersvak aantrekkelijk te maken voor mensen met een specifieke expertise. Voorts is er geen verplichting om te rouleren buiten het civielrecht. Periodieke ervaring met de algemene civiele praktijk wordt nuttig geacht voor het functioneren als IE-rechter.

4.1.6 Enkele procedurele bijzonderheden

De behandeling van octrooi- en G-merkszaken verloopt volgens de regels voor de reguliere civiele procedure. Er zijn echter onder internationale invloed enkele specifieke handhavingsbepalingen van kracht geworden, waarvan we er enkele kort toelichten.

Versnelde (bodem)procedure

IE-geschillen werden lange tijd vanwege hun spoedeisend karakter veelal in kort geding behandeld. 'De meeste geschillen lossen zich in kort geding op,' meldt Gielen.⁵⁹ Mogelijk is dit waar voor de totaliteit van IE-zaken, maar voor octrooizaken geldt dat niet meer. In de cijfers voor octrooizaken is een omslag te zien

rond 1998.⁶⁰ Deze omslag wordt in verband gebracht met het TRIPs-verdrag van 1994, dat bepaalde dat voorlopige maatregelen ineffectief kunnen worden als niet binnen een redelijke termijn een bodemprocedure wordt gestart (tegenwoordig ingevolge de Implementatiewet Handhavingsrichtlijn neergelegd in art. 1019 i Rv). Daardoor is het kort geding minder aantrekkelijk geworden voor complexe geschillen. Bovendien kan de voorzieningenrechter een octrooi niet vernietigen, omdat het een definitieve maatregel is. Om een aantrekkelijk alternatief te bieden heeft de rechtbank Den Haag (in overleg met de balie) een regeling ontworpen die gelegenheid biedt voor een 'versnelde bodemprocedure octrooizaken'.⁶¹ Deze procedure staat onder strakke tijdsregie, waarbij de eiser bij voorbaat afziet van conclusie van repliek.

Kort geding op eenzijdig verzoek

De implementatie van de Handhavingsrichtlijn heeft ook geresulteerd in artikel 1019 e Rv, dat de IE-rechthebbende in spoedeisende zaken de mogelijkheid biedt de voorzieningenrechter te verzoeken een onmiddellijke voorziening te geven, zonder dat de inbreukmaker wordt opgeroepen (*ex parte*). Een partij die beducht is voor een dergelijke voorziening heeft sinds mei 2007 de mogelijkheid de rechtbank in kennis te stellen van zijn bezwaren tegen een eventuele toewijzing van de voorziening. Deze optie wordt 'zwartmaken' genoemd.⁶²

59 Gielen 2007, p. 636.

60 Blomme 2008, p. 171.

61 De regeling is te vinden op de website van de rechtbank Den Haag: www.rechtspraak.nl/Gerechten/Rechtbanken/s-Gravenhage/Voor+Juristen/Regelingen.

62 Zie voor de details de website van de rechtbank Den Haag.

Bewijs- en beschrijvend beslag

De artikelen 1019b-d Rv (eveneens uitvloeisels van de Handhavingsrichtlijn) voorzien in bepalingen die (ook buitenlandse) rechthebbenden mogelijkheden bieden om – in geval van inbreuk – middels een beslissing van de voorzieningenrechter op een *ex parte*-basis bewijsmateriaal te beschermen. Naar verluidt waagden zich voorheen ook andere rechtbanken (dan Den Haag) aan beslissingen over deze handhavingsmaatregelen in octrooizaken. Tegenwoordig worden dergelijke kwesties blijkbaar doorverwezen naar de rechtbank Den Haag.⁶³

Douanemaatregelen

De IE-kamer kan een rol krijgen te spelen in het kader van het antipiraterijbeleid van de EU. Dit beleid is erop gericht te voorkomen dat goederen uit derde landen die inbreuk maken op IE-rechten van de Europese markt worden geweerd en neergelegd in de Antipiraterij Verordening.⁶⁴ Het verbod van de invoer van dergelijke goederen wordt in beginsel gehandhaafd door de douaneautoriteiten van de lidstaten. Wanneer zij goederen verdenken van inbreuk op IE-rechten kan de douane eigener beweging of op verzoek van een houder van een IE-recht besluiten de goederen vast te houden. De douane stelt de houder van het IE-recht in kennis van de aanhouding en kan hem monsters ter beschikking stellen om vast te stellen of er inderdaad sprake is van een inbreuk. Om de procedure niet te omslachtig te maken voorziet artikel 11

van de verordening in een vereenvoudigde procedure gericht op de afgifte van de goederen ter vernietiging. In beginsel moet de eigenaar van de goederen met de afgifte ter vernietiging instemmen, maar volgens artikel 11 wordt die toestemming verondersteld wanneer de eigenaar zich niet binnen tien dagen uitdrukkelijk tegen de vernietiging heeft verzet.

4.2 De rechtspraktijk van de IE-kamer Den Haag in cijfers

4.2.1 Octrooi- en GemeenschapsmerkHzaken

Gezien de aantallen van de diverse zaakstypen die door de IE-kamer Den Haag in de jaren 2002-2007 werden afgedaan is – zoals gezegd – al snel besloten het onderzoek vooral toe te spitsen op afgedane octrooi-zaken en G-merkkwesties. Uit de database van de Raad voor de rechtspraak bleek namelijk dat van de zaakstypen waarvoor de IE-kamer exclusief bevoegd is (octrooi, G-merken, G-modellen en kwekersrechten) de octrooi- en G-merkHzaken in kwantiteit het totaalbeeld vrijwel volledig domineren (ruim 90%). Ook vormen zij samen een meerderheid (octrooi 43%, G-merken 18%) van het totaal aantal zaken dat de IE-kamer in deze jaren heeft afgedaan. De enige andere zaakscategorie van substantiële omvang (16%) betreft auteursrechtelijke kwesties, waarvoor ook andere rechtbanken bevoegd zijn.

63 Zoals bijvoorbeeld blijkt uit uitspraak 20081222 op www.iept.nl, waar de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Bosch zich inzake een handhavingsmaatregel in een octrooizaak (uitvoerig beargumenteerd) onbevoegd verklaart en de zaak doorverwijst naar de rechtbank Den Haag.

64 EG-Verordening van 22 juli 2003, nr. 1383/2003, PB L 196/7.

Het is misschien goed er hier al op te wijzen dat de hierna te vermelden totaalcijfers het begrip ‘afgedane zaken’ ruimer nemen dan de juridische trendspotters van de IE-praktijk geneigd zijn te doen. Een recent voorbeeld is het interessante cijferwerk van Blomme.⁶⁵ Hij telt bij de rechtbank Den Haag in de periode 2002-2007 slechts 194 octrooizaken. De cijfers van de Raad komen uit op ongeveer 600. Het verschil zit hem vooral in de twee aanzienlijke categorieën zaken die niet in de database van de websites worden opgenomen (en vanuit de juridisch-inhoudelijke optiek waarschijnlijk ook niet zo interessant worden gevonden): ingetrokken zaken en verstekvonnissen. In maatschappelijk opzicht zijn deze vormen van rechterlijk afdoen mogelijk wel relevant. Daarom zijn ze hier wel in het totaal meegenomen. Ze zullen daarnaast ook apart beschreven worden. In de volgende analyses zullen daarom vooral de octrooi- en G-merkszaken voor de jaren 2002-2007 worden betrokken. Hetgeen volgt is derhalve geen totaalbeeld van alles wat de IE-kamer van de rechtbank Den Haag doet, maar betreft wel het grootste deel van de zaken waarvoor de IE-kamer een exclusieve competentie heeft.

4.2.2 Algemeen beeld

Ontwikkeling

Het aantal door de IE-kamer Den Haag afgedane octrooizaken in de jaren 2002-2007 is blijkens de cijfers van de Raad voor de rechtspraak veel groter dan dat van de G-merken: ruim het dubbele.

Voorts is uit de cijfers op te maken dat beide categorieën de laatste jaren een sterke groei te zien geven. De cijferbestanden (van de Raad en ICTRO gecombineerd) suggereren dat de merkszaken van de IE-kamer steeds meer G-merkszaken worden. De groei in het aantal G-merkszaken vanaf 2006 is waarschijnlijk de weerslag van het in zwang komen van het G-merk in het bedrijfsleven. De stijging van het aantal octrooizaken is waarschijnlijk veroorzaakt door het optreden van één individuele repeat player. Bij visuele inspectie van de ICTRO-gegevens viel op dat één partij in de jaren 2006 en 2007 een relatief groot aantal zaken had aangebracht (het bleken er uiteindelijk samen 133 te zijn). Het gaat om een buitenlands (klein) bedrijf X dat in deze jaren is gaan optreden als procespartij namens een consortium van grote multinationals, waaronder een grote Nederlandse multinational.

Tabel 1. Ontwikkeling octrooi- en merkszaken 2002-2007

	Octrooizaken	Merkszaken (waarvan G-merken)
2002	64	53 (12)
2003	85	57 (23)
2004	86	67 (26)
2005	87	73 (22)
2006	139	104 (102)
2007	138	81 (78)
Totaal	599	435 (263)

⁶⁵ Blomme 2008.

Partijen

Het hiervoor genoemde bedrijf X zou strikt genomen als een 'klein' buitenlands bedrijf moeten worden aangemerkt, maar het is eigenlijk – afgaande op de werkelijke belanghebbende – realistischer om het als een groot Nederlands bedrijf aan te merken. Het relatief grote aantal zaken van dit bedrijf kan de schets van de partijenmerken door deze of gene codeerbeslissing sterk tekenen. Om dit te voorkomen worden in tabel 2 de partijenmerken voor octrooizaken weergegeven zonder de zaken van bedrijf X.

Het is belangrijk om – ook bij deze gerechtelijke voorziening – in gedachten te houden dat

de aandacht van de hoofdmoot van het onderzoek (vanaf par. 4.3) zich richt op een klein deel van het werk dat de IE-kamer in het kader van zijn exclusieve bevoegdheden doet. Namelijk het deel van de zaken waarin grote bedrijven zijn betrokken.

Uit tabel 2 blijkt dat het daarbij voor beide categorieën om een minderheid gaat. Bij de octrooizaken is ruim een kwart door grote eisers aangebracht en is in een zesde van de zaken een grote gedaagde betrokken. Bij de G-merken is ruim 20% van de zaken door grote eisers aangebracht en is in nog geen 5% van de zaken een grote gedaagde betrokken.

Tabel 2. Kenmerken partijen 2002-2007 in %

Kenmerken pp.	Octrooi (466)*		G-merk (263)	
	eiser	gedaagde	eiser	gedaagde
niet groot	72,5	83,3	78,7	96,2
groot	27,5	16,7	21,3	3,8
[OS/RP]				
1	41,8	53,9	58,2	77,9
2 – 3	31,5	26,4	24,0	16,0
4 – 10	15,2	15,0	11,4	6,1
> 10	11,4	4,7	6,5	0
Nederlands	56,9	68,2	33,1	73,0
buitenlands	43,1	31,8	66,9	27,3

* Exclusief bedrijf X.

Een groot deel van de zaken die in de onderzochte periode zijn afgedaan, is aangebracht door one-shotters (OS), spelers die geen vaste klanten van de IE-kamer zijn. Dat geldt in G-merkzaken nog sterker dan voor octrooikwesties. Bij de octrooizaken zien we dat vooral onder de eisers verhoudingsgewijs de meeste 'routiniers' actief zijn, dat wil zeggen repeat players (RP) die in deze jaren samen tien of meer zaken hebben aangebracht.

Onder de eisers zijn de partijen van buitenlandse origine sterk vertegenwoordigd. Bij de octrooizaken iets minder dan de helft, bij de G-merkzaken ruim meer dan de helft. Bij de gedaagden domineren de bedrijven van Nederlandse origine het beeld.

Belang

Over het financiële belang dat in de beschreven jaren in het geding was, leveren de bestanden te weinig relevante informatie. De variabele leverde rond de 80% 'geen informatie'.

Soort procedure en doorlooptijd

In tabel 3 zijn de zaken van bedrijf X weer opgenomen. Zoals deze tabel aangeeft, wordt voor beide groepen zaken het merendeel middels een bodemprocedure behandeld.

Voor octrooien gaat het om driekwart van de zaken, voor Gemeenschapsmerken om twee derde. De laatstgenoemde groep wordt vaker in kort geding behandeld. In kort geding behandelde zaken worden vrijwel altijd binnen een halfjaar afgedaan. Meer dan de helft van de in de periode 2002-2007 afgedane octrooi-

en G-merkzaken is binnen een halfjaar afgedaan, bijna driekwart binnen één jaar. Als de zaken van bedrijf X buiten beschouwing worden gelaten, is de doorlooptijd voor octrooizaken duidelijk trager (zie tabel 3, cijfers tussen haakjes). Bij de octrooizaken is ruim 80% van de zaken binnen twee jaar afgedaan (zonder bedrijf X is dat iets minder dan 80%), bij de G-merkzaken is dat bijna 90%.

Tabel 3. Soort procedure, doorlooptijd en afdoening

	Octrooi (599)	G-merk (263)
<i>Soort procedure</i>		
kort geding	29,5	33,5
bodemprocedure	77,5	66,5
<i>Doorlooptijd</i>		
< halfjaar	54,4 (41,8)	60,8
halfjaar > < 1 jaar	17,0 (21,5)	11,0
langer dan 1 jaar	28,6 (36,7)	28,2
<i>Afdoening</i>		
intrekking/royement	41,6	54,8
verstekvonnis	22,9	15,6
contradictoir vonnis	35,5	29,7

Wijze van afdoen

Tabel 3 geeft ook aan dat een aanzienlijk deel van de afgehandelde zaken is ingetrokken; bij octrooizaken gaat het om 42% en bij Gemeenschapsmerken zelfs om 55%. De zaken die met een contradictoir vonnis worden afgedaan,

vormen een minderheid van het totaal aantal afgedane zaken, het gaat om rond de 30%. Van de verstekvonnissen in octrooizaken is ruim 70% een zaak die door bedrijf X is aanhangig gemaakt. Dat is waarschijnlijk de oorzaak van de hiervoor gesignaleerde vertraging in doorloopsnelheid van de octrooizaken als deze zaken buiten beschouwing worden gelaten. We gaan deze categorie zaken nu maar direct nader bekijken.

4.2.3 Verstekzaken

Octrooizaken

De cijfers voor de verstekvonnissen worden voor bijna 75% van de zaken bepaald door dezelfde partij. Daardoor worden alle variabelen grotendeels identiek. Voor de volledigheid is nog te melden dat het vrijwel altijd om bodemprocedures gaat en dat de doorlooptijd vrijwel altijd (veel) korter is dan een halfjaar. Interessanter is enig zicht op wat hier aan de hand is. Het gaat om het volgende. Sinds enige jaren treedt bedrijf X op als Europees uitbater van licenties voor octrooien en standaarden, dat wil zeggen: configuraties van geoctrooieerde elementen die samen een functionerend product vormen. Een van de grote Nederlandse multinationals is een belangrijke partij in verschillende van deze internationale standaarden.⁶⁶ Bedrijf X is in de jaren 2006 en 2007 in opdracht van onder meer het Nederlandse concern zeer actief geworden in het optreden tegen goederen die zonder licentie gebruikmaken van de

bedoelde standaarden. Daarvoor is het gebruik gaan maken van de mogelijkheden van de hiervoor al beschreven Antipiraterij Verordening van 2003. Bedrijf X heeft de Nederlandse douane gemobiliseerd om verdachte ladingen aan te houden en in beslag te nemen. Dit beslag wordt meestal gelegd onder de vervoerder, bijvoorbeeld een vliegtuigmaatschappij (komt vrij veel voor) of een containerbedrijf (komt beduidend minder voor). Vervolgens kan bedrijf X het beslag overnemen door van de vervoerder afgifte ter vernietiging te vorderen bij de IE-kamer te Den Haag (want het gaat om octrooien). De vervoerder verwittigt de afzender van het beslag en als die niet binnen de gestelde termijn (10 dagen) reageert, wordt de kwestie met een verstekvonnis afgedaan, omdat de vervoerder geen procureur stelt. Het resultaat van deze praktijk is dat de kenmerken van de verstekzaken sterk homogeen zijn en dat door het grote aantal van deze zaken het totaalbeeld sterk gekleurd wordt.

G-merkzaken

Het aantal verstekvonnissen in G-merkzaken is niet groot: in de periode 2002-2007 in totaal 41 zaken. De kenmerken van de G-merkzaken die met een verstekvonnis zijn afgedaan, vertonen geen grote verschillen met die van het totaal. Alleen de doorlooptijd van deze zaken is beduidend sneller dan die van het totaal.

⁶⁶ De nauwe band tussen dit Nederlandse concern en bedrijf X wordt geïndiceerd door het feit dat de IE-zaken van beide door hetzelfde IE-advocatenkantoor worden behartigd.

4.2.4 Intrekking/royement en contradictoire vonnissen

Ook onder de intrekkingen zijn enkele tientallen zaken van bedrijf X afkomstig. Er bleek dan toch een licentie te zijn of er was alsnog een licentie genomen. Het aantal van deze zaken is groot genoeg om het beeld van de ingetrokken zaken te vertekenen, dus laten we

ze hier verder buiten beschouwing. Zoals gezegd is er in de besproken periode een substantieel deel van de octrooi- en G-merkzaken zonder uitspraak afgedaan. Zaken worden door de eiser ingetrokken of van de rol verwijderd. Verschillen de ingetrokken en geroyeerde zaken van de zaken die met een contradictoir vonnis zijn afgedaan?

Tabel 4. Vergelijking van intrekkingen/royementen en contradictoire vonnissen: octrooizaken 2002-2007

Kenmerken pp.	Intrekking/royement (218 excl. bedrijf X)		Contradictoire vs (213)	
	eiser	ged.	eiser	ged.
niet groot	73,4	80,7	78,4	87,8
groot	26,6	19,3	21,6	12,2
[OS/RP]				
1	44,5	53,2	43,2	54,5
2-3	31,7	28,4	33,8	26,3
4-10	16,1	15,1	16,4	16,9
>10	7,8	3,2	6,6	2,3
Nederlands	52,8	67,9	56,8	67,1
buitenlands	47,2	32,1	43,2	32,9
soort procedure				
kort geding	19,7		39,4	
bodemprocedure	80,3		60,6	
doorlooptijd				
< halfjaar	35,8		40,0	
halfjaar > < 1 jaar	15,6		30,0	
langer dan 1 jaar	48,6		30,0	

Octrooizaken

Uit tabel 4 blijkt dat het tot dusverre geschetste beeld voor octrooizaken in grote lijnen gehandhaafd blijft in de cijfers over de intrekkingen/royementen en contradictoire vonnissen. Betrokken partijen zijn overwegend niet groot (volgens de hier gehanteerde omschrijving), hebben vaak slechts één en in meerderheid niet meer dan drie procedures in de

periode van 2002-2007 en zijn – wat de eisers betreft – voor een grote minderheid van buitenlandse origine.

Wel zijn er afwijkingen tussen deze twee groepen zaken in de wijze van behandeling. Kort geding-zaken eindigen aanzienlijk vaker in een contradictoir vonnis dan in een intrekking/royement. Voorts is de doorlooptijd van

Tabel 5. Vergelijking van intrekkingen/royementen en contradictoire vonnissen in %: G-merkzaken 2002-2007

<i>Kenmerken pp.</i>	<i>Intrekking/royement (144)</i>		<i>Contradictoire (78)</i>	
	<i>eiser</i>	<i>ged.</i>	<i>eiser</i>	<i>ged.</i>
niet groot	76,4	94,4	80,8	97,4
groot	23,6	5,6	19,2	2,6
<i>[OS/RP]</i>				
1	56,9	78,5	60,7	76,9
2-3	23,6	14,6	24,4	17,9
4-10	13,2	6,9	11,5	5,1
>10	6,3	0	3,8	0
Nederlands	31,9	75,0	34,6	73,1
buitenlands	66,7	25,0	65,4	26,9
<i>soort procedure</i>				
kort geding	33,3		37,2	
bodemprocedure	66,7		62,8	
<i>doorlooptijd</i>				
< halfjaar	60,4		42,3	
halfjaar > < 1 jaar	9,7		19,2	
langer dan 1 jaar	29,9		38,4	

intrekkingen/royementen beduidend langer (bijna 50% van de zaken loopt meer dan een jaar) dan die van de contradictoire vonnissen. Ruim 13% van de intrekkingen/royementen heeft een doorlooptijd van vier jaar of meer. De redenen voor deze langdurige looptijd zijn niet evident. Het kan zijn dat onderhandelingen veel tijd hebben genomen of dat een van de partijen na verloop van een paar jaar procederen eieren voor zijn geld heeft gekozen. Maar het blijven speculaties.

G-merkzaken

Bij de G-merkzaken die met een contradictoir vonnis zijn afgedaan, is het patroon van de kenmerken niet sterk afwijkend van het totaalbeeld en evenmin van de intrekkingen. Alleen het patroon van de doorlooptijden is voor de inhoudelijke vonnissen duidelijk verschillend (tabel 5). Zaken worden minder snel afgedaan dan gemiddeld. Het merendeel heeft een doorlooptijd van langer dan een halfjaar. Toch wordt ook bij deze zaken 87% binnen twee jaar afgedaan, net als bij het totaal en bij de intrekkingen. Ook bij deze wijzen van afdoen zijn de buitenlandse eisers dominant aanwezig.

4.2.5 Afloop: winnen de grote ondernemingen meer?

Om een indruk te verkrijgen van de winstkansen van de grote ondernemingen is aan de hand van ICTRO-gegevens en de via het internet toegankelijke vonnisbestanden (www.iept.nl en www.boek9.nl) voor de jaren

2006 en 2007 voor octrooizaken en G-merkzaken afzonderlijk nageplozen of de voordeelingen (in de zaken die met een contradictoir vonnis zijn afgelopen) zijn toe- of afgewezen. Voor de octrooizaken kon voor 55 zaken een afloop worden vastgesteld. Allereerst bleek dat eisers (groot of klein) hier iets minder kans op succes hadden (44%) dan gedaagden (56%). Het verschil tussen grote eisers (47%) en de rest (42%) was in dit opzicht vrij klein. Voor een juridische analyse van de uitspraken zij verwezen naar het werk van Blomme (2008). Voor de merkzaken kon voor veertig zaken een afloop worden vastgesteld. Het bleek overigens dat de ICTRO-classificatie van de zaaksinhoud niet waterdicht was. Bovendien bleken verschillende uitspraken op het internet onvindbaar. Deze resultaten worden dus met voorbehoud gegeven. Anders dan bij de octrooizaken lijkt bij de merkzaken de eiser vaker succes te hebben (70%) dan de gedaagde (30%). Een ander verschil is dat de grote ondernemingen als eisers minder kans op succes hebben (46%) dan de rest (78%).

4.3 Geschil- en procedeedrag in IE-kwesties

4.3.1 Herkomst van empirische gegevens

De volgende paragrafen zijn in hoofdzaak gebaseerd op interviews met vertegenwoordigers van twaalf grote ondernemingen, enkele gesprekken met rechters van de IE-kamer en andere deskundigen en ten slotte

de bevindingen van een expertpanel. Aan dit panel namen alleen (13) IE-advocaten deel. Daarom wordt verder gesproken over het 'advocatenpanel'.

Patenten en merken zijn een vorm van (door een overheid gegarandeerde) monopolies op het op de markt brengen van innovaties respectievelijk op het voorzien van bepaalde producten of diensten van een uniek merk-teken. De multinationals die we hier op het oog hebben, maken in Europa gebruik van het Europees patent en (in toenemende mate) van het Gemeenschapsmerk.

Het Europees patent is een volkenrechtelijke voorziening met (daarom) een eigenaardige procedure voor erkenning, registratie en bescherming. Het eigenaardige zit hem in een combinatie van enerzijds centrale beoordeling en erkenning (door het Europees Octrooibureau in München) en anderzijds een nationale registratie en gerechtelijke bescherming. Een bedrijf dat een patent in rechte in een land wil beschermen moet het patent in dat land geregistreerd hebben. Aan registratie zijn aanzienlijke vertaalkosten verbonden, die op ruime schaal registreren onaantrekkelijk kunnen maken. Dit betekent dat de patenthouder van tevoren moet bedenken op welke nationale markten hij zijn patent zou willen beschermen. Het betekent voor multinationale bedrijven ook dat in geval van een internationale inbreuk er in verschillende landen geprocedeerd kan worden. Dergelijke acties kunnen in bepaalde

bedrijfstakken (zoals de farma-industrie) de vorm aannemen van internationale (door een 'global law firm' gecoördineerde) campagnes, die verlopen volgens uitgekende strategieën. Een G-merk is daarentegen een gemeenschapsvoorziening met unitaire erkenning, registratie (door het OHIM in Alicante) en bescherming. Wanneer een rechtbank van een van de lidstaten een uitspraak doet in een G-merkgeschil, geldt de uitspraak voor de hele EU.

Patenten en merken zijn voor bedrijven die ze houden letterlijk van kapitale waarde. Patenten bieden de mogelijkheid om de research-investeringen die hun innovaties vergen terug te verdienen. Innovatieve bedrijfstakken, zoals automotieve, chemie, farma, elektronica en voeding, zijn de houders van een aanzienlijk deel van de Europese patenten.⁶⁷ Merken kunnen een cruciale marketingwaarde voor een bedrijf vertegenwoordigen.⁶⁸ Dat is vooral het geval in bedrijfstakken als de kleding- en schoeiselindustrie (waar het merk soms het enige onderscheidende element aan het product lijkt te zijn) en de voedselindustrie. Op de vaak wereldwijde markten van deze bedrijfstakken heerst veelal een intense concurrentie. Veel concurrenten trachten de bestaande monopolies aan te tasten. Een veelgebruikte methode om een patent of G-merk te doorbreken volgt een officiële route via een 'oppositie' bij het EOB of OHIM.⁶⁹ Misschien nog wel vaker trekken concurrenten

67 Over de ontwikkeling van deze takken van industrie: Chandler 2001 en 2005. Zie EOB-website voor aantallen verleende Europese octrooien.

68 De waarde van het merk Coca-Cola werd in 2004 voor het frisdrankconcern geschat op 67,4 miljard dollar en dat was meer dan de materiële activa; Gellaerts 2008, p. 7.

69 Langs die weg kan de geldigheid van een Europees patent of G-merk worden aangevochten. Tegen de beslissingen van de bevoegde organen kan zelfs beroep worden ingesteld.

zich niets van het patent of G-merk aan en maken het na (de patent- en merkinbreuken). Het gaat vaak om producten met reusachtige omzetten in Europa, dus het loont al snel de moeite het te proberen. En in landen waar de overheid – zoals vroeger in Nederland – patenten en merken geen bescherming biedt, is imitatie een lucratieve bezigheid. Waar die bescherming wel wordt geboden (zoals in de Verenigde Staten en Europa), is het actief beschermen van patenten en merken een optie. De gevolgde IE-strategie ligt ergens op het continuüm tussen een defensieve en een offensieve strategie.⁷⁰ De defensieve strategie zet vooral in op economische middelen (bijvoorbeeld prijsvorming, verlenen van licentiecontracten aan andere producenten), terwijl de offensieve strategie daarnaast ook juridische middelen hanteert (zoals gerechtelijke procedures en lobbyen bij de wetgever). Enkele respondenten geven aan dat ze een keuze voor of een verandering van een strategie hebben meegemaakt.

‘Wij hebben gedeeltelijk een aantal producten die uit patent gelopen zijn en daarmee word je automatisch een bedrijf wat zich moet afvragen: wil ik die producten verdedigen ja of nee? Wij hebben eigenlijk in 2001 de beslissing genomen dat we die willen verdedigen. Daar heb je verschillende mogelijkheden voor. Je kunt zelf iets doen aan je prijs, je kunt een alliantie aangaan met een [Nederlands] generiek bedrijf en dat is eigenlijk wat we doen in grote lijnen. [...] Maar je ziet dat

eigenlijk alle lokale bedrijven – dat is een internationale trend – zich ontwikkelen naar de internationale, met grote strategieën. Daarbij zie je dat al die bedrijven elkaar aftasten en dat de juridische conflicten dus ook wereldwijd uitgevochten worden, daar waar men verwacht de meeste kans om succes te hebben.’

‘[In het begin] was er één stelregel – die hebben we natuurlijk nooit naar buiten gebracht – en dat was: je kunt doen en laten wat je wilt, maar één ding doe je niet: je gaat niet procederen over je octrooien. Dat vinden we veel te gevaarlijk, op het moment dat er een omkukelt, in land X, dan dondert die in allerlei andere landen ook om en daar gaan we niet onze nek mee uitsteken. Jullie kunnen kletsen tot je erbij neervalt om te proberen het gelicentieerd te krijgen, maar er wordt niet geprocedeerd. Basta. [Was dat ook het beleid van het bedrijf?] Absoluut. Pas heel laat in het programma, toen je ook zag dat potentiële licensees wat dapperder werden en een keer zeiden van: ‘Barst maar, ik hoef die licentie van jou niet, ik maak die dingen lekker zo’, dat er heel mondjesmaat, heel voorzichtig begonnen werd om te procederen. [Welke jaren hebben we het over?] Ja, dan heb je het over [de jaren] 1990. Al die tijd werd er niet geprocedeerd in Den Haag, zal ik maar zeggen. Never, niet in Den Haag, niet in Duitsland, nergens. Later in de jaren 1990, toen moesten ze eigenlijk wel, want op een gegeven moment loop je toch tegen partijen aan die echt de kont tegen de krib gooien en daar kun je mee

⁷⁰ Gellaerts 2008, p. 7.

praten tot je erbij neervalt, maar dat lukt gewoon niet. Je krijgt ze niet overtuigd. Je kunt twee dingen doen: of je haalt je schouders op en je laat het zoals het is, met als risico dat het gaat rondzingen in de markt en dan lukt het met anderen ook niet meer en – erger nog – degenen met wie je al een overeenkomst had, zullen denken: waarom betaal ik dan nog? Daar houd ik ook maar lekker mee op. Dus dat dreigde te gaan gebeuren. Toen er wel werd geprocedeerd.'

In het volgende zal een indruk worden gegeven van de manier waarop de geïnterviewde bedrijven conflicten over patenten en G-merken zeggen te hanteren, van de overwegingen die een rol kunnen spelen bij de beslissing om te gaan procederen en van de wijzen waarop men dergelijke conflicten tracht te voorkomen.

4.3.2 Geschilgedrag

Sommige bedrijven die een mogelijke inbreuk signaleren geven, zoals verwacht kon worden, aan in eerste instantie langs informele weg tot een oplossing te komen.

'Dat betekent namelijk ook heel vaak dat conflicten in der minne worden geschikt. Ik bedoel, ik kan ook gewoon een andere firma opbellen en zeggen, goh, we hebben dit octrooi gezien en daar hebben wij wel een probleem mee. Of, wij hebben dit product gezien en wij denken dat jullie onder ons octrooi vallen. Dus ik teken regelmatig

briefjes waarin je zegt: "Beste collega, hierbij krijgt u als "courtesy" een kopie van dit octrooi van ons", dan stuur ik gewoon fysiek een kopietje mee, dat u maar even weet dat wij dit octrooi hebben. [...] dat is vaak rond kleinere spelers, ook bij de grotere spelers. Kijk, als wij bijvoorbeeld met een firma als Y een conflict hebben, zijn zowel wij als Y er niet op uit om dat helemaal uit de hand te laten lopen. Wij zitten allebei al honderd jaar in de industrie en weten dat als je gewoon een "full-fledged litigation" gaat doen, dat je aan het einde van de rit allebei vier miljoen hebt uitgegeven en vervolgens toch weer moet settelen. Dus voor ons is het heel gebruikelijk om dan tegen die andere chemische industrie te zeggen, zullen we maar gelijk settelen in plaats van eerst de "lawyers" rijk te laten worden? Nou, dat lukt niet altijd. Want soms is er een van beide partijen gewoon koppig en die wil dan toch.'

'Nou, per week zijn er toch zeker vier of vijf items dat er gehannes is. Conflictje zus, conflictje zo, probleempje hier, probleempje daar. Het gros van de dingen krijg je vrij snel – met een beetje creativiteit, een beetje duwen en trekken – opgelost. Dan zijn er misschien nog één of twee waar je moet zeggen: daar moeten we even wat verder naar kijken.'

'This letter does basically say, I bring it to your attention that you are producing or distributing product A, and product A infringes a patent or trademark owned by our corporation. Then

the patent and trademark registration number is identified, and it explains what that trademark or patent covers. And we request that you cease and desist from distributing or selling or marketing this product and we have appropriate undertakings attached to it, that is like a contract that they agree. They have to sign before a deadline. If I don't have it within ten days I will take action against you. And typically what happens is that I end up getting a phone call or a reply stating that they will remedy this and we work out a product redesign with this company. And if it seems in all likelihood that it is going to be worked out, we file the [case]. If it does not seem to be working out we proceed with a reminder or warning letter and then we file litigation.'

In het geval dat een bedrijf een patent of merk wil aanvallen, ligt de formele route meer voor de hand.

'Well, let's take a fictional generic product X that you wish to launch across the EU. If you are in time with your development as a generic company you always attempt to attack the patent if it were an issue and if you believe it to be invalid, you would always attack it centrally at the EPO. That would be the preference.'

4.3.3 Alternative Dispute Resolution (ADR)

Een andere bekende modus van extrajudiciële geschilbeslechting maakt gebruik van de

tussenkomst van een derde, zoals bij arbitrage en mediation. Deze vormen van ADR worden in de farmaceutische industrie blijkbaar weinig gebruikt.

'What you have to remember about our firm is that it is a pharmaceutical company. My comments are really geared to pharmaceutical litigation. [It is a kind of] litigation where basically people don't settle. Generally speaking, there is far too much money at stake to settle. I know that your questionnaire touched on things like mediation. In most instances I don't see a reasonable prospect to come to that for a company like mine. [Is it more or less excluded?] Not excluded but highly unlikely. If parties wanted an agreement it would not be necessary to settle there.'

'Ik moet zeggen, in Nederland heb ik dat nog niet zo sterk meegemaakt, omdat de venijnigheid vaak te groot is. De belangen zijn te groot. En als ik een belang van vijftig miljoen euro moet verdedigen ja, dan is dat ingewikkeld. De enige vorm die je daar voor zou kunnen vinden, is buiten die hele jurisprudentie, buiten de juridische structuur om. Van jongens wat gaan we nou doen? [En dat zullen dan meestal CEO-achtige contacten zijn?] Ja, kijk op wereldwijd niveau: Amerika is een eigen verhaal; ontwikkelingslanden is een eigen verhaal; wij zijn een eigen verhaal. Dus dat zijn echt de dingen die gebeuren op een ander niveau waarbij wel veel lokaal initiatief kan zijn. Voor ons is het belangrijkste dat wij die

patenten zo optimaal mogelijk uitnetten. Dat is ook onze plicht ten opzichte van onze aandeelhouders.'

Ook in andere bedrijfstakken lijkt het een zeldzaamheid.

'Binnen [dit bedrijfsonderdeel] doen we dat nergens met uitzondering van Z, daar doen we het wel, omdat we in Z niet durven te procederen. Dat is nog steeds veel te gevaarlijk. [...] Als we daar een octrooi verliezen, dan dondert er van alles om, niet alleen daar, maar ook in andere landen. Dus we procederen niet. Nog niet. [Maar in ieder geval onderhandelen dan?] Onderhandelen of we vallen die producenten in het buitenland aan. Het is niet zo dat we niks doen tegen Z. Het liefst procedeer je daar, want dan heb je meteen duidelijkheid en dan heb je het bij de bron aangepakt, maar vooralsnog doen we dat niet, dus we procederen in de Verenigde Staten of in Brazilië of God mag weten waar, tegen die producenten. En in Z gebruiken we dan een arbitration...'

'[En dat soort dingen doet u ook? Ik bedoel mediation?] Nee, bijna niet. Wij settelen bijna altijd zelf aan de onderhandelingstafel. Dat is een kwestie van smaak. Arbitrage kan ook. Ik moet zeggen, gebruiken we heel weinig. Het heeft voor- en nadelen, ik bedoel, daar zijn boeken over volgeschreven. Je bent niet helemaal master of your own destiny. [Want de arbiter die maakt uiteindelijk de beslissing?]

Ja, en dan achteraf denk je misschien: nou, als ik zelf onderhandeld had, was ik er misschien met iets beters uit gekomen.'

'I have spoken with a lot of my colleagues and they say it costs the same money and has the same result. I have never done it in Europe.'

Toch zou een respondent (met een Amerikaanse achtergrond) er – mits het in de gerechtelijke procedure is ingebed – wel brood in zien.

'What would be an economic model is that when you start litigation, the court orders an ADR, that would be the best solution. But then you would have to set that up with the court system first. [Would that be something that you might wish for in Europe?] Well yes, you know, in the US when there is a patent case before the judge, he always tries to mediate. He puts you in a room, both parties and a mediator and you try to mediate how to go forward in the case. And that tends to work, sometimes it does, sometimes it does not. It saves the court some time, it saves all the litigating parties money. And at the end of the day all legal departments run on a budget. We try to stay within the budget to save the company money to increase profits. So if there is a way ADR can be implemented within a litigation scheme, to reduce the cost and increase the efficiency of resolution between companies, I think that is a good idea.'

4.3.4 De keuze voor procederen

De geïnterviewde bedrijven geven aan regelmatig te procederen in Europa. Soms gaat het om één conflict, waarover dan wel in alle landen van Europa geprocedeerd wordt.

'Nou, ik denk dat je gemiddeld komt op een beetje per jaar of zo. [...] Dat zijn allemaal zaken die in iedere nationaliteit moeten worden uitgelegd. Moet je 25 keer in Europa doen. [Maar gebeurt dat dan ook dat ze 25 keer gaan...?] Ja, absoluut. Het hangt natuurlijk een beetje af van hoe het helemaal zit. Ik bedoel in Polen is dat ingewikkelder dan in..., maar dat is zeker ja. Nee, ik bedoel kijk, het is niet voor niks. Dit bedrijf staat op de patenten, dus ieder patent wordt rigoureuus verdedigd.'

In een ander geval zijn er verschillende conflicten die in een beperkt aantal landen voor de rechter worden gebracht.

'They would probably be round about 5 or 6 products that are attracting 15 litigations at the moment in these countries [in the EU] at the moment.'

Wie beslist er eigenlijk over de gang naar de rechter? Volgens de respondenten wordt die beslissing regelmatig vrij hoog in de bedrijfs-hiërarchie, op 'corporate' niveau genomen.

'[The decisions to start litigation are made by whom, on what level?] They are made at the

corporate group level, and we have a panel of people who review each product on any potential issues that we can have with each product, when it is launched. [There are legal people involved on this level?] Actually I am the only person of the legal department who sits on that [panel], we have a patent agent who sits on it. There are two people from the board who sit in the committee. It is in fact a joint legal, patent, R&D and sales committee. [And sales too? So the pros and cons in relation to sales are also involved?] Yes, sometimes strategies can be more risk bearing, because the sales department will feel the brunt [of litigation].'

'In principe doet Parijs een voorstel. Legt dat bij ons neer. Zegt van, dit is de casus, dit is het advocatenkantoor. En dit is wat wij graag zouden willen doen bij jullie. Wat zijn de andere consequenties? Want daar gaat het vooral over. Ik bedoel, wij kunnen wel... roepen over die internationale strategie, maar zoals ik net al aangaf, die internationale strategie wordt daarbij ook nog voor een belangrijk gedeelte gecoördineerd door internationale advocatenkantoren.'

'De "executive committee" beslist over de vraag of er over een kwestie wordt geprocedeerd. Dat wordt hoog in de boom beslist, niet door mij en ook niet door Legal.'

Soms neemt de IE-afdeling zelf de beslissing.

'Het gaat uiteindelijk van hier naar management. We hebben daar een instrument voor wat "litigation sign-off document" heet, dat in principe door de accountmanager die het aan gaat op de rit wordt gezet en waar zijn directe of haar directe baas op aftekent, waar de betrokken octrooigemachtigde op aftekent, waar het hoofd van de juridische afdeling binnen IE op aftekent, waar iemand van de financiële afdeling op aftekent en waar uiteindelijk de ceo van IE op aftekent. [Dus de directie komt daar niet bij kijken?] Nee.'

De afwegingen die bij de beslissing om te procederen een rol spelen, kunnen blijkbaar zeer divers zijn. Als een eerste criterium wordt wel genoemd de grootte van het belang: het belang moet wel de moeite lonen. Een andere reden om niet in actie te komen is de verwachting dat een ander tot de actie zal overgaan.

Daarna komen andere afwegingen in beeld. Aan de ene kant van de balans staan de doelen die met een procedure bereikt kunnen worden. Meestal zijn dat praktische oogmerken, zoals het beëindigen van een patent- of merkinbreuk, het vernietigen van een patent of G-merk en dergelijke. Met procederen om een principekwestie lijkt men zeer voorzichtig. Maar naar verluidt komt het wel een enkele keer voor.

'It would have to be a very, very strong principle to spend 200.000 euros on it.'

'Ik zou niet snel een zaak voeren om het principe, maar je ziet wel dat soms in een specifieke case het uitdraait op een principekwestie.'

'I don't particularly like to litigate for principles. Because they don't typically change any situation for the company. And it costs a lot of money to do that. So I only litigate cases where at the end of the day I have positive results for the global business. The European business. I let the big guys litigate the principles.'

De vraag is natuurlijk of die doeleinden via procederen ook daadwerkelijk bereikt kunnen worden. Het is zaak het risico op verlies goed in te schatten en zo mogelijk te minimaliseren. Daarbij wordt bijvoorbeeld kritisch gekeken of een patent of merk sterk genoeg is om in een procedure overeind te blijven.

'...Het een is beter dan het ander, en het een leent zich meer voor een juridische procedure dan het ander. Kan ik de inbreuk überhaupt bewijzen? Sommige van die octrooien zijn zo gruwelijk ingewikkeld, dat lukt je van je lang zal ze leven niet om daar überhaupt inbreuk op te maken. Of misschien wel te maken, maar niet om het te bewijzen. Sommige octrooien zijn zo hyperingewikkeld, dat lukt je niet om die aan een rechter uit te leggen. Dus de truc is om iets te vinden, a) wat je kunt bewijzen, en b) wat enigszins voor normale mensen, niet zijnde de paar verdwaasde

octrooigemachtigden of andere techneuten, wat normale mensen in normale lekt taal kunnen snappen.'

'Wat je dan vaak ziet is natuurlijk dat wij onze producten toch ook regelmatig weer een nieuw uiterlijk geven. Dit soort twijfelgevallen zien we vaak meer op kenmerken van een merk die minder makkelijk te beschermen zijn. Op woordmerk niveau zullen we hier nooit over twijfelen. Iemand die dicht tegen ons aankruipt, daar maken we korte metten mee. Als het gaat om kleurgebruik, om vormen, toch een aantal elementen waarvan we uit consumentenonderzoek weten dat de consumenten daar ook hevig op onderscheiden. Maar we weten dat we daar in de laatste jaren juridisch gezien echt verder in ingeperkt zijn, in de beschermingsomvang. Daar zie je dat de twijfel vaker doorslaat naar 'laten we het maar niet doen' dan bij woordmerken. Dus ja, het hangt altijd af van hoeveel kans we denken dat we bij de rechter hebben.'

De kans om een zaak te winnen kan ook weer worden afgewogen tegen de verwachte nadelen verbonden aan het verliezen van een zaak. Als een inbreuk op de geldigheid van een patent of merk in één land niet wordt erkend, kan dat gevolgen hebben voor wat er in andere landen gebeurt.

4.3.5 Strategisch procederen in octrooizaken

De structuur van het EOB-regime biedt de mogelijkheid om over octrooikwesties selectief te procederen. Dit veronderstelt dat het octrooi in die landen geregistreerd is. Selectief registreren gebeurt blijkbaar ook:

'Je wijst natuurlijk maar zelden alle Europese landen aan, want wat moet je met een octrooi op Malta? Of Polen?'

Er wordt soms geselecteerd op basis van het product, dat wil zeggen: op basis van de verwachting waar het octrooi gebruikt zal gaan worden. Dat kan een aantal landen zijn. Andere bedrijven zijn minder selectief en registreren op ruime schaal. Als er dan twee in heel Europa opererende bedrijven tegenover elkaar komen te staan, kan het meest aantrekkelijke forum gekozen worden.

'... If it is a European company that infringes, do I have a strategic jurisdiction that I prefer... I chose Germany. I find it to be favourable for IP-issues, at least to my company. They are not so expensive to litigate. And they provide an efficient forum for judgement and quite quickly, which is also a benefit for my company. So Germany is the country I like to do business in.'

'Je begint vaak met een saisieachtige actie. Het is een soort beslag. Dat speelt in

octrooien natuurlijk een grote rol, dus in België is dat relatief makkelijk. (...) Je verdenkt een bedrijf van inbreuk op je octrooi en dan kun je met een rechter-commissaris een inval doen bij het bedrijf en zeg maar materiaal in beslag nemen. Nou, dat is vaak de eerste stap.'

'...Je ziet dat al die bedrijven elkaar aftasten en dat de juridische conflicten dus ook wereldwijd uitgevochten worden, daar waar men verwacht de meeste kans op succes te hebben. Dus de eerste aanval op patenten vindt meestal plaats in het VK. Nederland is eigenlijk wel een land waar het nieuwheids-principe eigenlijk in wet- en regelgeving, jurisprudentie, redelijk goed is afgedekt, afgedicht. Veel beter bijvoorbeeld dan in het VK waar dat een veel lagere status heeft.'

Zoals hiervoor al bleek, komt het voor dat bedrijven over dezelfde kwestie in verschillende jurisdicties tot actie overgaan. De keuze voor bepaalde fora kan – behalve door de kans op succes – ook zijn ingegeven door het gezag dat de gerechten in de octrooiwereld hebben.

'There is an hierarchy among the European courts for patent proceedings. The two single most important courts are Germany and then the UK. And after that would be Holland. And then probably France, Italy and Spain.'

Een van de bedrijfsrespondenten uit de farmaceutische industrie gaf aan dat er soms in alle landen in Europa geprocedeerd wordt. Als we af mogen gaan op de gegevens van de Europese Commissie is dat betrekkelijk uitzonderlijk. Volgens deze gegevens is er in deze branche over de meest omstreden octrooien in vijf tot acht landen geprocedeerd.⁷¹

4.3.6 Preventie

Gegeven de vrij algemene preferentie van bedrijven om de gang naar de rechter te mijden (omdat het vaak de onderlinge relaties schaadt), is ook het thema van de preventie van procederen aangesneden.⁷² Daarbij moet hier direct worden aangetekend dat het in IE-geschillen meestal niet gaat om contractuele verhoudingen (behalve bij licenties), maar om verhoudingen tussen concurrenten en in dergelijke verhoudingen kunnen de preferenties anders liggen. De sectorstudie van de Europese Commissie maakt duidelijk dat vooral in de farmaceutische industrie de concurrentieverhoudingen op scherp staan. Ze worden door een van de respondenten beschreven in termen van oorlog.

Dat is voor een belangrijk deel te verklaren uit het feit dat er vaak twee groepen mondiaal opererende bedrijven tegenover elkaar staan: innovatieve bedrijven en de zogenoemde generieke bedrijven die geneesmiddelen op de markt brengen waarop geen patent (meer) rust.⁷³ Beide groepen hebben een sterke focus op geneesmiddelen die een massale omzet

71 European Commission 2008, p. 182.

72 Cf. Jettinghoff 2001.

73 Voor de achtergrond van deze ontwikkeling: Grabowski & Kyle 2007.

hebben (*blockbusters*). Een belangrijke bron van frictie komt voort uit de wens van de innovatieve bedrijven om het leven van een patent zo lang mogelijk te rekken en de wens van de generieke bedrijven om een patent zo snel mogelijk te beëindigen. Wanneer een productpatent dreigt af te lopen, kan een innovatief bedrijf trachten een patent te verwerven voor een ander aspect van het product: de bereiding, een nieuwe farmaceutische formulering of een nieuwe toepassing. Deze 'tweede generatie' patenten zijn vooral het doelwit van de generieke bedrijven. Het gevolg is een complex geheel van zetten en tegenzetten in alle stadia van het bestaan van een patent. Uiteindelijk is de gang naar de rechter een van de wapens in de strijd tussen deze groepen bedrijven. Daar valt niet veel aan te voorkomen door de bedrijven zelf. Het gaat tenslotte om gigantische financiële belangen. Er wordt wel gewezen in de richting van het EOB.

'Much of the litigation we are involved in are about second generation patents... They are meant to prevent generic entry or to spin out a monopoly by the patentee. If the patent granting authorities would take a much firmer line in granting a patent, there would be less litigation. [Refers to an example.] With a little more scrutiny at the patent office it would not have made it past the examiner.'

Een respondent van een elektronicaconcern dat veel met licenties werkt, wijst op het

belang van het goed instrueren van accountmanagers.

'Het allerbelangrijkste denk ik in ons vak is om de accountmanagers, dat zijn degenen die het eerste contact hebben met de potentiële licensee, in staat te stellen om op een heldere en duidelijke manier uit te leggen waar we het nou eigenlijk over hebben en waarom zo'n licentie onontkoombaar is.'

Daarnaast kan naar zijn zeggen de hoogte van de 'royalty fee' wel een rol spelen. Als die te hoog is, zijn er problemen te verwachten.

'Ik denk dat we daar in het verleden ook nog wel eens hebben misgekleund, dat we te lang aan een te hoge "rate" hebben vastgehouden.'

Een rigoureuze manier om patentgeschillen te voorkomen is om geen patent te hanteren. Naar verluidt komt het voor dat bedrijven uitvindingen geheimhouden. Een bereidingspatent bijvoorbeeld lijkt het meest geschikt voor geheimhouding. Maar ook producten worden niet altijd gepatenteerd. Een van de bedrijven die zijn bezocht is werkzaam in de biotechindustrie. Dit grote internationaal opererende bedrijf produceert geneesmiddelen, een branche waar patenten schering en inslag zijn. Toch werkt dit bedrijf tot nu toe zonder een enkel patent. Dat is mogelijk omdat het actief is in de niche van zogenoemde weesmedicijnen (*orphan drugs*). Dat zijn geneesmiddelen voor levensbedreigende

aandoeningen die bij weinig patiënten voorkomen. Per definitie zijn dat niet de blockbusters waar de farma-industrie vooral in geïnteresseerd is. Het is wel zo dat deze producten, om de productie van deze medicijnen te bevorderen, in bescherming worden genomen door de Europese instelling voor geneesmiddelenregistratie (de EMEA).

4.4 Opvattingen over specialisatie en concentratie

4.4.1 Noodzaak specialisatie?

De noodzaak van rechterlijke specialisatie voor behandeling van kwesties over octrooien en G-merken wordt door de bedrijven unaniem beaamd. Het nut van concentratie van rechtspraak inzake octrooien en G-merken wordt nauwelijks ter discussie gesteld. Wel werden door enkele respondenten kritische opmerkingen gemaakt over de figuur van het Europese patent dat vervolgens nationaal kan worden getoetst en beschermd.

'Ik vraag me trouwens af of dergelijke zaken wel in Nederland behandeld moeten worden. Waarom niet Europees? Waarom niet inbreuken bij de EOB? Het voordeel is dat ze de verleningmethode kennen en dat is een goed uitgangspunt om inbreuken te beoordelen. En je bent in één keer voor heel Europa klaar.'

'Als je dus een octrooi hebt dat Europees verleend wordt en als je dan de nationale fase

ingaat, daar ga je er eigenlijk een oordeel over geven. En zeker als je dan dus niet weet hoe het tot stand gekomen is en wat voor normen er in München gehanteerd worden, dan wordt het wel raar dat je dan in Den Haag je eigen normen gaat opleggen. Ik heb daar moeite mee als gebruiker van het systeem, dat je met elkaar een verdrag tekent als land, dat je zegt, we hebben een Europees verleningssysteem, daar wordt je getoetst. Volgens Europese normen. Je krijgt een octrooi verleend, en dan zegt een lokale rechter, dat kan wel zijn, maar ik heb zo mijn eigen normen. Dat vind ik dus niet zuiver.'

Een enkele bedrijfsrespondent pleit voor beperkte concentratie voor G-merkenkwesties.

'(...) Ik vind het persoonlijk heel belangrijk dat daar rechters zitten met kennis van zaken. Het enige gevaar is wel dat je nu heel afhankelijk bent van de rechtbank Den Haag. (...) Je bent niet vrij om naar een andere rechtbank te gaan, terwijl je soms wel het idee hebt: voor dit soort zaken ben ik er liever niet, omdat daar op dit moment weliswaar rechters zitten met kennis van IE, maar die zulke gekke beslissingen nemen soms... [Zou u er een voorstander van zijn dat er een alternatief was?] Ja, dat vijf grote rechtbanken in den lande in de verschillende regio's een eigen IE-kamer zouden hebben.'

Voor het advocatenpanel⁷⁴ is rechterlijke specialisatie op het terrein van intellectuele

74 De expertmeeting voor deze sector bestond uitsluitend uit advocaten. Voor de duidelijkheid wordt daarom verder gesproken over het 'advocatenpanel'.

eigendom vanzelfsprekend gewenst. Als afschrikwekkend voorbeeld voor wat er bij het ontbreken van specialisatie kan gebeuren, wordt de gang van zaken bij het *ex parte*-bewijsbeslag genoemd.⁷⁵ De deelnemers aan het panel geven vrijwel unaniem aan voorstander te zijn van meer specialisatie en concentratie op het terrein van IE-kwesties. De door hen gewenste situatie komt in de laatste paragraaf aan de orde.

Het advocatenpanel is in beginsel voorstander van Europese centralisatie van jurisdictie op het vlak van octrooirecht. Nederland kan in een dergelijke nieuwe opzet (door de voor-
aanstaande rol van de Haagse IE-kamer in Europa) mogelijk een belangrijke rol gaan spelen. Op dit moment is nog onduidelijk hoe deze kwestie zich zal ontwikkelen. Tot er meer duidelijkheid komt kan men leven met de huidige situatie.

4.4.2 Vereiste deskundigheden

Dat bedrijven zich uitspreken voor rechterlijke specialisatie stoelt op de overtuiging dat het behandelen van deze zaken bijzondere deskundigheden vereist. De deskundigheden die voor het behandelen van octrooizaken vooral worden benadrukt, zijn varianten van technische kennis, met name de kennis die in het bedrijf een grote rol speelt.

'At least a judge who is not scared by technology is important, and a willingness to learn technology is very important. Preferably they

have a technical background or in IP for many years. [...] From my point of view as a pharmaceutical client it is very important that judges understand chemistry, at some level. And that they understand the industry.'

'Ik vind dat je [als rechter] een redelijke natuurwetenschappelijke basis of engineering basis zou moeten hebben en dan is de derde klas middelbare school scheikunde of zo niet genoeg. Daar kom je gewoon niet mee weg. Je snapt gewoon niet waar mensen het over hebben.'

'Most helpful is when they have an engineering background, a certain amount of training to allow them to interpret mechanical designs and apply them appropriately to the legal framework of the Netherlands.'

Voor octrooi- en merkenzaken wordt daarnaast enkele malen gewezen op het belang van kennis van de branche.

'Ik denk inderdaad dat de rechters die gevoel hebben voor chemische kennis, maar ook gevoel hebben voor hoe een structuur en hoe een organisatie [in onze branche] werken en de consequenties zoals ik ze net omschreef [heftige concurrentie].'

'Ze kennen die merkenbranche goed, dat zij het goed begrijpen, maar dat zij ook een oog hebben voor [onze] branche.'

75 Zie hiervoor paragraaf 4.4.1.

*'Nou, ik denk dat het allerbelangrijkste is het vermogen om je te kunnen verplaatsen in de materie... [Welke materie bedoel je dan?]
Nou, in ons geval hoe de kledingbranche werkt. Welke belangen daar spelen. Dat dus een kledingbedrijf totaal andere belangen heeft dan een farmaceutisch bedrijf. Bijvoorbeeld omdat wij met die collectie zitten die twee keer per jaar uitkomt en die binnen een halfjaar is uitverkocht. Omdat wij problemen hebben met het counterfeit op eBay. Onze producten worden in de winkel voor 100 euro aangeboden en op eBay voor 60. Vertel mij maar of dat een koopje is of nep. Dat zijn allemaal hele kleine praktische dingen en zo kan ik een hele lijst maken. Ik denk dat het voor een rechter van ons uit bezien ontzettend belangrijk is dat hij snapt wat het belang is dat wij hebben.'*

De juridische deskundigheid lijkt bij de bedrijven niet boven aan de lijst te staan, maar wordt wel genoemd.

'Het tweede is, denk ik, dat je al een tijdje IP-recht moet doen om een beetje gevoel te krijgen voor bijvoorbeeld begrippen als nieuwheid, inventiviteit et cetera. Ik denk dat het in de standaard juridische studie niet zo zit. En dat speelt wel een heel grote rol.'

'Het is toch een rechtsgebied dat continu in ontwikkeling is en waar zeg maar verschillende, hoe moet ik het noemen, vanuit verschillende kanten beslissingen worden genomen die

meewegen. Natuurlijk het Europese Hof, maar ook zo'n merkenbureau in Alicante, die kan toch weer richtinggevend zijn voor de praktijk. Dus ja, als ik naar mezelf kijk is het een continu proces om bij te blijven. En ik denk dat het ook heel goed is dat die rechters er zijn.'

Het advocatenpanel staat overwegend afwijzend tegenover de nadruk op technische deskundigheid. Zij benadrukken juist meer het belang van juridische expertise in dit veld.

4.4.3 Deskundigheid voldoende?

Bij de respondenten uit het bedrijfsleven zijn geen grote klachten te beluisteren over de staat van deskundigheid bij de IE-kamer.

'The team that I witnessed understood the technology, understood the argument and applied it very well. So I think that panel had all those factors ...'

'Ik denk dat ze daar niet slecht scoren op internationale schalen.'

'Ik denk dat [de juridische deskundigheid] wel goed zit. Ik heb daar ook van mijn advocaten niet heel veel teleurstellingen over gehoord.'

'Ja, juridische deskundigheid, daar ga ik zonder meer van uit. Dat neem ik gewoon aan. Technische deskundigheid, die zal er niet zijn. Zeker wat ons vakgebied [elektronica] betreft. Dat kun je ook niet verlangen. En toch

denk ik dat als je er voor gaat zitten en je wilt je de moeite getroosten, dat je een heel eind komt. En daar hoeft je niet zo heel veel moeite voor te doen.'

'Wij staan er dan met van die "optical" octrooien, met van die rare logaritmes en weet ik veel wat allemaal. Een dag daarna staat er natuurlijk een of andere chemieboer met een of andere dwaze formule. Dan komt er weer een farmaceut langs met een of andere rare werkzame stof. Je kunt die mensen niet op elk gebied deskundig maken. Maar iets meer deskundigheid, of in ieder geval een bereidheid je daarvoor open te stellen, dat zou misschien wel fijn zijn.'

'(...) Dus men weet effectief hoe het zit met de intellectuele eigendomsrechten, maar het gewicht dat men eraan geeft is volgens mij nog onvoldoende. Wat zich onder meer uit in de schade-uitspraken. [Maar goed, die specialistische kennis...] Daar zit het goed mee. Ja, daar heb ik geen klagen van.'

'Ik heb in het verleden wel eens het gevoel gehad dat de kennis van de markt niet heel erg aanwezig was. En dat een rechter die al zijn boodschappen bij wijze van... [Die doet weinig boodschappen...] Nou ja, dat is wel waar onze producten staan. Dus op het moment dat wij daar zeggen dat op basis van allerlei onderzoek blijkt dat een consument zijn routineaankopen, dus bijvoorbeeld margarine, in een halve seconde uit het schap haalt,

omdat hij Becel wil bijvoorbeeld. Ik denk dat als je nooit in de supermarkt komt, dat je ook niet goed... Waar beslis je op?'

'(...) Dat rechters ook af en toe eens gaan shoppen en dat ze weten dat... Dat is misschien om te lachen, maar ik heb wel van onze advocaten – en niet noodzakelijk de Nederlandse – gehoord [...] dat ze zeggen, wanneer bent u voor het laatst in een supermarkt geweest...?'

Er valt wat de bedrijven betreft soms nog wel iets te wensen. Die wensen gaan dan in de richting van technische kennis en branche-kennis. Door het advocatenpanel worden deze wensen niet onderschreven. De wensen worden gezien als typisch voor technici uit het bedrijfsleven (vooral patentgemachtigden), waar het belang van kennis van het IE-recht wordt onderschat. Dat is juist waar de rechter zich op moet richten. Het gaat er niet om dat zij/hij alle terreinen van techniek moet beheersen (dat is onmogelijk), de rechter moet affiniteit hebben met techniek. Volgens het advocatenpanel is die affiniteit aanwezig. Dat blijkt uit het feit dat – naar hun ervaring – goed kennis wordt genomen van de technische producties in het dossier.

4.4.4 Buitenlandse benchmarks

De rechters van de IE-kamer zijn, zoals gezegd, internationaal georiënteerd. Op octrooigebied zijn met name Duitsland en het

Verenigd Koninkrijk de grote voorbeelden. Den Haag staat in Europa – naar eigen onder-
vinding – goed aangeschreven. Een van de
rechters licht de achtergrond toe:

*‘Nou ja, je hebt natuurlijk een sterke basis met
innovatieve industrieën als Philips en in mindere
mate Unilever en Akzo ook, die zorgden voor
een fatsoenlijke facilitering van de thuismarkt
op octrooigebied, maar je hebt een hele
sterke octrooiraad. Vroeger werd gezegd: als
je in Nederland of Duitsland een octrooi hebt
dan is dat shockproof. En op basis van die
traditie is dan ook rechtspraak in de slipstream
daarvan ontstaan, die eigenlijk al van lang
voor de oorlog een goede reputatie had. Dat
kunnen we vasthouden door een aantal
kenmerken denk ik, doordat we hier ervoor
zorgen met vallen en opstaan en zo goed en
zo kwaad als het gaat een hoog niveau te han-
teren en doordat we een kort geding-faciliteit
kunnen bieden wat in het internationale con-
currentieveld een zeer slagkrachtig wapen is.
En daarnaast hebben we een versneld regime,
dus een hele aparte structuur voor bodem-
zaken in het octrooirecht waarmee we ook
scoren want de grootste concurrenten, als je
het zo zou mogen zeggen, zijn Duitsland en
Engeland. In Duitsland heb je een gesplitst
systeem in octrooirechtspraak. Daar heb je dat
inbreukvragen gaan naar één type rechtbank
en geldigheid naar een andere. Geldigheids-
canon in Duitsland is Düsseldorf. Behandelt
600 octrooizaken per jaar met 6 man. Hoe ze
dat doen, is iedereen een raadsel. Wij zeggen*

*altijd, het zijn allemaal halve zaken.” Het echte
gevecht is de nietigheid, is de geldigheid en
dat doen ze niet. En de andere grote concu-
rent is de Engelse High Court. Superkwaliteit!’*

Door het advocatenpanel wordt onderschreven
dat de rechtbank Den Haag onder de specia-
listische IE-gerechten in Europa tot de top
behoort. Het waardeert ook de ambitie van de
rechtbank om deze positie te handhaven.
Welke vergelijkingen komen we tegen onder
de geïnterviewde bedrijven? Enkele voor-
beelden:

*‘But to import the experts into Holland would
have the effect of lengthening proceedings and
I am not sure there would be a tremendous
increase of the quality of the judgement. In
terms of detail consideration the UK is ahead
of Europe. But you know, you are paying for
what you get. And in Germany they ignore
experts altogether.’*

*‘Ja, het klinkt misschien flauw. Dan moet ik het
toch weer even over Duitsland hebben, als ik,
de ontwikkeling een beetje gezien, de rechters
in Mannheim die we regelmatig zaken voor-
leggen, hoe die in hun technisch begrip in de
loop der tijd gegroeid zijn. Dat is echt
geweldig. We komen daar met veel zaken dus
ze moeten zich ook regelmatig in veel dingen
verdiepen. Ze zullen zich zeker ook nog wel in
zaken laten bijstaan door een technisch des-
kundige. Maar ook in heel veel zaken niet.
Omdat ze het eenvoudigweg zelf wel afkunnen.*

En dat laatste heb ik in Nederland nog nooit gezien.'

'We procederen niet zo veel in Engeland. [Waarom is dat?] Duur. Het is heel erg duur. En eigenlijk is dat de voornaamste reden. Als je een kosten-batenanalyse loslaat op een zaak, van gaan we nou niet of wel procederen, dan is Engeland bijna net zo duur als de VS. En daar staat tegenover dat het op een ontzettend degelijke, bijna Duitse manier gebeurt.'

'Ik denk dat de rechterlijke macht wel wat meer op een voetstuk staat in België, of wat meer op afstand dan in Nederland. En dat heeft voor een deel ook te maken met dat wij, wat ik toen straks al zei, dat je veel Nederlandse rechters toch wel op merkenrechtelijke dingen ziet. Die heb je in België ook minder. Dus daar heb je ook minder gespecialiseerde rechters dan in Nederland. Maar dat neemt niet weg dat we daar vaak goede uitspraken krijgen.'

Ook bij de geïnterviewde bedrijven blijken Duitsland en het Verenigd Koninkrijk belangrijke referentiepunten.

4.4.5 Verbetering deskundigheid

Om suggesties ter verbetering van de deskundigheid gevraagd, komen bedrijven met uiteenlopende suggesties.

Subspecialisatie

'(...) Het is een erg specialistische branche [farma] en het zou heel goed zijn als ze daar één of twee mannetjes hebben en het liefst twee of drie of zo die daar hun subspecialisatie van maken. Want het gaat natuurlijk alleen maar heftiger worden en nogmaals de patent-branchen is bij ons echt heel heftig.'

'For different sectors of industry somebody has scientific or engineering background specific to the industry, that would be helpful.'

Inschakelen deskundige

'[Meestal leveren partijen toch [technische deskundigheid?]] Ja, maar wat je ook wel eens ziet is dat de rechtbank zegt van, ik benoem een deskundige waardoor ik mij laat bijstaan. [In Nederland ook?] In Nederland weet ik niet, maar in Duitsland zie je dat wel. [Dat vindt u dan ook een verstandig iets?] Op het gevaar af dat de hele zaak beslist wordt door die deskundige. Maar als dat onder een verstandig regime van een verstandige rechtbank gebeurt [wel].'

Externe contacten

'Als je kijkt wat je uiteindelijk graag zou willen, is dat een rechter zich in een bedrijfstak kan verdiepen. [Maar hoe moet je dat doen?] Dat is een hele interessante vraag. [Want hij moet toch ook een beetje distantie bewaren?] Distantie hebben ja. Dus ik denk eerlijk gezegd dat het zou kunnen zijn op het niveau van koepels, dat zou niet kunnen zijn op dat van

associaties. Dat die met de industriekeutel, voor mijn part op het niveau van VNO/NCW, hier en daar contacten heeft zodanig dat hij in ieder geval weet wat de algemene onderliggende speelwijzen zijn en wat de problemen zijn. En hoe dat zich verder gaat ontwikkelen. Dat zou nog wel eens een goede tip zijn, denk ik, voor rechters. Dat hangt er vanaf hoe ver hij wil afdalen ten opzichte van een bedrijf en daar geldt natuurlijk ook voor dat niet ieder bedrijf zomaar in zijn keuken wil laten kijken. [Maar dat zal de rechter ook niet ambiëren om dat te doen.] Nee. Maar ik denk dat het heel goed zou zijn wanneer er voor rechters een soort van intrinsieke nascholing zou komen ook vanuit dat soort gremia en dat het ook transparant wordt dat het gebeurt.'

'Ik denk dat als je het een paar jaar doet en ik vind dat je dan ook regelmatig... Je zou dan eens een keer in München moeten gaan kijken. Wat uitspraken moeten lezen.'

Maar anders is niet per se beter:

'The key difference with e.g. the UK is the reliance on expert evidence. (...) Basically in the UK what the experts find is what the case turns around. [Would that be something that you would like to import from the UK onto the Continent?] I think both systems work very well. Reasonably well. One thing about the UK: you can get overly excited about how you managed to beat their expert up. You know: one wrong answer and... And then that can

become an issue more important than the technology. Perhaps Holland is a little bit casual about expert evidence. [They think]: "That is very interesting but I am an expert, I have an undergraduate degree...". That is why they work "reasonably" well. They both have their ups and downs.'

In het advocatenpanel staat men afwijzend tegenover het benoemen van externe deskundigen door de rechter. Het gevaar bestaat dat de beslissing dan wordt genomen door de deskundige. Hetzelfde gevaar ziet men bij het aanstellen van technische rechters. Ook in deskundige rechter-plaatsvervangers ziet men geen heil. Als het daarbij om advocaten gaat, is het bezwaar dat daarvoor het wereldje te klein is. Eventueel zouden gepensioneerde experts een mogelijkheid zijn. Wel zouden vaker de deskundigen van partijen tijdens de zitting kunnen worden ondervraagd. Opgemerkt wordt dat in merkenzaken door partijen ingebrachte deskundigenrapporten weinig aanzien hebben. Dat leidt ertoe dat rapporten van partijen tegen elkaar worden weggestreept. Mogelijk is dit geringe aanzien van dergelijke deskundigenrapporten mede ontstaan door toedoen van de balie, vooral door de rapporten als procedurele tactiek te gebruiken – bijvoorbeeld door ze op het verdedigde belang toe te snijden of onnodig omvangrijk te maken. Ook de klacht van de kant van sommige bedrijven dat de rechters onvoldoende zicht hebben op de betekenis van octrooien en

merken in de bedrijfsvoering vindt bij de deelnemers aan het advocatenpanel niet veel steun. Wel zijn er in het panel enkele andere suggesties voor deskundigheidsbevordering gedaan. Voor een goede behandeling van octrooizaken wordt een werkbezoek aan het EOB aanbevolen. Voor de behandeling van merkenzaken (waarbij communicatie met consumenten een cruciale rol speelt) wordt het volgen van een cursus marketing nuttig geacht.

4.5 Opvattingen over kwaliteit

4.5.1 Kwaliteitsdimensies

Als we vragen welke eisen zij stellen aan goede IE-rechtspraak, blijkt dat bedrijven diverse maatstaven (soms ook tegelijkertijd) hanteren.

Bejegening van partijen ter zitting
'Ik vind het belangrijk dat je tijdens de zitting de indruk krijgt dat een rechter is voorbereid. Ik vind het ook erg goed als rechters ter plekke kritische, inhoudelijke vragen stellen.'

'(...) What I put second is very basic: having read the papers before they walk in.'

De instelling van rechters
'I think a good quality in a judge is when they take an objective approach to adjudicating an issue.'

'Want wij zouden in Europa heel terughoudend moeten zijn met nietigheid. Ik vind dat bijna arrogantie [als je dat niet doet].'

Deskundigheid van de rechters
'An understanding of technology.(...) As a client, any project that I bring to court had 8 or 9 months ahead of it before I issue a claim. Then of course I have expended considerable resources and money in hiring the best counsel and experts available. And then you want to know when you have done all that work and spent all that money, that you get a fair and proper hearing, from someone who is technically qualified to hear it.'

'Maybe that is why I believe that you ought to have specialised judges, who maybe have been litigators in patent or trademark law. You have those kind of people who later on in their career become judges, so they have a very good background on both sides of the law..., where they can be really effective judges. They are truly experts in those fields of law and they can be good judges because they can see both sides of the argument.'

Snelheid
'At the First Instance level, I think one of the most important things for a company like [ours] is the speed with which we get a First Instance hearing.'

Een wat de argumentatie betreft transparante uitspraak

'Als de uitspraak met goede argumenten is onderbouwd. Waarbij beide partijen het gevoel hebben dat ze zich in de rechtspraak en de uitspraak kunnen herkennen. Dat gebeurt met octrooirechtspraak vaak wel. Met andere rechtspraak is dat vaak wat minder en dan zie je dus dat daar de kwaliteit minder transparant is.'

'Rechtszekerheid. Dat je de uitspraak kunt begrijpen, de redenering erachter. Dat je denkt: dat klopt.'

'(...) Een goed gemotiveerd vonnis. Wij hebben nog wel eens zaken die we winnen, maar heel summier gemotiveerd. Ja, dat is eigenlijk jammer. Ook omdat rechters daar soms wel de mogelijkheid hebben om wat jurisprudentie te schrijven, natuurlijk.'

Een uitspraak die ingaat op alle ingebrachte argumenten

'Ik denk dat het uiterst belangrijk is dat wanneer in een pleidooi of in conclusies een aantal punten ontwikkeld worden, het zeker een vereiste zou moeten zijn dat men de rechtbank zou kunnen verplichten om ten minste op alle punten die in het dispositief gesteld worden te antwoorden. Ik kan ze aanvaarden, ik kan ze niet aanvaarden, ik kan ze zelfs gewoon afwijzen als ze niet bewezen of niet mee eens of wat dan ook. Maar men moet volgens mij daar zijn punt mee maken.'

Een uitspraak die oog heeft voor de achterliggende praktische problemen

'Dat het een antwoord op mijn vraag geeft. Waar er echt begrip is van de rechter, dat hij weet waar het over gaat. Als een geschil voor een rechter komt, zijn er daarachter wel praktische noden. Een partij wil een namaak stoppen of wil een inbreuk op zijn merk of een praktijk stoppen. Er zit wel interesse daarachter, zelfs voor de andere partij. Want als je begint in een procedure, dan opent de deur van de rechtsonzekerheid. En dus moet er een beslissing komen, vrij snel, want zeker als je in een [buitenlands] bedrijf zit, dan moet je allerlei verklaringen doen voor de auditors, voldoet dit en voldoet dat. En vaak is het gewoon moeilijk om een beslissing te nemen over een product.'

4.5.2 Rangorde van kwaliteitsdimensies en waardering

We hebben de respondenten van bedrijven het (in hun oordeel) relatieve belang van vier dimensies van kwaliteit laten aangeven. Het gaat om onpartijdigheid, juridisch-inhoudelijke kwaliteit, bejegening en snelheid. In de antwoorden zat een vrij duidelijke lijn. De onpartijdigheid werd veelal vooropgesteld, zelfs min of meer verondersteld. De juridisch-inhoudelijke kwaliteit was van de overgebleven dimensies meestal de belangrijkste, daarna bejegening en snelheid bleek hekkensluis. We lopen de opmerkingen bij de verschillende dimensies langs.

Onpartijdigheid

Sommige respondenten vinden onpartijdigheid min of meer een criterium 'hors concours': het wordt als elementair verondersteld.

'I am not so interested in impartiality, because I expect every judge to be impartial. It is too important to rank.'

'(...) Dat gaat natuurlijk voor alles. Dan zeg ik van: als dit [onpartijdigheid] in het geding is, dan moet die rechtbank, die rechters moeten morgen ontslagen worden. Daar ben ik heel simpel in. Opheffen.'

'Dus ik zie, ja, onpartijdigheid van de rechter, dat heb ik nooit meegemaakt, dat het aan de orde was. Dus dat vind ik wel superbelangrijk, maar dat zit gewoon wel goed.'

'You need an impartial judge, no matter how fast.'

Enkele respondenten maakten opmerkingen over een zekere beschermende houding van rechters ten opzichte van de vermeend zwakkere partij. Een keer wordt dit verbonden met onpartijdigheid.

'Onpartijdigheid vind ik heel belangrijk. Waarbij partijdigheid in mijn optiek ook zover gaat

dat het bijna een maatschappelijke onpartijdigheid moet zijn. Dus niet zwakke boven de sterke, soms proef je dat.'

Een ander wil in dat geval niet spreken van partijdigheid.⁷⁶

'Het hof heeft natuurlijk altijd nog een beetje de bijnaam van het hof van barmhartigheid. Het heeft de reputatie licensee-vriendelijk te zijn. Of zo je wilt, licensor-onvriendelijk. In die paar zaken die we daar gehad hebben, vind je dat misschien ook wel terug. Maar ik vind dat dat voor de rechtbank eerlijk gezegd in dezelfde mate geldt en ik voer dat toch een beetje terug op enerzijds dat Calimero-effect en anderzijds toch – en misschien brengen wij dat niet goed over het voetlicht hoor, ik sluit dat niet uit – toch niet helemaal in de peiling hebben, niet genoeg realiteitszin hebben om werkelijk te doorgronden wat licensing, en zeker licensing van IP-rechten, wat dat nou eigenlijk is. En je lijkt snel de sterkere, de grotere, de betere partij te zijn, terwijl in de praktijk het juist denk ik vaak zo is dat wat sterk lijkt misschien nog wel eens de zwakkere partij is. [We hebben het nog wel eens over de onpartijdigheid van de rechterlijke macht. Zou dat wat dat betreft een puntje zijn?] Onpartijdigheid vind ik een te groot woord, dat zeker niet. Maar een sympathiegevoel. Ik denk dat

76 Enkele respondenten signaleren een beschermende houding bij Franse rechters ten opzichte van Franse bedrijven in geschillen met buitenlandse bedrijven. Ook dan spreekt men niet van partijdigheid: 'Ja, onpartijdigheid is volgens mij toch nog iets anders dan gevoeligheid. Onpartijdigheid wil zeggen van kijk, ook al ken ik u, ook al loopt mijn dochter van kop tot teen aangekleed in uw producten, dat zal mij worst wezen, ik kan daar doorheen kijken, ik ga met eer en geweten een vonnis maken. Dat is onpartijdig. Maar wat niet wegneemt dat er zelfs in het Nederlands taalgebruik naar mijn aanvoelen een verschil bestaat tussen gevoeligheid en onpartijdigheid. [Maar vindt u die gevoeligheid storend? Of zegt u van nou ja, daar leren we wel mee leven?] Ik leer daar mee leven. Ook door het feit dat ik te weinig keus heb. Ik misprijs de Franse rechtbank daar niet voor, ik weet dat op voorhand...'

rechters toch ook een beetje in zich hebben, het beschermen van de zwakkere. En daar is op zich natuurlijk niks mis mee. Alleen je moet je goed realiseren wie de zwakkere dan eigenlijk is.'

Aan de ervaring van enkele respondenten onder de bedrijven dat zij tegenover kleinere opponenten in het nadeel zijn (Calimero-effect) wordt door de deelnemers van het advocaten-panel niet al te zwaar getild. Ze zijn van mening dat 'het recht zijn loop moet hebben'.

Juridisch-inhoudelijke kwaliteit

Zoals hierboven al aangegeven wordt de inhoudelijke kwaliteit en dan met name de transparantie van de argumentatie van de beslissing door de bedrijven zeer belangrijk gevonden. Voor de meeste respondenten is dat – afgezien van onpartijdigheid – belangrijker dan andere dimensies.

'Ik kan wel zeggen van ik vond het een zitting van niks en ik voelde me onpersoonlijk behandeld, maar als er uiteindelijk gewoon een goede uitspraak ligt en je zegt van uiteindelijk klopt het wel, dan denk ik van, what the hell het proces. Misschien vond ik die rechter wel een eikel en dan denk ik ja, daar gaat het uiteindelijk niet om.'

Respondenten zijn soms terughoudend om op basis van beperkte ervaring een waardering van de Haagse IE-kamer te geven. De waarden die gegeven worden zijn meermalen

relatief, op basis van een (soms impliciete) vergelijking met de ervaring in andere landen in Europa. Enkele positieve geluiden:

'(...) Als ik bij gelijke zaken de vonnissen lees van de een en de ander, dan vind ik die van hier van goede kwaliteit. En zal ik maar zeggen business to the point. Zeker Frankrijk is misschien het ergste en ik denk dat Spanje niet super is. Ze weten antwoorden op de zaak te geven en niet op andere dingen, gewoon op punten op de zaak en niet op theoretische toestanden. In Frankrijk zitten we met het probleem dat we met een Amerikaans bedrijf altijd nog terechtkomen in discussies over de Franse "exception culturelle". Dat de Franse cultuur naar boven moet. En het is altijd onderliggend in Franse rechtspraak, als je een Amerikaanse partij bent. Dat heb ik een paar keer bijgewoond in Frankrijk. En de meeste vonnissen is echt van ja: die kunnen zich niet schelen met Europese wetgeving in Frankrijk. In België ook niet, moet ik eerlijk zeggen.'

'Generally, my experience at the first level is that the legal thinking is very clear, you can follow it even if you don't agree with it. Also there is innovative legal thinking coming out of Holland.'

Er zijn ook enkele kritische geluiden vernomen:

'De inhoudelijke kwaliteit mag wat mij betreft best omhoog. [Wat betreft met name de technische kant van het recht?] Ja.'

‘Stel dat het een Europees verleend octrooi is, dat is beoordeeld door een Europese “examinor”. Uit welk land dan ook. Het kan ook in Rijswijk afgehandeld zijn. Nu is er een oppositie geweest, een oppositiedivisie, die zich erover had kunnen buigen. Dan is er nog een appeal geweest in Europa en dan zit jij [als rechter] in Den Haag en zegt, ja, kan allemaal wel zijn, maar ik vind claim 13 niks. Dan denk ik dan moet je toch wel van hele goeden huize komen. Want in München zitten er mensen bij, zeer geleerde Duitse mensen met een doctorstitel en weet ik wat allemaal, die al dertig jaar in dat vak zitten en die hebben dat helemaal uit elkaar gehaald en dat zit jij met misschien alleen, met alle respect, je opleiding van de universiteit van Nijmegen en zegt: maar ik vind het niks. Dan denk ik: nou, dat is nogal wat. Ik denk dat je daar heel terughoudend in zou moeten zijn.’

Volgens deelnemers van het advocatenpanel laat de transparantie van uitspraken in voorkomende gevallen te wensen over. Soms ontbreekt een juridisch relevante motivering. Dan ontbreekt de afweging van verweren of wordt volstaan met formules (verweer is onweersproken). Voorts wordt door verschillende deelnemers verontwaardigd geconstateerd dat er soms ambtshalve een verweer wordt opgevoerd (‘Daar is dan duidelijk iemand voor zich zelf begonnen’). Wel wordt gewaardeerd dat nieuwe ontwikkelingen (bijvoorbeeld van de Handhavingssrichtlijn) snel door de IE-kamer worden opgepakt.

Bejegening

De bejegening ter zitting komt bij de meeste bedrijven op de tweede plaats na de inhoudelijke kwaliteit van de uitspraak. Ook op dit punt valt waardering voor het optreden van de IE-kamer te beluisteren:

‘Voor mij is de juridisch-inhoudelijke kwaliteit het allerbelangrijkst, vervolgens de bejegening van procespartijen. Want dat geeft ook wel, in ieder geval een goed of slecht gevoel over een zaak. Dat hoeft niet altijd uiteindelijk te kloppen met de uitspraak, maar op het moment dat het voor beide partijen, dat beide partijen als gelijkwaardig worden behandeld, vind ik ook dat daarmee de onpartijdigheid van rechters ook goed gewaarborgd is. Ik vind ook, over het algemeen heb ik wel een goed gevoel over de bejegening van procespartijen.’

‘Ik ben er maar één keer geweest, dat is wel moeilijk. Ik moet zeggen, die man is goed. Ik vond het vrij goed op bepaalde punten. Was het vonnis anders, dan had ik het misschien anders bekeken. De rechter gaf iedere partij de juiste tijd en niet meer voor de ene partij dan voor de andere. Wel heel strikt daarop. Er waren vertalers, tolken, want de beide partijen hadden de senior counsels meegebracht. Voor de tegenpartij is dat iemand die van Amerika komt en voor ons was het iemand vanuit Londen. Dat was echt goed georganiseerd.’

‘(...) And what I put second is very basic: having read the papers before they walk in.

It is very clear from the occasions I was in Holland that they had read everything. [You say it as if that is something extraordinary.] You would be surprised, actually it is. I think it displays a great deal of professionalism. [Would that be different in Germany?] It is more difficult to tell in Germany. I am certain about proceedings I witnessed in Denmark. Obviously they had not read anything. That may have to do with lack of specialisation at the First Instance level. [So they understand technology, they are prepared...] That they ask questions. [Is that also exceptional?] I think it is, they genuinely want to get to the bottom of the issue. They want to find out, are they thinking in the right way...'

'Nee, ik heb geen slechte ervaringen in Den Haag, maar om eerlijk te zijn, ik heb ook geen slechte ervaringen in andere landen.'

Volgens de deelnemers aan het advocaten-panel is er bij de behandeling van zaken sprake van benaderbaarheid en flexibiliteit. Er worden bijvoorbeeld processtukken in drie talen geaccepteerd en er kunnen tolkvoorzieningen worden getroffen. De rechters zijn doorgaans goed voorbereid op de zitting en gaan daar interactief met partijen om. Bij sommige deelnemers van het advocaten-panel bestaat onvrede over de in hun ogen onnodig kritische bejegening door sommige rechters van (jongere) advocaten die tijdens de zitting een *faux pas* begaan. Deze mening wordt niet door allen gedeeld. Ook wordt

opgemerkt dat rechters zelf kritiek (bijvoorbeeld in de vorm van een annotatie) slecht verdragen. Er wordt door sommigen gepleit voor een iets meer afstandelijke houding op de zitting.

Snelheid

Wat doorstroomsnelheid van behandeling betreft maakt de IE-kamer een relatief goede indruk op sommige bedrijven. Een enkeling vindt dat het sneller kan.

'Ik ben natuurlijk België gewoon, wij voeren procedures in verschillende landen ter wereld. Dat wil zeggen dat het in Nederland nog wel meevalt met de timeline van de procedures. Zeker een ingewikkelde zaak, meestal zijn octrooi- en merkenzaken niet de gemakkelijkste, die vereisen toch enige uitwisseling van conclusies, opmaak van conclusies. Over het algemeen heb ik daar geen klagen van. Noch van Nederland, noch van België. Ook niet in Frankrijk. Als je het vergelijkt met Italiaanse of Midden-/Zuid-Amerikaanse toestanden, dat is huilen met de pet op. [...] In Italië in mindere mate, maar toch is het ernstig dat wij nu – Italië is een belangrijke modemarkt – dat je vier keer nadenkt voordat je daar daadwerkelijk nog durft een procedure opstarten.'

'[To] get a First Instance hearing, that is very good in Holland, on average 6 months. By European standards that is electric pace. The only one that comes near this is the UK, that takes 9-12 months, depending on the list.'

In beginsel zijn de deelnemers tevreden over behandeling van zaken bij de IE-kamer van de rechtbank Den Haag. De behandeling van zaken is voortvarend. Gedaagde heeft soms wel erg kort de tijd om zich in de producties van de eiser te verdiepen.

4.6 Knelpunten en suggesties voor verbetering

De deelnemers van het advocatenpanel hebben, zoals gezegd, waardering voor de ambitie bij de IE-kamer van de rechtbank Den Haag om in vergelijking met zusterinstanties in Europa tot de top te behoren. In dit streven is de rechtbank de afgelopen jaren volgens de advocaten succesvol geweest. Ook in de interviews met de respondenten uit het bedrijfsleven komt de IE-kamer van de rechtbank Den Haag uit de vergelijking met buitenlandse IE-instanties veelal goed naar voren. Er zijn natuurlijk ook (zoals in de vorige paragrafen is te lezen) diverse kritische opmerkingen gemaakt. Ter afronding zullen enkele meer structurele knelpunten – al dan niet voorzien van suggesties voor verbetering – de revue passeren.

4.6.1 Concentratie en deconcentratie

De IE-kamer van de rechtbank Den Haag heeft voor een groot deel van zijn taaklast (betreffende octrooien en G-merken) een exclusieve bevoegdheid. De intentie achter de concentratie van deze kwesties in Den Haag was

doorgaans dat op die manier de voor dergelijke zaken noodzakelijk geachte specialistische kennis en ervaring zou kunnen worden opgebouwd. Het lijkt erop dat deze opzet, althans in de ogen van de geïnterviewde bedrijven en die van de advocaten, vrij goed geslaagd is. Zowel de bedrijven als de advocaten zijn van mening dat specialisatie inderdaad voor dit type zaken onontbeerlijk is. De volledige concentratie van dergelijke zaken in Den Haag is slechts voor een enkel bedrijf een discussiepunt. Het advocatenpanel heeft op dit punt echter meer uitgesproken wensen. Voor octrooizaken moet naar hun mening de huidige exclusieve competentie van de rechtbank gehandhaafd blijven. Het zijn sterk technische zaken en rechters worden daarin alleen goed als ze een kritische massa aan zaken te behandelen krijgen. Voorwaarde is dat de rechtspraak geen bias moet hebben (bijvoorbeeld *pro patentee*). Aan die voorwaarde wordt voldaan. Voor handelsnaamkwesties ligt concentratie niet voor de hand. Andere IE-kwesties zijn minder technisch, maar vereisen toch een zeker volume aan zaken om voldoende expertise te ontwikkelen. Daar zou meer concentratie voordelen hebben. Er blijkt in het advocatenpanel brede steun voor een tweede specialistische rechtbank voor alle IE-zaken (bijvoorbeeld Arnhem naast Den Haag), behalve voor octrooi- en handelsnaamzaken. Dat heeft volgens de deelnemers als bijkomend voordeel dat de tweede instantie het risico kan helpen beperken dat rechters met een exclusieve competentie een eigen

koers gaan varen (eigenwijs worden). De implicatie is dat er ook appel is bij twee hoven.

4.6.2 Nationale en Europese oriëntatie

Door een van de bedrijfsrespondenten werd opgemerkt dat naar zijn mening de Nederlandse rechterlijke macht in zichzelf gekeerd is. Men kijkt naar zijn mening 'niet zo naar buiten':

'Nou, wat ik zeg inderdaad, ga eens een keer in München kijken, ga daar, verplicht jezelf om als IP-rechter, daar zit toch het centrum van het IP-recht in Nederland, ga gewoon eens af en toe een paar dagen naar München, ga daar eens langs, ga eens kijken hoe belangrijk die zaken... Dat soort hele simpele dingen. Ga eens in Amerika of in Frankrijk kijken.'

Het is de vraag of deze opmerking helemaal terecht is. De IE-rechters zijn naar hun eigen zeggen zeer op praktijken en ontwikkelingen in Europa georiënteerd en wijzen op hun contacten met collega's in Europa en op hun betrokkenheid bij diverse Europese initiatieven. Voor deze oriëntatie ontmoeten zij bij de Raad voor de rechtspraak soms onvoldoende begrip:

'Zij hebben andere referentiekaders. Zij denken nationaal, ik denk Europees. Als ik zeg het zou moeten kunnen dat iemand met een Duitse nationaliteit rechter wordt, dan gaan ze door

het lint. Een vreemdeling als Nederlandse rechter! Dat is uitgesloten.' [rechter]

En dat terwijl op het vlak van octrooirechtspraak op Europees niveau al voorstellen worden besproken voor grensoverschrijdende instanties, te bemensen door rechters van diverse nationaliteiten. Enkele rechters van de IE-kamer staan ook niet afwijzend tegenover de invoering van een grensoverschrijdende octrooirechtspraak in Europa, bijvoorbeeld met een Gemeenschapsinbedding. Maar dat wordt nog gezien als verre toekomstmuziek:

'Je moet optimistisch blijven dat we een supranationaal Europees octrooigerecht gaan krijgen, maar het is nog helemaal niet zeker hoe dat dan eruit zal zien.' [rechter]

Ook het advocatenpanel is in beginsel voorstander van Europese centralisatie van jurisdictie op het vlak van octrooirecht. Nederland kan in een dergelijke nieuwe opzet (door de vooraanstaande rol van de IE-kamer) mogelijk een belangrijke rol gaan spelen. Op dit moment is nog onduidelijk hoe deze kwestie zich zal ontwikkelen. Tot er meer duidelijk komt, kan men leven met de huidige situatie.

4.6.3 Juridische en andere deskundigheid

Volgens verschillende van de geïnterviewde bedrijven zou er voor beslissingen in octrooi- en G-merkkwesties meer deskundigheid moeten worden gemobiliseerd. Daarbij denkt

men dan vooral aan technische kennis en branchekennis. Over hoe dat gedaan kan worden, zijn de gedachten nogal divers. Er wordt gesuggereerd dat het zou kunnen door meer inspanning, subspecialisatie, contacten met het bedrijfsleven (van boodschappen doen tot het verkeren met industrievertegenwoordigers), benoeming van een deskundige door de rechtbank, rechters aanstellen met een natuurwetenschappelijke of engineering achtergrond. Opmerkelijk is dat één suggestie in deze reeks niet wordt gedaan en dat is de benoeming van een deskundige lekenrechter. Een van de rechters van de IE-kamer is bevreesd dat het die kant uit kan gaan 'omdat het politiek lekker ligt'. Hij is geen voorstander van die constructie – bekend uit kwekersrecht-procedures – en niet alleen omdat het lang niet altijd om louter technische vragen gaat.

'Je moet er goed over nadenken wat je ermee wilt. Dat gaat weer om dezelfde problematiek: het rechterlijk college beantwoordt ambtshalve rechtsvragen. De rechter kent het recht is het adagium. Maar wat wij niet mogen, is ambtshalve deskundigheidsonderzoek doen. Je moet je dan afvragen wat gaat die deskundige doen in ons rechterlijk college? Iedereen denkt dan die heeft er zelf verstand van, die kan dus zelf zien of het goed of fout is of inbreuk. Maar hij mag geen onderzoek doen. Daarnaast speelt bij de advocaten mee: die deskundige gaat met mijn zaak aan de haal in de raadkamer. Die gaat dus vanuit zijn gezag als techneut inpraten op die twee rechters en

daar ben ik niet bij. Daar zijn advocaten heel erg ongerust over. Dit is juridisch nog geheel niet doordacht.'

Hij heeft goed gezien dat ook onder advocaten geen grote steun voor deskundige rechters bestaat, tenminste als we op het advocatenpanel mogen afgaan. Daar is trouwens ook weinig steun voor de door de rechtbank te benoemen deskundige. Wel wordt door het advocatenpanel gepleit voor een ruimere mogelijkheid om de deskundigen van partijen tijdens de zitting te ondervragen. Dat gebeurt nu in onvoldoende mate, mogelijk omdat er strak aan een (kort) tijdschema wordt vastgehouden. Het voorstel om voor bepaalde zaken een regiezitting te houden (er wordt verwezen naar 'case management conference') vindt veel bijval. Daar zou de planning van een zitting (en dus ook de tijd die beschikbaar moet zijn voor het bevragen van deskundigen) vooraf kunnen worden besproken.

4.6.4 Feedback tussen IE-kamer en balie

In de discussie van het advocatenpanel kwam naar voren dat er soms wrijvingen zijn tussen rechters en advocaten, althans irritaties van advocaten met betrekking tot rechters. Daarvoor is op dit moment geen constructieve uitlaatklep. Veel steun ondervindt het voorstel om eventuele wrijvingen over en weer in een gestructureerde vorm (bijvoorbeeld tussen een vertegenwoordiging van de IE-commissie van de Orde en de rechters) met enige regel-

maat aan de orde te stellen. Een van de rechters deed overigens (op persoonlijke titel) een nog ingrijpender voorstel:

'Kijk, persoonlijk zou ik ervoor zijn om maar zo de knuppel in het hoenderhok te gooien, dat er gewoon een vorm van evaluatie is vanuit de advocatuur en dat daaruit ook de conclusie kan worden getrokken: jij gaat nu rouleren; als de evaluatie te negatief is. Het is eigenlijk niet juist dat er inderdaad een rechter op een plek kan blijven zitten die niet goed functioneert. Er wordt nu eigenlijk een beetje labbekakkerig, om het maar zo te zeggen, mee omgegaan. Iemand wordt dan gevraagd van kun je misschien ergens anders naartoe gaan. Of er wordt een zachte drang [uitgeoefend]: is het misschien niet beter om eens een keertje wat anders te gaan doen? Kijk, het enige probleem is, rechters worden voor het leven benoemd en kunnen – zeker als je natuurlijk geen noodzaak tot rouleren voelt – tot Sint Juttemis blijven zitten. Tot hun zeventigste op dit moment. En dat heeft ook gewoon een negatief effect. Het kan heel positief zijn als het een goede rechter is, maar het kan heel negatief zijn als het geen goede rechter is. En ik zou er zelf voor zijn, en ik ben heel erg gaarne bereid om die confrontatie aan te gaan, dat er gewoon vanuit de cliëntèle een evaluatie komt.'

4.6.5 Bewijsbeslag

Het advocatenpanel maakte een kritische opmerking over het bewijsbeslag. Een der-

gelijke maatregel is niet voorbehouden aan de rechtbank Den Haag en blijkbaar vindt men dat de rechters in den lande zich niet altijd realiseren hoe gevoelig het voor een bedrijf kan liggen als een concurrent onaangekondigd binnen kan komen om rond te snuffelen. Een van de bedrijfsrespondenten was zeer onstemd over de toepassing van het bewijsbeslag in Nederland:

'(...) We have concerns about how the Enforcement Directive is interpreted in Holland. The Enforcement Directive allows patentees to seize documents belonging to the potential infringer on an ex parte basis. I have to say that is a great concern. Because it seems to us to be manifestly unfair. It is extremely unique to Holland. We have tried to send protective letters, but they have rejected them. [Is that used often in Holland?] Fortunately not against us, but a competitor had some bad experiences with it. [So you are afraid you also might be a victim someday?] Yes. We have actually restructured the way we store documents in Holland. Especially regarding documents we don't want our competitors to lay their hands on. Some moderation in terms of having a fair hearing would be welcome.'

Een andere bedrijfsrespondent meent dat het daar in Nederland juist aan schort:

'(...) Maar soms wil je gewoon weten, als je een werkwijze octrooi hebt, dus de manier van maken is beschermd, hoe maak je het nou?

Want aan het gereed product kan ik het niet zien. Dus we moeten echt naar binnen om te weten hoe je dat nou gedaan hebt. En alleen door binnen te komen en te kijken hoe je dat doet, kan ik vaststellen of je ja of nee octrooi-inbreuk pleegt. En die mogelijkheid heb je in Nederland en in sommige andere landen niet.'

4.6.6 Het Haagse hof

Over de IE-sectie van het hof Den Haag werden enkele kritische opmerkingen gemaakt:

'[You make a difference between the first instance and appeal?] Yes, the appeal takes ages in Holland. [And how about its quality?] I have not experienced it directly yet, but what I have read about the judgements it is good.'

'Nou ja, als je het dan specifiek over het hof in Den Haag zou hebben, dan zou ik rechtseenheden [noemen], daar hebben we wel eens het gevoel dat daar wat aan ontbreekt.'

Dergelijke geluiden vinden we versterkt terug bij het advocatenpanel. De deelnemers zeggen bij het hof Den Haag de ambitie van de IE-kamer van de rechtbank te missen. Dat wordt geïndiceerd door de waarneming dat de behandeling van zaken bij het hof Den Haag veel te veel tijd neemt. Er gaat weinig betrokkenheid van de zaaksbehandeling uit. Als partijen snelheid willen, blijkt dat vaak onmogelijk. Ook kort geding-zaken duren

lang. Er wordt te weinig een spoedappel toegestaan. De gang van zaken bij het hof wordt in het advocatenpanel vrij algemeen als een groot knelpunt ervaren.

Van de kant van het hof wordt gewezen op de beperkingen waarmee men voor de behandeling van IE-zaken te rekenen heeft. Het relatief geringe aantal zaken biedt voor het vaste rechterlijk personeel weinig ruimte voor het niveau van specialisatie op IE-gebied dat bij de IE-kamer van de rechtbank en bij de balie aanwezig is. Om de aanwezigheid van de vereiste technische deskundigheid te garanderen, wordt een beroep gedaan op plaatsvervangers. Deze plaatsvervangers zijn uiterst schaars, omdat ze naast technisch ook juridisch geschoold dienen te zijn. De combinatie van het feit dat in IE-zaken veelal gepleit wordt en een beperkte beschikbaarheid van menskracht en zaalruimte zorgt voor een lange rij wachtenden op het zittingenrooster. Er wordt wel naar gestreefd om zaken na pleidooi snel te beslissen.

De Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam⁷⁷

Carla Klaassen

5.1 Inleiding

5.1.1 Ontstaan en bedoeling van de Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer (OK) is geïnstalleerd in mei 1971. Hij is voortgevloeid uit de in 1960 door de toenmalige minister van Justitie ingestelde commissie-Verdam, die als opdracht kreeg een onderzoek in te stellen naar de vraag of de rechtsvorm van 'de onderneming' herziening behoeft. In het verlengde hiervan gaf de minister de commissie in overweging om, in verband met de verzekering van de nakoming van eventuele nadere wettelijke bepalingen, de vraag onder ogen te zien of een in te stellen 'vennootschapskamer' met het toezicht op de naleving van deze bepalingen zou moeten worden belast.⁷⁸

De commissie-Verdam heeft evenwel, in de context van haar voorstellen betreffende de inrichting van de jaarrekening, een andere keuze gemaakt en niet geopteerd voor een toezichthoudende vennootschapskamer maar voor een gerechtelijke instantie, de Ondernemingskamer. 'In tegenstelling tot een "vennootschapskamer" zal naar het voorstel van de commissie de ondernemingskamer niet ambtshalve en stelselmatig alle jaarrekeningen van ondernemingen controleren. Hij geeft slechts beslissingen omtrent die jaarrekeningen

die door een belanghebbende of de procureur-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam aan zijn oordeel worden onderworpen en slechts met betrekking tot de punten waartegen die belanghebbende of de procureur-generaal bezwaar maakt.'⁷⁹

De commissie-Verdam zag in haar keuze voor de Ondernemingskamer de volgende voordelen:

- een procedure voor een onafhankelijke rechter is met meer waarborgen omgeven dan de totstandkoming van een beschikking van een administratief overheidsorgaan;
- voorkomen wordt dat een geheel nieuw orgaan als een vennootschapskamer moet worden gecreëerd, met de nodige vragen omtrent samenstelling en werkwijze (de Ondernemingskamer sloot aan bij het reeds bestaande concept van de Pachtkamer);
- een vennootschapskamer, die ambtshalve en stelselmatig alle jaarrekeningen zou onderzoeken, zou een omvangrijk apparaat vergen, terwijl de Ondernemingkamer beperkt zou blijven tot een kamer bij het gerechtshof Amsterdam, aangevuld met twee deskundigen (waarbij met name werd gedacht aan deskundigen op het gebied van de bedrijfseconomie en de accountancy).

77 De tekst van dit hoofdstuk is in principe afgerond in juni 2009. De verwerkte interviews zijn in het algemeen gehouden in de periode april 2008-februari 2009. De expertmeeting waaraan wordt gerefereerd, heeft plaatsgehad op 12 maart 2009. Informatie beschikbaar gekomen na juni 2009 is nog slechts incidenteel verwerkt.

78 Commissie-Verdam 1965, p. 1-2. Samenvattend: Joosten 1989, p. 12.

79 Commissie-Verdam 1965, p. 40. Overigens bestaat de functie van 'procureur-generaal' thans bij een gerechtshof niet meer.

Hieraan werd toegevoegd: 'Bij de behandeling van de aan de ondernemingskamer voorgelegde vragen kunnen partijen zich over en weer door deskundigen laten bijstaan. De beslissingen van de ondernemingskamer, waarin door toevoeging van een tweetal raden-deskundigen de speciaal voor deze vragen vereiste deskundigheid is versterkt, zullen jurisprudentie vormen, welke voor andere gevallen betekenis zal hebben.'⁸⁰

De wetgever heeft deze door de commissie-Verdam gemaakte keuze gevolgd en de Ondernemingskamer is tot stand gekomen als 'een soort bijproduct'⁸¹ van de in 1970 ingevoerde Wet op de jaarrekening van ondernemingen.⁸² Artikel 41 van de Wet op de jaarrekening van ondernemingen 1970 bepaalde dat aan de Wet op de Rechterlijke Organisatie een artikel 72 werd toegevoegd, luidende: 'Bij het gerechtshof te Amsterdam is een kamer onder de benaming ondernemingskamer. Onze minister van Justitie vormt en bezet de kamer, overeenkomstig door ons te stellen regels. De ondernemingskamer bestaat uit leden van het gerechtshof en twee niet tot de rechterlijke macht behorende personen als deskundige leden. (...) Om te kunnen worden benoemd tot raad of plaatsvervangend raad in de ondernemingskamer van het gerechtshof moeten de ouderdom van dertig jaren hebben bereikt. De raden en plaatsvervangend raden worden benoemd voor de duur van vijf jaren.

Zij zijn bij hun aftreden weder benoembaar. Op eigen verzoek kunnen zij door Ons worden ontslagen.'⁸³

De participatie van raden in de Ondernemingskamer is destijds dus in de eerste plaats ingegeven door de taak van de Ondernemingskamer bij de beoordeling van een jaarrekening. De taak van de Ondernemingskamer is echter van meet af aan niet beperkt gebleven tot het afdwingbaar maken van het jaarrekeningsrecht. Allereerst is, eveneens als uitvloeisel van de werkzaamheden van de commissie-Verdam, het toepassingsgebied van het toenmalige enquêterecht verruimd. Omdat, aldus de commissie, de behandeling van verzoeken tot het instellen van een enquête en het nemen van maatregelen naar aanleiding van de uitslag daarvan hoge eisen aan de rechter stelt, en hiervoor niet alleen veel tact wordt verlangd maar ook een deskundig inzicht in de behoeften van en verhoudingen in het bedrijfsleven wordt gevergd, beval de commissie aan ook deze verzoeken te concentreren bij de Ondernemingskamer.⁸⁴ 'Verwacht mag worden dat deze kamer én door zijn samenstelling én door zijn ervaring zal beschikken over een bijzondere deskundigheid op het onderhavige gebied,' zo werd overwogen.⁸⁵ Tevens heeft de commissie-Verdam bewerkstelligd dat de Wet op de ondernemingsraden is gewijzigd en werd voorzien in de mogelijkheid besluiten van ondernemers aan de Ondernemingskamer

80 Commissie-Verdam 1965, p. 40.

81 Aldus Willems 2006, p. 4.

82 Wet van 10 september 1970, *Stb.* 1970, 414.

83 Zie thans art. 66 lid 1 en 2 Wet op de Rechterlijke Organisatie.

84 Commissie-Verdam 1965, p. 67; Joosten 1989, p. 17.

85 Commissie-Verdam 1965, p. 67.

voor te leggen.⁸⁶ Last but not least is begin jaren '70 de Structuurwet ingevoerd,⁸⁷ waarin wettelijke regels zijn geformuleerd met betrekking tot de structuur van (grote) naamloze en besloten vennootschappen. In de Structuurwet 1971 werd eveneens een taak aan de Ondernemingskamer toegekend, die in 1987 vervolgens is verruimd,⁸⁸ te weten toetsing van de samenstelling en, in beperkte mate, van het beleid van de raad van commissarissen. Joosten schrijft de redenen die aan de instelling van de Ondernemingskamer ten grondslag lagen samenvattend toe aan de 'vermaatschappelijking' van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.⁸⁹ Hij stelt verder (in 1989): 'Bij het beoordelen van de status van de Ondernemingskamer kan niet uit het oog worden verloren dat de plaats van de ondernemer in het maatschappelijk bestel in beginsel wordt bepaald door de vrijheid van handelen. (...) Ten aanzien van de rechter geldt (...) het omgekeerde. Zijn positie wordt bepaald door wet en recht. Binnen de grenzen van wet en recht is hij gebonden. In de hem voorgelegde gevallen dient hij binnen het kader van wet en recht te beslissen. De Ondernemingskamer is een onafhankelijke rechterlijke instantie. Dit betekent dat de Ondernemingskamer beslist als rechter'.⁹⁰ Om hier even verderop aan toe te voegen: 'De rechter – en zo ook de Ondernemingskamer – is in beginsel lijdelijk. Procespartijen

bepalen dan ook in beginsel het onderwerp en de omvang van de rechtsstrijd. De wetgever heeft – naar blijkt uit de wetsgeschiedenis – de Ondernemingskamer een meer actieve rol dan die aan de "gewone" rechter toegedacht. De Ondernemingskamer beschikt evenwel niet over meer bevoegdheden of bevoegdheden van verdergaande strekking dan de gewone civiele rechter. Derhalve moet ervan worden uitgegaan dat de Ondernemingskamer in de gedachtegang van de wetgever meer dan de gewone civiele rechter van zijn bevoegdheden gebruikmaakt. Daarbij kan worden gedacht aan het bevorderen van de snelheid van de procesgang (...) Ook kan worden gedacht aan het 'actiever' gebruikmaken van de bevoegdheden (...) tot het bevelen van openleggen van de boeken, bescheiden en geschriften'.⁹¹

Vergelijk wat betreft het enquêterecht in verband met de beoogde positie van de Ondernemingskamer tot slot nogmaals de commissie-Verdam die overwoog: 'Ten slotte dient te worden opgemerkt, dat een rechterlijk college niet de aangewezen instantie is voor het beoordelen van het ondernemingsbeleid, tenzij er sprake is van wanbeleid of wantoestanden'.⁹²

Slagter concludeert in het kader van het 25-jarig bestaan van de Ondernemingskamer in 1996: 'Wij kunnen ons gelukkig prijzen met de instelling van de OK, zowel omtrent de

86 Zie Wet van 28 januari 1971, *Stb.* 1971, 54 alsmede Wet van 5 juli 1979, *Stb.* 1979, 448.

87 Wet van 6 mei 1971, *Stb.* 1971, 289.

88 Wet van 1 juli 1987, *Stb.* 1987, 336.

89 Joosten 1989, p. 22.

90 Joosten 1989, p. 23.

91 Joosten 1989, p. 24.

92 Commissie-Verdam 1965, p. 16.

materiële regels die de OK daarbij moet of mag toepassen, als omtrent de wijze waarop de OK in vele wijze beslissingen van die wettelijke mogelijkheden gebruik heeft gemaakt, als wegens de procedure bij de OK, en de samenstelling van de OK.⁹³

Deze tevredenheid met het bestaan en het functioneren van de Ondernemingskamer wordt heden ten dage nog steeds onderschreven, althans op hoofdlijnen, zo blijkt uit ons onderzoek.

5.1.2 Ontwikkeling van de Ondernemingskamer

In de beginjaren leidde de Ondernemingskamer kennelijk een rustig bestaan. De eerste voorzitter van de Ondernemingskamer, Schenk, hield op 9 december 1972 – dus ruim anderhalf jaar na de installatie van de Ondernemingskamer – een voordracht met als titel ‘De praktijk van de ondernemingskamer’, maar merkte op dat de Ondernemingskamer eigenlijk nog niet zo veel zaken had behandeld dat kon worden gesproken van ‘de praktijk van de ondernemingskamer’.⁹⁴ Hij maakt gewag van de behandeling van vier (enquête)zaken, waarvan er twee het tot een eindbeschikking hebben gebracht.⁹⁵ Willems merkt op dat het ‘adellijke landleven van de Noblesse de Robe’ nog lang heeft geduurd. ‘Toen ik (...) als voorzitter aantrad per 1 januari

1996 was een herenleven in de OK nog steeds gegarandeerd.’ Hierin is, aldus Willems, vanaf dat jaar verandering gekomen, aanvankelijk geleidelijk en even later in een korte periode abrupt. ‘In procenten uitgedrukt ging het om een groei die ieder beursfonds jaloers maakt en door de AEX nooit is gehaald. En niet alleen in aantallen, ook in intensiteit van de zaken nam de werklast van de Ondernemingskamer toe. (...) Kwam in het verleden ten hoogste één keer per jaar een grote zaak langs, zoals Breevast, BATCO, Ogem en Vie d’Or, die dan ook lang onderwerp van behandeling en gesprek was, vanaf rond 1998 rolde de ene de aandacht trekkende zaak over de andere heen.’⁹⁶

Willems schrijft de toename van het beroep dat op de Ondernemingskamer wordt gedaan toe aan de samenkomst van drie verschijnselen:

1. de invoering per 1 januari 1994 in artikel 2:349a lid 2 BW van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te treffen ‘waardoor de OK ook een soort kortgedingrechter werd, met zeer verregaande bevoegdheden omdat de wet zich aan volstrekte vaagheid heeft overgegeven’;
2. de uitspraak van hof Amsterdam van 7 november 1996 (*Huisdierencrematorium/Martin Gaus*),⁹⁷ waarin is beslist dat de president in kort geding, hoezeer ook naast de Ondernemingskamer bevoegd tot het

⁹³ Slagter 1996, p. 4.

⁹⁴ Schenk 1973, p. 3.

⁹⁵ Schenk 1973, p. 7.

⁹⁶ Willems 2006, p. 5. Zie ook *Jaarverslag 2005* van de Ondernemingskamer. Zie voor een uitgebreidere weergave van de ontwikkeling van de Ondernemingskamer: Joosten 1989, p. 10-25; Slagter 2006, p. 1-19 en Willems 2006, p. 4-7.

⁹⁷ *Kort geding* 1997, 3.

treffen van voorlopige voorzieningen, zich terughoudend dient op te stellen bij het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening vooruitlopend op de resultaten van een enquête. 'De presidenten in kort geding hebben van deze uitspraak gretig gebruikgemaakt om hun werklust te verminderen,' aldus Willems. Hij verwijst in dit verband naar een Rotterdams kort gedingvonnis – 'het meest korte vonnis dat ik ooit onder ogen heb gezien' –, waarin blijkbaar werd volstaan met de overweging dat nu de zaak aan de OK kon worden voorgelegd de rechter niet begreep wat de – Rotterdamse – eiser in Rotterdam had te zoeken en maar moest afreizen naar Amsterdam;⁹⁸

3. doordat de Ondernemingskamer destijds niet veel omhanden had, kon hij op heel korte termijn verzoeken behandelen en daarop beslissen.⁹⁹

Willems voegt hieraan toe: '(...) en miste bovendien wat zijn voorzitter betreft de intelligentie om te doorgronden dat uitgerekend dat voor een toevloed aan werk zou gaan zorgen.'

Niet alleen is in de loop der jaren een stijging waar te nemen van het aantal zaken dat door de Ondernemingskamer wordt behandeld, ook is het zwaartepunt verschoven. Uit het door Slagter opgestelde overzicht in het kader van zijn terugblik op '25 jaar Ondernemingskamer' blijkt dat in 1991 de meeste door de

Ondernemingskamer genomen beschikkingen betrekking hadden op zaken in het kader van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR; 37 beschikkingen). Uitkoopprocedures stonden met 21 beschikkingen op de tweede plaats, enquêtes met dertien beschikkingen op de derde plaats. Thans hebben de enquêteprocedures duidelijk de overhand. De WOR-procedures komen op de tweede plaats, de uitkoopprocedures op de derde.

In de loop der jaren is tevens de omvang van de (exclusief) aan de Ondernemingskamer toegekende jurisdictie steeds verder uitgebreid. Willems merkt in dit verband op: 'Ik geloof dat ik niet overdrijf wanneer ik meen dat in de ogen van de wetgever niet langer meer alleen de aard van de materie maar ook het functioneren van het instituut de ratio is voor het toekennen van meer jurisdictie aan de OK.'¹⁰⁰ Ter zake van de bevoegdheden van de Ondernemingskamer buiten de hiervoor vermelde 'top 3' worden echter (nog steeds) weinig zaken aangebracht.

In een schets van de ontwikkeling van de Ondernemingskamer kan de rol die voorzitter Willems heeft gespeeld bij de toename van het beroep dat de laatste jaren op de Ondernemingskamer wordt gedaan niet onvermeld blijven.¹⁰¹ In het recent door Cools c.s. (2009) uitgevoerde empirisch onderzoek naar het functioneren van de Ondernemingskamer in enquêtezaken wordt (eveneens) sinds 1996 een stijging van het aantal enquêteverzoeken

⁹⁸ Willems 2006, p. 7.

⁹⁹ Willems 2006, p. 6-7.

¹⁰⁰ Willems 2006, p. 8.

¹⁰¹ Ook daar waar in het vervolg van dit onderzoeksverslag wordt gesproken over de voorzitter van de Ondernemingskamer, wordt daarmee bedoeld op mr. J.H.M. Willems. Per 1 september 2009 is mr. P. Ingelse voorzitter van de Ondernemingskamer. Mr. Willems blijft als raadsheer-plaatsvervanger aan de Ondernemingskamer verbonden.

gesignaleerd en wordt deze stijging mede aan het aantreden van Willems als voorzitter van de Ondernemingskamer toegeschreven. 'Van 1971 tot 1996 bedraagt het aantal enquêteverzoeken gemiddeld 5,3 per jaar, terwijl sinds 1996 jaarlijks gemiddeld 33,5 enquêteverzoeken bij de Ondernemingskamer zijn ingediend. Naast de hiervoor vermelde oorzaken voor deze stijging speelt naar ons oordeel ook een rol dat mr. J.H.M. Willems in 1996 voorzitter werd van de Ondernemingskamer. Hij heeft zich een actieve rechter betoond die de geschilbeslechtende mogelijkheden die het enquêterecht biedt (zoals de mogelijkheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen) ten volle heeft benut.'¹⁰²

Deze conclusie sluit aan bij de waarneming van de door ons geraadpleegde respondenten, zowel uit de advocatuur als uit het bedrijfsleven. Veelvuldig is gerefereerd aan de 'persoon Willems' als grote aanjager van 'het succes van de Ondernemingskamer'.

'(...) Het [de enquêteprocedure] is een mooi instrument. Het heeft zich ook heel mooi ontwikkeld. Dit is niet in de laatste plaats te danken aan een hele activistische en enthousiaste voorzitter.'

*'Maar als je kijkt naar de ontwikkeling. Het heeft enerzijds te maken met de algemeen maatschappelijke ontwikkeling, maar anderzijds ook gewoon met zijn inspanning en zijn energie om daar veel van te maken.'*¹⁰³

Specifiek wat betreft de ontwikkeling van de 'enquête-industrie'¹⁰⁴ wordt in dit verband door respondenten verder veelvuldig aan de volgende twee omstandigheden gerefereerd. Allereerst wordt een link gelegd naar de hiervoor reeds vermelde mogelijkheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen in het kader van een enquêteverzoek en de ruimhartige interpretatie door 'Willems' van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer in dit verband. De Ondernemingskamer springt kennelijk ruimhartig om met de in artikel 2:349a lid 2 BW (juncto art. 2:345 lid 1 BW) geformuleerde voorwaarde voor het treffen van een onmiddellijke voorziening, te weten dat een dergelijke voorziening is vereist in verband met de toestand van de rechtspersoon of het belang van het verzochte onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon.

Ten tweede wordt gerefereerd aan de vele 'open normen' in het kader van het enquêterecht – niet alleen bij de mogelijkheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, maar ook daar buiten – en de ruimte die de Ondernemingskamer c.q. – in de kennelijke beleving van veel respondenten – 'Willems' in dit verband 'pakt'.

Respondenten uit de advocatuur en het bedrijfsleven merken op:

'Ik ben zeker dat als er een ander gezeten zou hebben dan Willems de OK veel vaker zou hebben gezegd die zaak hoort bij de president van de rechtbank in kort geding.'

¹⁰² Cools c.s. 2009, p. 34.

¹⁰³ Zie ook C. van Andel in *Verslag rondetafelgesprek* (2006), p. 21.

¹⁰⁴ Term ontleend aan de titel van de meeraangehaalde bijdrage in *De Commissaris 2006/3: Verslag rondetafelgesprek over de enquête-industrie*. Vgl. ook het redactioneel op p. 3 (door M. Holtzer).

‘Willems’ voorganger was veel minder actief. Willems heeft het criterium “gegronde reden om aan een juist beleid te twifelen” uitgebreid tot allerlei geschillen waarvan je op het eerste gezicht zou denken dat die helemaal niet bij de OK thuishoren en in eerste instantie ook niet tot het vakgebied behoren waaraan de wetgever gedacht heeft. De wetgever heeft gedacht aan Ogem-achtige situaties in bedrijven in faillissement of op de rand van faillissement, maar zeker niet aan de situatie dat twee partijen strijden om de macht in een vennootschap. Maar goed, hij vindt dat leuk, dat is zo, en ja, technisch gezien kun je ook niet beweren dat het er niet onder zou vallen. Je kunt alles begrijpen onder gegronde redenen om aan een juist beleid te twifelen en daar heeft hij dus Nederland toch wel mee op de kaart gezet.’

‘[naam advocaat] zei op een gegeven moment: “We kunnen eigenlijk naar de president in kort geding, maar laten we maar eens naar de OK gaan.” En toen is dus het hele balletje gaan rollen. Toen heb je Gucci gekregen. Daar was het eigenlijk voor het eerst dat een gevecht om de macht terechtkwam bij de OK. Die nam het meteen op en sindsdien is het alleen maar daar gekomen. Je ziet geen enkele zaak meer bij de president in kort geding.’
 Vermelding verdient in dit verband tevens dat de Hoge Raad blijkens zijn rechtspraak de Ondernemingskamer ook veel ruimte laat (en moet laten) vanwege de verwevenheid van

beslissingen met de door de Ondernemingskamer vastgestelde en door de Hoge Raad tot uitgangspunt te nemen feiten.

‘(...) Kijk, Willems heeft onmiskenbaar heel veel invulling gegeven aan de bevoegdheden die in de wet staan. Ik denk dat hij in een aantal gevallen is doorgeslagen. Dat merk je dan, dan wordt hij ook teruggefloten door de Hoge Raad. Maar in een aantal gevallen heeft de Hoge Raad hem ook heel bewust, denk ik, zijn gang laten gaan.’

Ook wat betreft de verwachtingen betreffende de ontwikkeling van de Ondernemingskamer in de toekomst werd door respondenten veelvuldig een link gelegd met de persoon van de voorzitter en zijn pensionering per 1 september 2009.

‘Als Willems met pensioen gaat, het is niet te hopen, ook niet voor hem, dan zal je zien dat de activiteit inzakt.’¹⁰⁵

Er viel evenwel ook een enkel ander, relativerend geluid te beluisteren:

‘Het is zonder meer waar dat meneer Willems een belangrijk stempel op de OK drukt, maar als hij weg is dan zal de OK dat belangrijke stempel ook blijven houden.’
‘Hij [Willems] kleurt de OK nu. Is creatief, en creatief kun je natuurlijk alleen maar zijn als je voldoende kennis hebt van dat rechtsgebied.’

¹⁰⁵ Zie ook de passage van F. Stibbe en C. van Andel in *Verslag rondetafelgesprek* (2006), p. 22.

Maar dat wij nu denken dat morgen het enquêterecht in mekaar stort als Willems er niet meer zou zijn, dat is zeker niet zo.'

5.1.3 Organisatie van de Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer is een bijzondere Kamer van het gerechtshof Amsterdam en is landelijk bevoegd tot het behandelen en beslissen van de navolgende typen procedures en zaken:¹⁰⁶

- verzoeken tot het instellen van een enquête en tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, verzoeken tot het vaststellen van wanbeleid en tot het treffen van voorzieningen (enquêteprocedure, artt. 2:344 t/m 2:359 BW);
- vorderingen tot inrichting van de jaarstukken overeenkomstig rechterlijk bevel (jaarrekeningprocedure, artt. 999, 1000 Rv en artt. 2:447, 448 BW);
- vorderingen tot overdracht van aandelen door minderheidsaandeelhouders (uitkoopprocedure, art. 2:92a/2:201a BW);
- hoger beroep van een vonnis van een rechtbank in een geschillenregeling (art. 2:336 BW);
- hoger beroep tegen een beschikking van een rechtbank inzake verzet tegen kapitaalvermindering (artt. 2:100 lid 3/2:209 lid 3 BW, 997 Rv);
- hoger beroep tegen een beschikking van een rechtbank inzake verzet tegen fusie (artt. 2:316 BW, 997 Rv.);
- hoger beroep tegen een beschikking van een rechtbank inzake verzet tegen splitsing (artt. 2:334l BW, 997 Rv);
- hoger beroep tegen een beschikking van een rechtbank inzake verzet tegen beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid in verband met het intrekken van een 2:403 BW-verklaring (artt. 2:404 lid 5 BW, 997 Rv);
- verzoeken tot ongegrondverklaring van een bezwaar tegen benoeming lid raad van commissarissen (art. 2:268 lid 9 BW);
- verzoeken (aan de voorzitter van de Ondernemingskamer) als bedoeld in artikel 2:328 lid 3 BW, in geval van fusie van nv's;
- verzoeken (aan de voorzitter van de Ondernemingskamer) als bedoeld in artikel 2:334aa BW, in geval van splitsing van nv's;
- beroep van een ondernemingsraad tegen een adviesplichtig besluit van een ondernemer en verzoeken tot het treffen van voorlopige voorzieningen (art. 26 WOR);
- verzoeken tot naleving van de Wet op de Europese Ondernemingsraden (art. 5 WEOR);
- beroep van een deelnemersraad tegen een adviesplichtig besluit van een pensioenfonds en verzoeken tot het treffen van voorzieningen (art. 6c PSW);
- verzoeken van de Pensioen- & Verzekeringskamer tot het aanstellen van een bewindvoerder over een pensioenfonds of een spaarfonds (art. 23m PSW).

¹⁰⁶ Ontleend aan www.rechtspraak.nl. Zie voor een uitgebreidere uitwerking van de diverse procedures die per november 2006 tot de bevoegdheid van de Ondernemingskamer behoorden Mijhad 2006. Zie ook art. 66 lid 1 Wet op de Rechterlijke Organisatie.

In dit onderzoek staat de enquêteprocedure c.q. het functioneren van de Ondernemingskamer in het kader van deze procedure centraal, omdat enquêteprocedures het grootste deel vormen van de zaken die door de Ondernemingskamer worden behandeld. Tevens is, zij het in aanmerkelijk beperktere mate, aandacht besteed aan het optreden van de Ondernemingskamer in medezeggenschapswesties. In enkele interviews is (tevens) de jaarrekeningprocedure aan de orde gekomen. Gelet op het beperkte aantal jaarrekeningprocedures,¹⁰⁷ is deze procedure niet verder uitgewerkt, maar uiteraard zijn de ter zake gemaakte opmerkingen wel verwerkt in dit verslag.

De Ondernemingskamer houdt zitting met telkens de voorzitter, twee raadsheren en twee raden (deskundigen uit de praktijk die geen lid zijn van de rechterlijke macht).¹⁰⁸ Op dit moment (medio mei 2009) bestaat de Ondernemingskamer in termen van 'fte's' uit vijf raadsheren (inclusief de voorzitter), die tezamen 3,1 fte werkzaam zijn voor de Ondernemingskamer. Alleen de voorzitter werkt fulltime voor de Ondernemingskamer. Twee raadsheren zijn 0,5 fte van hun fulltimedienstverband tevens werkzaam in de belastingsector, één raadsheer is 0,3 fte werkzaam voor de Ondernemingskamer en daarnaast hoogleraar. Bij de Ondernemingskamer zijn vier secretarissen werkzaam waarvan twee fulltime, één 0,7 fte en één thans 0,8 fte vanwege 0,2 fte ouder-

schapsverlof; in totaal derhalve 3,5 fte.

In het bijzonder van de zijde van de Ondernemingskamer, maar ook door advocaten en onderzoekers (in het kader van een enquête) wordt opgemerkt dat de werkzaamheden van de secretarissen bij de Ondernemingskamer anders van aard en niveau zijn dan die van secretarissen werkzaam elders binnen de rechterlijke macht.

Wat betreft de raden merkte de eerste voorzitter van de Ondernemingskamer op:

'Nergens is omschreven aan welke eisen die raden moeten voldoen. De praktijk heeft meegebracht (...) dat mensen werden benoemd uit de accountancywereld (...) en uit de sociale en/of economische sector.'¹⁰⁹ Dit laatste lijkt nog steeds in belangrijke mate opgeld te doen.¹¹⁰ Joosten merkte reeds in 1989 op dat de benoeming van raden en hun plaatsvervangers het mogelijk maakt ten aanzien van elk aan de Ondernemingskamer voorgelegd geschil te streven naar een optimale en evenwichtige samenstelling van die kamer. 'Immers, medeafhankelijk van de aard van het geschil, kan de samenstelling worden bepaald.'¹¹¹

In principe is de voertaal bij de Ondernemingskamer het Nederlands. Echter: 'Zittingen van de OK kunnen in zes talen plaatsvinden. (...) Bij het vinden van geschikte onderzoekers, bestuurders en commissarissen is vaak van doorslaggevend belang of de aangezochte de in de betreffende zaak gangbare vreemde taal

107 Dit betrof immers volgens de jaarverslagen van de OK bijvoorbeeld in 2005 slechts 4 ingekomen zaken, in 2006 3 en in 2007 1.

108 Art. 66 lid 2 Wet op de rechterlijke Organisatie.

109 Schenk 1973, p. 7.

110 Zie voor de samenstelling van de OK: www.rechtspraak.nl.

111 Joosten 1989, p. 25.

beheerst. Met Engels wil het meestal wel lukken, maar met Duits, Frans en Russisch is dat nog wel eens lastiger, ook al heeft de OK nog steeds het genoegen gehad een ook in linguïstisch opzicht geschikt iemand te vinden.¹¹²

5.1.4 Procesgang

Algemeen

Zowel de enquêteprocedure als de procedure op grond van artikel 26 WOR is een verzoekschriftprocedure. Dat betekent dat op deze procedures in principe de artikelen 261-291 Rv van toepassing zijn. De regelingen betreffende het enquêterecht respectievelijk de WOR bevatten (slechts) op een enkel punt een bijzondere, afwijkende bepaling. Een verzoekschriftprocedure kent minder formaliteiten dan een dagvaardingsprocedure en biedt (ook) de rechter derhalve meer vrijheid. Tevens ligt het accent bij de verzoekschriftprocedure wat meer op de mondelinge behandeling dan op de schriftelijke stukken.¹¹³ De Ondernemingskamer maakt van de vrijheid die de verzoekschriftprocedure biedt wat betreft de inrichting van de procedure kennelijk regelmatig gebruik.¹¹⁴

Een rechterlijke uitspraak in het kader van een verzoekschriftprocedure wordt aangeduid als een 'beschikking'.

De enquêteprocedure in hoofdlijnen

Een enquêteprocedure kan door diverse, in de wet nader omschreven, belanghebbenden

worden geëntameerd (zie art. 2:345 lid 2 alsmede 346-347 BW). In de praktijk wordt het verzoek meestal gedaan door aandeelhouders. In het kader van een enquêteprocedure worden twee fasen onderscheiden die ieder met een verzoekschrift worden ingeleid en derhalve twee aparte verzoekschriftprocedures vormen. De eerste fase betreft het verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon (merendeels een naamloze of besloten vennootschap) waarop het verzoek is gericht. Een dergelijk verzoek mag pas worden ingediend nadat de verzoeker(s) zijn (hun) bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken aan de rechtspersoon kenbaar hebben gemaakt en de rechtspersoon een redelijke termijn is gegund om deze bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen. Niet-inachtneming van deze regel leidt tot niet-ontvankelijkheid van het enquêteverzoek (art. 2:349 lid 1 BW).

De wet bepaalt dat de Ondernemingskamer een (ontvankelijk) enquêteverzoek met de meeste spoed dient te behandelen (art. 2:349a lid 1 BW). Voorwaarde voor toewijzing van een verzocht onderzoek (ofwel enquête) is dat de Ondernemingskamer is gebleken dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen (art. 2:350 lid 1 BW). Deze vaag geformuleerde voorwaarde voor het toewijzen van een verzoek tot een onderzoek biedt de Ondernemingskamer de nodige ruimte bij de beoordeling van een dergelijk verzoek. In de loop der jaren is deze vage norm door de

¹¹² Willems 2006, p. 6.

¹¹³ Meer over de kenmerken van een verzoekschriftprocedure: Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 6 en 295 e.v.

¹¹⁴ Zie ook Cools c.s. 2009, p. 24.

jurisprudentie van de Ondernemingskamer alsook de Hoge Raad nader ingekleurd.¹¹⁵ Samenvattend kan worden gesteld dat van gegronde redenen om aan een juist beleid te twifelen sprake is als naar het oordeel van de Ondernemingskamer is gebleken van feiten en omstandigheden die tezamen een behoorlijke kans inhouden dat bij nader onderzoek blijkt van onjuist beleid.¹¹⁶ Als een verzoek tot een onderzoek wordt afgewezen en de Ondernemingskamer daarbij beslist dat het verzoek naar zijn oordeel niet op redelijke grond is gedaan, kan de rechtspersoon jegens de verzoeker een eis tot schadevergoeding instellen (bij de Ondernemingskamer; art. 2:350 lid 2 BW). Deze regeling werd tot voor kort als een dode letter beschouwd, maar hierop is de laatste jaren diverse malen een beroep gedaan.¹¹⁷ Als een verzoek tot een onderzoek wordt toegewezen, benoemt de Ondernemingskamer één of meerdere onderzoekers. In de praktijk worden, althans bij grote ondernemingen, in de regel (ten minste) twee onderzoekers benoemd, waaronder als regel één jurist. De wet kent de onderzoekers diverse bevoegdheden toe, maar stelt hen weinig regels; zij hebben een grote mate van vrijheid.¹¹⁸ De onderzoekers leggen hun

bevindingen neer in een verslag dat wordt gedeponereerd bij de griffie van het hof Amsterdam. Met de deponering van het verslag ter griffie eindigt de eerste fase van de enquêteprocedure.

Voor het in gang zetten van de tweede fase van de enquêteprocedure is opnieuw een verzoekschrift nodig, te weten een verzoek tot het vaststellen van wanbeleid. Tot wanbeleid wordt bijvoorbeeld – maar niet alleen – geconcludeerd als er door de rechtspersoon is gehandeld in strijd met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. In ‘de Asser’ wordt gesteld dat wanbeleid in de kern genomen een schending is van de norm van redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW), waarvoor aan de vennootschap (en indirect aan degenen die bij haar organisatie zijn betrokken) een ernstig verwijt kan worden gemaakt.¹¹⁹ Het verzoek tot het vaststellen van wanbeleid kan worden ingediend door de verzoeker(s) uit de eerste fase, maar ook door andere in de wet omschreven gerechtigden (art. 2:355 lid 1 BW). Het verzoek tot het vaststellen van wanbeleid dient te worden ingediend binnen twee maanden na deponering van het verslag door de onderzoekers (art. 2:355 lid 2 BW). De Ondernemingskamer is bij

115 Zie o.a. HR 18 november 2005, NJ 2006, 173 (*Unilever*) en HR 30 maart 2007, NJ 2007, 293 (*Jan Rebel*). Vgl. tevens o.a. OK 28 september 2006, ARO 2007, 7 (*KPNQuest*), OK 19 april 2007, ARO 2007, 72 (*Begemann*), OK 17 april 2008, JOR 2008, 157 (*ABN/AMRO*) en OK 24 november 2008, JOR 2009, 9 (*Fortis*). Zie verder de kronieken betreffende het enquêterecht in de *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation*.

116 Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 753.

117 Zie ook Storm 2008, p. 19-20.

118 Vgl. in dit verband o.a. ook OK 28 september 2006, ARO 2007, 7 (*KPNQuest*), OK 19 februari 2007, ARO 2007, 50 (*BWI Beheer BV*) en OK 21 maart 2007, ARO 2007, 66 (*KEL Development BV*), waaruit blijkt dat de OK zeer hecht aan deze vrijheid van de onderzoekers. Zie verder Storm 2008, p. 22 en Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 774.

119 Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 790. Vgl. bijv. ook Slagter 2005, nrs. 29 en 126, p. 561 e.v.

zijn oordeel of er sprake is van wanbeleid niet gebonden aan het oordeel van de onderzoekers, zoals neergelegd in het onderzoeksverslag, in die zin dat de Ondernemingskamer in afwijking van het oordeel van de onderzoeker(s) kan oordelen dat er geen sprake is van wanbeleid (maar niet andersom: als de onderzoekers concluderen dat er geen sprake is van wanbeleid, kan de Ondernemingskamer niet oordelen dat dit wél het geval is).¹²⁰ Het onderzoeksverslag speelt niettemin wel een centrale rol bij de beoordeling en in de praktijk pleegt de Ondernemingskamer de uitkomst hiervan veelal te volgen. In de praktijk komt het overigens niet vaak tot de tweede fase van de enquêteprocedure (zie par. 5.2). Gedurende de gehele enquêteprocedure¹²¹ kan de Ondernemingskamer worden verzocht onmiddellijke voorzieningen te treffen in de zin van tijdelijke voorzieningen voor ten hoogste de duur van de procedure (art. 2:349a lid 2 BW). De Ondernemingskamer kan in het kader van artikel 2:349a lid 2 BW al die (tijdelijke) voorzieningen treffen die hem in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek noodzakelijk voorkomen. Ook hier komt de Ondernemingskamer derhalve een grote mate van vrijheid toe. Als door de Ondernemingskamer – in het kader van de tweede fase van de enquête-

procedure – daadwerkelijk is geconcludeerd dat er sprake is van wanbeleid, kan de Ondernemingskamer desverzocht tevens de onmiddellijke voorzieningen treffen, zoals opgesomd in artikel 2:356 BW.¹²² Deze voorzieningen kunnen zowel een tijdelijk als een definitief karakter hebben.¹²³

Tegen een beschikking van de Ondernemingskamer in het kader van een enquêteprocedure staat uitsluitend beroep in cassatie open (vgl. art. 2:359 BW).

De procedure op grond van artikel 25-26 WOR in hoofdlijnen

Artikel 25 lid 1 WOR kent de ondernemingsraad ten aanzien van bepaalde besluiten van de ondernemer een adviesrecht toe. Als na het advies van de ondernemingsraad door de ondernemer een besluit wordt genomen dat niet in overeenstemming is met dit advies dan wel er feiten of omstandigheden bekend zijn geworden die, waren zij aan de ondernemingsraad bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van zijn advies, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om een ander advies uit te brengen, dan kan de ondernemingsraad ingevolge artikel 26 lid 1 WOR tegen dit besluit beroep instellen bij de Ondernemingskamer. Ook hier gaat het om een verzoekschriftprocedure en ten aanzien van deze

¹²⁰ Zie HR 27 september 2000, NJ 2000, 653 (Gucci).

¹²¹ Zie evenwel HR 14 december 2007, NJ 2008, 105, m.nt. J.M.M. Maeijer (DSM), waarin de Hoge Raad overweegt dat van de mogelijkheid tot het treffen van een onmiddellijke voorziening in een procedure waarin om een onderzoek is verzocht, vóórdat dit onderzoek is gelast slechts terughoudend gebruik kan worden gemaakt. In de literatuur wordt wel betwijfeld of de OK zich houdt aan de in het DSM-arrest door de Hoge Raad aangegeven koers. Vgl. tevens Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 768-769.

¹²² Vgl. HR 27 september 2000, NJ 2000, 653 (Gucci).

¹²³ Nader over de mogelijkheden (en beperkingen) van de OK tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen bijv. Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 765 e.v.

verzoeken bepaalt de wet eveneens dat de Ondernemingskamer ze met de meeste spoed behandelt (art. 26 lid 2 resp. lid 5 WOR). Het beroep moet worden ingesteld binnen een maand nadat de ondernemingsraad van het besluit van de ondernemer in kennis is gesteld en kan uitsluitend worden ingesteld op de grond dat de ondernemer bij afweging van betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit had kunnen komen (art. 26 lid 4 WOR). De mogelijkheid van beroep is aldus beperkt tot kennelijk onredelijke besluiten van de ondernemer en de Ondernemingskamer toetst het besluit marginaal. Indien het tegen het besluit ingestelde beroep echter is gebaseerd op het feit dat de ondernemer de voorgeschreven procedure voor raadpleging van de ondernemingsraad niet naar behoren heeft gevolgd – bijvoorbeeld de ondernemingsraad in het geheel niet om advies heeft gevraagd – wordt een minder strikte marginale toetsing toegepast dan in het geval dat het besluit van de ondernemer op inhoudelijke gronden wordt aangevochten.¹²⁴ Alvorens op het beroep te beslissen, kan de Ondernemingskamer – al dan niet ambtshalve – deskundigen alsmede in de onderneming werkzame personen horen. Nadat het verzoekschrift is ingediend, kan de Ondernemingskamer voorlopige voorzieningen treffen (art. 26 lid 8 WOR). De in artikel 26 lid 5 WOR genoemde voorzieningen kan de Ondernemingskamer op verzoek van de ondernemingsraad tevens treffen als de Ondernemingskamer het beroep gegrond oordeelt en derhalve verklaart dat de

ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot het betrokken besluit had kunnen komen. (Ook) tegen beschikkingen van de Ondernemingskamer op grond van artikel 26 WOR staat uitsluitend beroep in cassatie open (art. 26 lid 9 WOR). De Ondernemingskamer maakt in WOR-zaken regelmatig – en volgens sommigen in toenemende mate¹²⁵ – gebruik van de mogelijkheid om ter zitting mondeling uitspraak te doen, mits partijen op voorhand verklaren van cassatie af te zien.

5.2 De rechtspraktijk van de Ondernemingskamer in cijfers

5.2.1 Aantal zaken

De Raad voor de rechtspraak noch het ICTRO beschikt over bruikbare gegevens betreffende kenmerken van de zaken die de Ondernemingskamer de afgelopen jaren heeft behandeld. Wat betreft de enquêteprocedure verschaft het recent verschenen rapport van Cools c.s. een aantal gegevens. Voor het overige waren we voor cijfers voornamelijk aangewezen op de eigen jaarverslagen van de Ondernemingskamer en de gegevens kenbaar uit het vanuit de Ondernemingskamer verzorgde jurisprudentietijdschrift ARO. Gelet op de aard van dit onderzoek en de met de Raad voor de rechtspraak gemaakte afspraken, is geen nader onderzoek naar de cijfers uitgevoerd. Onderstaande gegevens beogen slechts op basis van het beschikbare materiaal enig beeld te

¹²⁴ Nader bijv. Slagter 2005, nr. 104.

¹²⁵ Slagter 2005, nr. 104, p. 451 alsmede een van de respondenten.

schetsen van de cijfermatige kant van de Ondernemingskamer over de periode 2002-2007. Volgens de jaarverslagen van de

Ondernemingskamer zijn de volgende zaken behandeld.

Tabel 1. Totaal aantal zaken¹²⁶

	2002 ¹²⁷	2003 ¹²⁸	2004 ¹²⁹	2005 ¹³⁰	2006	2007
Ingekomen zaken	163	177	188	170	164	154
Behandeling ter zitting	90	92	74	101	103	82
Uitspraken	201	182	142	221	192	197

Wat betreft het recht van enquête en WOR-zaken geven de jaarverslagen het volgende beeld.

Enquêtezaken

Tabel 2. Eerste fase: enquêteverzoek

	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Ingekomen verzoeken	68	64	70	68	75	61
Behandeling ter zitting	51	41	33	48	56	50
Beschikkingen	48	35	17	46	37	39
Gedeponeerde verslagen	18	9	11	8	16	16

126 In de jaarverslagen 2005, 2006 en 2007 wordt opgemerkt dat in het kader van de telling van het aantal verzoeken, zittingen en beschikkingen de onmiddellijke voorzieningen slechts zijn geteld voor zover deze afzonderlijk zijn ingekomen en behandeld alsmede dat deze methode afwijkt van die over 2004 en daarvoor, toen alle verzoeken tot onmiddellijke voorzieningen afzonderlijk werden geteld.

127 Gegevens ontleend aan het kort jaarverslag van de OK zoals gepubliceerd in *Ondernemingsrecht* 2003, p. 498-499.

128 Gegevens ontleend aan het kort jaarverslag van de OK zoals gepubliceerd in *Ondernemingsrecht* 2004, p. 552-553.

129 Gegevens ontleend aan het kort jaarverslag van de OK zoals gepubliceerd in *Ondernemingsrecht* 2006, p. 30-32. Opmerkelijk is dat de hier (ter vergelijking) vermelde aantallen over 2003 afwijken van de aantallen genoemd in het kort jaarverslag over 2003 uit *Ondernemingsrecht* 2004, p. 552-553. Het lijkt dat per abuis de aantallen van 2002 bij 2003 zijn vermeld.

130 De gegevens voor 2005-2007 zijn ontleend aan de respectieve jaarverslagen van de OK.

Tabel 3. Eerste fase: onmiddellijke voorzieningen

	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Ingekomen verzoeken	67	59	61	67	71	61
Behandeling ter zitting	54	39	34	49	56	46
Beschikkingen	49	36	23	52	44	42

Tabel 4. Tweede fase: verzoek tot vaststellen wanbeleid en treffen van voorzieningen

	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Ingekomen verzoeken	15	11	13	8	16	13
Behandeling ter zitting	13	10	11	6	14	6
Beschikkingen	8	14	2	10	6	11

Tabel 5. Overige beschikkingen in enquêtezaken

	2002	2003	2004	2005 ¹³¹	2006	2007
	55	60	53	87	72	89

Uit de jaarverslagen blijken de volgende cijfers ten aanzien van de benoeming van onderzoekers, bestuurders en commissarissen door de Ondernemingskamer.

131 In het jaarverslag 2005 wordt opgemerkt dat in eerdere jaarverslagen beschikkingen betreffende verzoeken op de voet van de artt. 2:350 lid 3, 2:253a, 2:353 lid 3 en 2:354 BW afzonderlijk werden vermeld, maar thans zijn opgenomen onder de 'overige beschikkingen in enquêtezaken'. Wat betreft de ter vergelijking opgenomen cijfers over 2004 is eenzelfde handelwijze gevolgd, aldus het jaarverslag. Voor 2004 zijn door ons deze vergelijkende gegevens overgenomen. Voor 2002 en 2003 hebben wij deze bijtelling verricht.

WOR-zaken

Tabel 6. Benoemingen

	2003 ¹³²	2004	2005	2006	2007
Onderzoeker	26	11	34	23	22
Bestuurder	6	10	15	14	8
Commissaris	4	3	12	4	8

Tabel 7. Het adviesrecht van de ondernemingsraad (WOR-zaken)

	2002	2003	2004	2005 ¹³³	2006	2007
Ingekomen verzoeken			68	49	75	35
Behandeling ter zitting			17	19	17	14
Beschikkingen			16	20	13	12

Tabel 8. Voorlopige voorzieningen 2002-2003

	2002	2003
Ingekomen verzoeken	39	38
Behandeling ter zitting	14	11
Beschikkingen	10	8

We concentreren ons hierna vooral op de kenmerken van partijen in het kader van een enquêteverzoek en het verloop en het resul-

taat van de procedure, voor zover mogelijk voor de periode van 2000-2007.

¹³² Voor het jaar 2002 zijn deze benoemingen volgens het jaarverslag meegerekend bij het aantal 'overige beschikkingen in enquêtezaken' maar niet uitgesplitst.

¹³³ In het jaarverslag 2005 wordt opgemerkt dat, anders dan in voorgaande jaren, ter zitting behandelde en uitgesproken (verzoeken tot het treffen van) onmiddellijke voorzieningen niet afzonderlijk weergegeven worden voor zover deze niet afzonderlijk zijn ingekomen, behandeld en hieromtrent niet afzonderlijk een uitspraak is gedaan. Wij geven de vergelijkingscijfers uit het jaarverslag 2004 weer. Voor de jaren 2002 en 2003 vermelden wij de voorlopige voorzieningen apart conform de jaarverslagen van de OK.

5.2.2 Kenmerken van partijen

Uit het rapport van Cools c.s. blijkt wat betreft de aard van de partijen die een enquêteverzoek hebben ingediend dat dit in het overgrote deel van de gevallen kapitaalverschaffers zijn. In de periode 2000-2007 is dit bij niet-beursgenoteerde vennootschappen in 96% van de (300) ingediende verzoeken het geval. Hiervan vormen aandeelhouders en certificaathouders de belangrijkste categorieën (resp. 81% en 10%).

De (23) ingediende enquêteverzoeken betreffende beursgenoteerde vennootschappen laten eenzelfde beeld zien (aandeelhouders twintig verzoeken ofwel 87%, certificaathouders twee verzoeken ofwel 9%). Bij de beursgenoteerde vennootschappen trad in acht gevallen (35%) de VEB¹³⁴ als aandeelhouder op.¹³⁵ De VEB is duidelijk een belangrijke 'speler' en repeat player op het terrein van het enquêterecht. Cools c.s. merken op: 'De VEB heeft de enquêteprocedure, mede door de invoering in 1994 van de mogelijkheid om voorlopige voorzieningen te treffen, ontdekt als middel om de belangen van haar achterban te behartigen. De sterke toename van het aantal verzoeken van de VEB na 2000 is opvallend, maar strookt met de algemene toename van het aantal enquêteverzoeken.'¹³⁶ Volgens het rapport heeft de VEB over de periode 1971-2007 veertien verzoeken tot enquête gedaan, waarvan

dertien plaatsvonden vanaf 1994.¹³⁷

Ook in de tweede fase van de enquêteprocedure (indienen van een verzoek tot het vaststellen van wanbeleid) zijn de kapitaalverschaffers de voornaamste verzoekers. In de periode 2000-2007 waren dit bij de niet-beursgenoteerde vennootschappen in 22 van de 36 gevallen (61%) de aandeelhouders, in twee gevallen (6%) de certificaathouders. Bij de beursgenoteerde vennootschappen gebeurde dit in zes van de zeven gevallen (86%) door de aandeelhouders, waarvan in vier gevallen (57%) door de VEB, en in het overige geval door de advocaat-generaal. Ten behoeve van de beeldvorming: zoals vermeld ging het wat betreft de niet-beursgenoteerde vennootschappen in totaal om 36 verzoeken tot het vaststellen van wanbeleid, wat betreft de beursvennootschappen om in totaal zeven verzoeken. Een zeer gering aantal dus.¹³⁸

Wat betreft de aard van de partijen c.q. rechtspersonen ten aanzien waarvan om een enquête is verzocht, geldt dat in de periode 1971-2007 het overgrote deel van de verzoeken is gedaan ten aanzien van besloten vennootschappen (89%), op grote afstand gevolgd door beursgenoteerde (6%) en niet-beursgenoteerde (3%) naamloze vennootschappen. Voor de periode 2000-2007 ligt de verhouding op 93% niet-beursgenoteerde vennootschappen tegenover 7% beursgenoteerde vennootschappen.¹³⁹ Van de niet-beursgenoteerde besloten en naamloze

¹³⁴ De Vereniging van Effectenbezitters, belangenbehartiger van particuliere beleggers.

¹³⁵ Cools c.s. 2009, p. 68-70.

¹³⁶ Cools c.s. 2009, p. 70.

¹³⁷ Cools c.s. 2009, p. 70.

¹³⁸ Cools c.s. 2009, p. 79-80.

¹³⁹ Cools c.s. 2009, p. 63-64.

vennootschappen is in ten minste 24% van de gevallen sprake van een familiebedrijf.¹⁴⁰ Dit illustreert dat de 'grote ondernemingen' waarop dit onderzoek is gericht, slechts een klein deel vormen van de procespartijen bij de Ondernemingskamer, althans in enquête-procedures (maar ook daar buiten kan deze conclusie worden getrokken). Cools c.s. concluderen dat het enquêterecht primair een middel is om geschillen te beslechten in besloten verhoudingen. Dit laat, aldus de rapporteurs, onverlet dat het enquêterecht ook voor beursvennootschappen een belangrijke verdienste heeft: 'Zo kan men veronderstellen dat er een belangrijke preventieve werking van uitgaat.'¹⁴¹

5.2.3 Procedureverloop

Zoals uit de bovenstaande passage reeds blijkt, zijn er in de periode 2000-2007 in totaal 323 verzoeken tot een enquête bij de Ondernemingskamer ingediend (300 ten aanzien van niet-beursgenoteerde vennootschappen en 23 ten aanzien van beursgenoteerde vennootschappen).¹⁴² Het aantal verzoeken tot het vaststellen van wanbeleid was aanzienlijk kleiner: in totaal 43 (36 ten aanzien van niet-beursgenoteerde vennootschappen en zeven ten aanzien van beursgenoteerde vennoot-

schappen). Verzoeken tot een enquête gingen meestal gepaard met een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen (234 ten aanzien van niet-beursgenoteerde vennootschappen en 21 ten aanzien van beursgenoteerde vennootschappen). In de lijn van hetgeen hiervoor is aangegeven, werd het verzoek tot een onmiddellijke voorziening in het merendeel van de gevallen ingediend door de aandeelhouder (bij niet-beursgenoteerde vennootschappen in 192 gevallen (82%), bij beursgenoteerde vennootschappen in achttien gevallen (86%), waarvan in 6 gevallen (29%) door de VEB).¹⁴³

Wat de duur van enquêteprocedures betreft constateren Cools c.s. over de periode 2000-2007 een gemiddelde duur (voor beide fasen samen en inclusief een eventuele cassatie-procedure) van 440 dagen voor niet-beursgenoteerde vennootschappen en 564 dagen voor beursvennootschappen.¹⁴⁴ Het verschil wijten zij vooral aan het vaker voorkomen van cassatieprocedures bij beursvennootschappen. Aangezien deze getallen weinig zeggen over de snelheid van de Ondernemingskamer omdat de Ondernemingskamer op diverse in deze berekening meegewogen factoren geen beslissende invloed heeft,¹⁴⁵ hebben Cools c.s. getracht daarop langs een andere weg meer zicht te krijgen. Daartoe is het aantal

¹⁴⁰ Cools c.s. 2009, p. 64.

¹⁴¹ Cools c.s. 2009, p. 64.

¹⁴² Cools c.s. 2009, p. 40-41.

¹⁴³ Cools c.s. 2009, p. 85.

¹⁴⁴ Cools c.s. 2009, p. 49 e.v.

¹⁴⁵ Dit geldt voor het verloop van een eventuele cassatieprocedure, maar bijvoorbeeld ook voor het al dan niet in gang zetten van het vervoltraject nadat de OK een onmiddellijke voorziening heeft getroffen. Het komt regelmatig voor dat een enquêteprocedure niet wordt vervolgd, omdat geen der partijen na het treffen van een dergelijke voorziening kenbaar maakt een beslissing te willen op het enquêteverzoek zelf (en dit regelmatig ook in het geheel niet wordt beoogd).

dagen gemeten tussen de indiening van het eerste verzoekschrift en de eerste inhoudelijke beschikking van de Ondernemingskamer. Zij komen voor de periode 2000-2007 voor de niet-beursgenoteerde vennootschappen uit op een gemiddelde duur van 88 dagen en voor beursgenoteerde vennootschappen op een gemiddelde duur van 61 dagen. Cools c.s. concluderen 'dat de Ondernemingskamer in staat is snel te werken'.¹⁴⁶ Ter gelegenheid van de expertmeeting in het kader van het onderhavige onderzoek merkten de aldaar aanwezigen echter op de indruk te hebben dat de doorlooptijd de laatste tijd, na het meetmoment van het onderzoek van Cools c.s., is teruggelopen (zie ook onder par. 5.6.1).

5.2.4 Afloop enquêteverzoeken

Een van de respondenten (uit het bedrijfsleven) merkt over de kans van slagen van een enquêteverzoek op:

'(...) Maar ik weet zeker dat alle grote zaken waar een enquête gevraagd wordt, die worden allemaal toegewezen. (...) Er is geen enkele grote zaak geweest in Nederland, dus echt een aansprekende zaak met publiciteit, waarbij de enquête niet is toegewezen, geen enkele.'

Vergelijk ook Dumoulin, die ten aanzien van de enquêteprocedure opmerkt: 'Zij lijken soms op het nemen van strafschoppen, met de advocaat als keeper. Er is statistisch een aan-

merkelijke kans dat het schot doel treft.'¹⁴⁷ In de periode 2000-2007 zijn er van de in totaal 323 verzoeken tot het instellen van een enquête 179 verzoeken toegewezen (ruim 55%). Voor de beursgenoteerde vennootschappen lag het percentage iets hoger dan voor de andere: van de 23 verzoeken zijn er vijftien (65%) toegewezen.¹⁴⁸

Van de in totaal 255 verzochte onmiddellijke voorzieningen, werden er 121 toegewezen: 109 van de 234 verzochte onmiddellijke voorzieningen ten aanzien van niet-beursvennootschappen (derhalve 47%), 12 van de 21 verzochte onmiddellijke voorzieningen betreffende beursvennootschappen (57%).¹⁴⁹

Daar waar men – bij wijze van uitzondering – toekwam aan de tweede fase van de enquêteprocedure, werd ten aanzien van niet-beursgenoteerde vennootschappen in 28 gevallen wanbeleid vastgesteld (78% ten opzichte van het totaal aantal tweede fase zaken, 9% ten opzichte van het totaal aantal enquêteverzoeken). Bij beursvennootschappen werd zes keer wanbeleid vastgesteld (86% ten opzichte van het totaal aantal tweede fase zaken, 26% ten opzichte van het totaal aantal enquêteverzoeken).¹⁵⁰

5.2.5 Cassatie

Er wordt wel opgemerkt dat beschikkingen van de Ondernemingskamer in cassatie betrekkelijk vaak sneuvelen. Vergelijk ook de beleving van een van de respondenten:

¹⁴⁶ Cools c.s. 2009, p. 55.

¹⁴⁷ Dumoulin 2008, p. 83.

¹⁴⁸ Cools c.s. 2009, p. 46-47.

¹⁴⁹ Cools c.s. 2009.

¹⁵⁰ Cools c.s. 2009.

‘Hij [Willems] weet dat hij zo veel van het vennootschapsrecht in Nederland weet dat hij wel in staat is om de grens op te rekken en dat daar wel enige sympathie voor is. Alleen zien we nu toch langzaam wat kritiek komen op die alleenheerschappij daar en dat er binnen de rechterlijke macht ook kritisch wordt gereageerd op het oprekken van die grenzen. Dat Timmerman zegt: “Ho eens, tot hier en niet verder.” Dus niet schroomt om hem door het hoogste rechtscollege terug te laten fluiten.’

Over de periode 1971-2007 zijn in verband met de eerste fase van de enquêteprocedure 32 verzoeken tot cassatie bij de Hoge Raad ingediend. Van die 32 cassatieverzoeken zijn er 8 door de Hoge Raad gehonoreerd.¹⁵¹ Dat is een zeer klein percentage (1,6%) van het totaal aantal enquêteverzoeken (510) dat de Ondernemingskamer in deze periode te behandelen kreeg. Bovendien blijft in driekwart van de gevallen de uitspraak van de Ondernemingskamer in cassatie overeind.

In verband met de tweede fase van de enquêteprocedure is van de in totaal 107 verzoeken tot het vaststellen van wanbeleid 16 maal een verzoek tot cassatie ingediend, waarbij de beschikking van de Ondernemingskamer 10 keer is gecasseerd. Dit betekent dat 9% van de beschikkingen in de tweede fase is gecasseerd, hetgeen door Cools c.s. als een ‘relatief hoog’ percentage wordt beschouwd.¹⁵² De conclusie is in elk geval dat cassatie ter zake

van de beschikkingen van de Ondernemingskamer in deze fase van de enquêteprocedure in meer dan de helft van de gevallen tot succes aan de kant van de insteller van dit middel heeft geleid.¹⁵³

In de DSM-zaak is door de procureur-generaal ter zake van een beschikking van de Ondernemingskamer voor het eerst cassatie in het belang der wet ingesteld.¹⁵⁴

5.2.6 Minnelijke regelingen

Slagter wees er in 1996 reeds op dat ‘de grote betekenis van de OK niet alleen blijkt uit bovenstaande cijfers van behandelde beroepen, maar dat vooral ook de onzichtbare preventieve invloed van de OK niet moet worden onderschat’. Slagter maakt deze opmerking bij de door hem aangehaalde cijfers over de in de periode 1979-1989 behandelde WOR-zaken.¹⁵⁵ Ongeveer twee derde van de beroepschriften uit die periode werden voor of na de zitting ingetrokken. Dat wijst volgens Slagter niet op mislukte procedures, maar waarschijnlijk op het feit dat partijen onder druk van de dreigende procedure of uitspraak tot overeenstemming zijn gekomen. Naar zijn mening zou dat ook gelden voor de andere procedures, zoals enquêteprocedures. Cools c.s. vermelden dat in de periode 2000-2007 in 37% van de enquêteprocedures betreffende niet-beursvennootschappen uit de beschikking blijkt dat er een minnelijke regeling is getroffen.¹⁵⁶ Op

¹⁵¹ Cools c.s. 2009, p. 36-37.

¹⁵² Cools c.s. 2009, p. 38.

¹⁵³ Vgl. ook bijv. Van Wijk 2007, p. 386-398.

¹⁵⁴ HR 14 december 2007, NJ 2008, 105, m.nt. J.M.M. Maeijer.

¹⁵⁵ Slagter 1996, p. 7-9.

¹⁵⁶ Hierbij wordt de kanttekening gemaakt dat de Ondernemingskamer pas vanaf 1 januari 2002 de minnelijke regelingen consequent in een beschikking heeft opgenomen.

het totaal aantal van 300 enquêteverzoeken betreft dit 110 minnelijke regelingen. Het aantal uit de beschikking blijkende minnelijke regelingen in enquêteprocedures betreffende beursgenoteerde ondernemingen is beduidend minder: slechts in 2 van de 23 verzoeken tot een enquête.¹⁵⁷

Een respondent merkt over de invloed van een enquêteprocedure op het tot stand komen van een minnelijke regeling op:

'Het [de enquêteprocedure] is bedoeld als onderzoeksprocedure, het is geworden tot een geschilbeslechtsingsprocedure. (...) In heel veel gevallen gelast de Ondernemingskamer geen onderzoek, maar wordt een voorlopige maatregel getroffen. Dan grijpt de Ondernemingskamer in en komt er daarna een oplossing omdat partijen de zaak gaan schikken. Die schikking is niet waarde vrij. Ik denk niet dat je moet zeggen, kijk, die schikking is dan maar tot stand gekomen omdat de rechter toch heeft ingegrepen. Zo'n rechter grijpt in, verandert daarmee vaak de configuratie, verandert het spel, en dat betekent dat je met nieuwe omstandigheden rekening moet houden. Die kunnen heel nadelig zijn, maar je wel tot een schikking aanleiding geven.'

Vergelijk ook:

'Als er een mogelijkheid is om partijen tot elkaar te brengen... En ik moet zeggen dat met name Willems heel knap is om op die wijze partijen in een richting te duwen die

beide partijen zouden willen, maar door de verhitte gemoederen zelf niet meer zien.'

Over de (indirecte) rol van de Ondernemingskamer in het kader van het tot stand komen van een minnelijke regeling in enquêteprocedures, zijn met de medewerking van het secretariaat van de Ondernemingskamer enige nadere gegevens verzameld. Voor de jaren 2007 en 2008 is nagegaan of de schikkingen waarvan de beschikkingen melding maken zijn tot stand gekomen door tussenkomst van een door de Ondernemingskamer aangestelde onderzoeker, tijdelijk bestuurder of tijdelijk commissaris. Het blijkt dat in deze twee jaar samen 32 beëindigingsbeschikkingen zijn genomen die melding maken van een schikking. In 27 van deze gevallen is de schikking tot stand gekomen door tussenkomst van een onderzoeker,¹⁵⁸ tijdelijk bestuurder of tijdelijk commissaris.¹⁵⁹ Deze door de Ondernemingskamer benoemde personen (b)lijken dus inderdaad een belangrijke rol te spelen bij het tot stand komen van een schikking. Overigens betreft slecht 1 van de 32 beëindigingsbeschikkingen een beursvennootschap of groot bedrijf zoals gedefinieerd in dit onderzoek, en in deze zaak heeft generlei benoeming door de Ondernemingskamer plaatsgevonden.

'Eigenlijk waren deze onafhankelijke commissarissen daar [het beproeven van een minnelijke regeling] ook een beetje mee belast. Dus die hadden een soort mediationfunctie. Ik weet overigens niet of dat ook in hun taak-

¹⁵⁷ Cools c.s. 2009, p. 57 en 59-60.

¹⁵⁸ Zie overigens Van den Blink 2006, p. 14 over het spanningsveld waarmee de 'schikkende onderzoeker' te maken kan krijgen.

¹⁵⁹ Daar waar dit niet uit de beschikking bleek, is dit aangegeven door het secretariaat van de OK.

omschrijving stond, maar dat hebben ze wel geprobeerd.'

Met het bovenstaande is echter maar een deel van de (mogelijke) rol van de Ondernemingskamer bij het tot stand komen van een minnelijke regeling geschetst. Zaken kunnen immers ook voordat er een zitting heeft plaatsgehad in der minne worden geregeld en – voor de zitting – worden ingetrokken, wellicht onder invloed van de 'onzichtbare preventieve invloed' van de Ondernemingskamer, om de woorden van Slagter nogmaals te gebruiken. In dergelijke gevallen komt de Ondernemingskamer aan een (beëindigings)beschikking in het geheel niet toe. Voor enkele jaren zijn de aantallen van deze intrekkingen gepubliceerd in het jaarverslag van de Ondernemingskamer. Het jaarverslag over 2007 vermeldt dat de Ondernemingskamer in de periode 2003-2007 in in totaal 940 zaken een uitspraak heeft gedaan, terwijl er in dezelfde periode 288 aangespannen zaken zijn ingetrokken.¹⁶⁰ Dat betekent dat in deze periode ook nog eens 23% van de zaken voor of na de zitting zonder beëindigingbeschikking zijn ingetrokken.¹⁶¹ Hoe gevoelig deze kwesties liggen voor partijen blijkt uit het feit dat deze laatste categorie niet toegankelijk is voor onderzoek. De redengeving hiervoor is dat daarmee het risico kan ontstaan dat de zaak alsnog bekend wordt. Het buiten de publiciteit houden van het geschil is blijkbaar een sterk motief voor schikkingen.

'Zodra je een enquêteverzoek indient, staan ze ook meteen bij je op de stoep van gôh, we

moeten toch even kijken of we het kunnen oplossen. [Maar dat doen jullie dan zelf, buiten het blikveld van de OK?] Ja. [Gebeurt het dan regelmatig dat je zo'n zaak intrekt?] Je ziet wel dat sommige partijen afhaken. Dan kom je weer op het verschil tussen de VEB als gebruiker van de OK ten aanzien van commerciële partijen. Die kun je met geld tevredenstellen, dat kun je de VEB niet.'

Zie voor citaten betreffende de (onzichtbare) rol van de Ondernemingskamer bij het tot stand komen van een minnelijke regeling in WOR-zaken paragraaf 3.

5.3 Geschil- en procedeergedrag van grote ondernemingen

5.3.1 Herkomst van empirische gegevens

Over het functioneren van de Ondernemingskamer zijn elf interviews gehouden met vertegenwoordigers van tien grote bedrijven die allemaal recente ervaring hadden met de Ondernemingskamer. De betreffende grote bedrijven zijn (of waren) allemaal beursgenoteerd. De meeste bedrijven hadden één zaak bij de Ondernemingskamer gehad, een enkel bedrijf was in de loop der jaren vaker bij een OK-procedure betrokken geweest. In zeven interviews stond de ervaring met een enquête-procedure centraal. Bij twee bedrijven betrof het een jaarrekeningsprocedure, bij één bedrijf een medezeggenschapsprocedure. Tevens is ten aanzien van met name de meeste enquête-zaken gesproken met één of meerdere andere

¹⁶⁰ Voor de goede orde: deze cijfers hebben betrekking op *alle* (soorten) zaken die bij de Ondernemingskamer zijn aangebracht.

¹⁶¹ Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam, *Jaarverslag 2007*, p. 20.

betrokkenen hierbij: de advocaat van het bedrijf dan wel (meestal) van haar tegenpartij, de tegenpartij c.q. verzoeker, de onderzoeker. Hiernaast is aan de kant van 'partijen' gesproken met twee georganiseerde belangenbehartigers van aandeelhouders met ruime ervaring bij de Ondernemingskamer en dus repeat players.

Er zijn interviews gehouden met vijf advocaten, waarvan vier in het bijzonder ruime ervaring hebben met medezeggenschapszaken en deels bij de zaken van de geïnterviewde bedrijven betrokken zijn geweest alsmede ervaring hebben met medezeggenschapszaken bij andere grote bedrijven en daaruit voortvloeiende OK-procedures. Er is met twee advocaten gesproken over hun – eveneens ruime – ervaring met enquêteprocedures, in het bijzonder ten aanzien van grote bedrijven. Beiden zijn zowel aan de kant van bedrijven als aan de kant van verzoekers opgetreden. Wat betreft de rechterlijke macht hebben er twee gesprekken plaatsgevonden met de voorzitter van de Ondernemingskamer, één bij aanvang van het onderzoek, één na afronding van de interviews en de expertmeeting. Hiernaast is gesproken met een raadsheer-plaatsvervanger alsmede een raad. Tevens is gesproken met twee leden uit de rechterlijke macht die niet werkzaam zijn bij de Ondernemingskamer. Dit betreft één rechter met ervaring met ondernemingsrechtelijke zaken bij een rechtbank en een lid van de rechterlijke macht betrokken bij cassaties van OK-zaken. Ook hebben interviews plaatsgevonden

met vier onderzoekers, betrokken bij één of meerdere enquêtes van grote bedrijven. Aan de expertmeeting is deelgenomen door negentien advocaten en een oud-advocaat die allen met name ervaring hebben met enquêteprocedures. De ervaring met enquêteprocedures heeft bij deze bijeenkomst ook centraal gestaan. Aan deze bijeenkomst hebben verder – naast de onderzoekers – deelgenomen de VEB alsmede een hoogleraar ondernemingsrecht (tevens raadsheer-plaatsvervanger OK).

5.3.2 Algemeen

'Geen enkele ondernemer vindt het aangenaam indien hij voor de OK moet verschijnen, onverschillig of dit geschiedt in het kader van een enquêteprocedure, een jaarrekeningsprocedure dan wel een procedure ex art. 26 WOR. Aan zo'n procedure zijn voor de ondernemer nadelen verbonden, zowel met betrekking tot de reputatie van de onderneming naar buiten als voor de interne verhoudingen,' aldus Slagter.¹⁶² Ook uit de interviews met grote bedrijven komt naar voren dat men bij voorkeur tracht een procedure bij de Ondernemingskamer te vermijden.

'We houden de jurisprudentie van de OK redelijk nauwgezet bij en proberen ons een beeld te vormen van hoe de OK in bepaalde zaken oordeelt. (...) Heel veel zaken bij de OK betreffen beursnoteringen of vennootschapskwesties; die kunnen ook tegen ons aan-

¹⁶² Slagter 1996, p. 8.

gespannen worden. Het is natuurlijk niet uit te sluiten dat we ooit [weer] bij de OK terecht zullen komen, maar we kunnen wel een beleid voeren dat dit zo veel mogelijk tracht te voorkomen. Om een voorbeeld aan te halen: een tijd terug hadden we DSM. (...) Hoe dan ook genereert zo'n procedure een negatief stigma: er volgt publiciteit, alle aandeelhouders pikken het op. De Hoge Raad heeft de zaak gecasseerd, maar hoe dan ook was het kwaad al geschied. (...) Een OK-procedure is niet niets. (...)

Het is erg goed dat de OK er is, maar het is een machtig wapen dat niet lichtvaardig moet worden ingezet. (...) De feiten kunnen tot een procedure dwingen, maar dat moeten we dus zien te voorkomen. (...) De risicogebieden zijn jaarrekeningen, fusieprocessen en activistische aandeelhouders. We kunnen niet alles uitsluiten, maar we kunnen hier wel aandacht aan geven (...),'

aldus een interview met twee bedrijfsjuristen.

5.3.3 Specifiek in relatie tot enquêtes

'Ik heb liever niets te maken met een enquête-procedure en als het kan mijd ik dus de Ondernemingskamer. Ik vind het vaak een zwaktebod: je moet er als bedrijf voor zorgen dat je een goede basis hebt om met je aandeelhouders te communiceren. (...) Ik maak wel gebruik van jurisprudentie. En als zaken te gek worden, dan is het nuttig dat je de mogelijkheid hebt om de Ondernemingskamer in te

schakelen. Maar dat heb ik nog nooit gedaan. Ik zie het echt als een uiterste middel,' aldus Van Beuningen.¹⁶³

Anderzijds signaleert Holtzer (eveneens) in 2006:¹⁶⁴ 'Het afgelopen jaar is de enquête-procedure hét wapen geworden in handen van de actieve aandeelhouder. Zaken als Unilever, Versatel, EVC en Begemann mochten rekenen op warme belangstelling van de pers. Met corporate litigation werd ook gedreigd door de aandeelhouders van VNU in een poging het bestuur onder druk te zetten hun beleidswensen uit te voeren. Met name hedgefondsen lijken de laatste tijd snel naar juridische middelen te grijpen in het kader van een campagne om het beleid van de vennootschap naar hun hand te zetten. Er heeft zich in de laatste jaren een ware enquête-industrie ontwikkeld.'

Bovenstaande citaten werden in de diverse interviews bevestigd: 'hedgefondsen' en andere activistische aandeelhouders alsmede belangenvertegenwoordigers van aandeelhouders zijn ten aanzien van beursgenoteerde grote bedrijven regelmatig de aanjager van een enquêteprocedure en zetten dit middel vaak in mede vanwege de hieraan in geval van grote ondernemingen verbonden publiciteit, althans in de beleving van verschillende respondenten van grote bedrijven en hun advocaten. Bedrijven op hun beurt vermijden vanwege de publiciteit, maar ook om andere redenen, een procedure bij de Ondernemingskamer bij voorkeur.

¹⁶³ F. van Beuningen (o.a. directeur fondsbeheerder Teslin) in *Verslag rondetafelgesprek 2006*, p. 20.

¹⁶⁴ Holtzer 2006, p. 3.

Wat betreft de publiciteit werd door bedrijven opgemerkt:

'Bij ons [beursvennootschappen] komt het altijd in de krant. Ik weet nog wel die zaak, bij B. was dat, dat was dan wanbeleid. Dan staat die CEO in de NRC met zijn foto en staat er onder "wanbeleid". Toen is hij helemaal gek geworden. Maar dat had de VEB allemaal laten plaatsen. Dat is ook wel slecht van de VEB. Als ze winnen bij de OK, dan gaat het groot in de krant. En verliezen ze vervolgens de cassatie, dan hoor je er niets meer over. Dat is gewoon een laffe manier van pr bedrijven.'

'De advocaat die de aandeelhouders gebruikten, dat is toch wel een meer sensatiegerichte advocaat en ik vind zelf dat niet zozeer de inhoudelijke behandeling, dus de uitwisseling van juridische argumenten, lastig was om grip op te krijgen (...), maar het is meer de beeldvorming waar je heel weinig aan kunt doen en waar je geen grip op krijgt. En een advocaat als (...), die kan heel goed de publieke opinie bespelen en beïnvloeden. Die staat gerust de pers te woord en de pers in Nederland is toch graag in voor een sensatiebelust artikel in plaats van een droog juridisch artikel. En dat is moeilijk om tegen te vechten. (...) Want hoe dan ook sta je eigenlijk al 1-0 achter, ook al heb je het gelijk aan je zijde.'

Hiernaast merkten respondenten van de kant van de bedrijven op:

'Maar het gelasten van een onderzoek is denk ik niet waardevrij voor een onderneming, omdat het leidt tot de nodige druk in de media, aandeelhouders die vragen gaan stellen. Er is dan al twijfel aan het beleid.'

'(...) Kijk, aansprakelijkheidszaken, ook als het om grotere bedragen gaat, leiden in de raad van bestuur niet vaak tot grote emoties. In enquêtes gaat de rechter in op de vraag: heeft u nou de vennootschap goed bestuurd? En dat ligt iets emotioneler...'

Wat betreft de beslissing van de verzoekers om de stap naar de Ondernemingskamer te zetten, springt in het oog dat door verzoekers die de belangen behartigen van aandeelhouders 'het principe' een belangrijk argument vormt. Verder lijken hedgefondsen in het algemeen vlot te opteren voor een juridische benadering in plaats van overleg. Vergelijk ook reeds bovenvermeld citaat van Holtzer. Uit de gevoerde gesprekken met vertegenwoordigers van grote ondernemingen die betrokken zijn geweest bij een enquêteprocedure zijn echter geen algemene conclusies te trekken over een gevolgde strategie ter voorkoming van een enquête. Hierbij dient enerzijds in ogenschouw te worden genomen dat ondernemingen in een enquêteprocedure niet als verzoeker (kunnen) optreden en het initiatief derhalve niet bij hen ligt. Anderzijds geldt dat de achterliggende scenario's van de enquêtes waar de door ons benaderde grote ondernemingen in betrokken zijn geweest, uiteenlopend van aard zijn.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Vgl. over de uiteenlopende achtergronden en derhalve uiteenlopende aard van een enquête ook Slagter 2005, nr. 125, p. 553-554.

Respondenten uit het bedrijfsleven merkten wat betreft de gevolgde strategie rond de hen 'overkomen' enquêteprocedure op:

'Nou ja, je kan het [de gang naar de OK] proberen te voorkomen. Kijk, ik denk dat het ook een beetje met de aard van de aandeelhouder te maken heeft. (...) Hedgdefondsen, die zijn dus eigenlijk per definitie een beetje wolf in schaapskleren, die onder het mom van goed ondernemerschap en corporate governance en weet ik niet allemaal wat voor termen ze opvoeren, proberen gebruik te maken van de rechtsmiddelen die er zijn om uiteindelijk gewoon een hogere prijs per aandeel te krijgen. (...) Je hebt dan helaas te maken met partijen die onder valse voorwendselen uit zijn op een heel ander doel dan goed ondernemerschap te bewerkstelligen. (...) Het bewaken van de belangen van minderheidsaandeelhouders door onafhankelijke commissarissen erop na te houden, door gewoon verslaglegging naar buiten te doen door middel van kwartaalberichten en jaarverslagen, dat zijn allemaal dingen, dat kun je regelen. (...) Maar er valt weinig te doen of te voorkomen aan een strijd over de prijs per aandeel.'

'Kijk, ik moet vooropstellen dat natuurlijk de keuze om naar de OK te gaan, dat is natuurlijk niet onze keuze geweest. Wij waren gedaagde, en dat is dan gewoon de procedure zoals die in Nederland werkt. Daar waar wij wel keuzes hebben, denk ik dat je van geval tot geval, van situatie tot situatie de zaak moet bekijken.'

'Wij hebben een enorm agressieve campagne gevoerd toen ze aankondigden dat ze bij ons een enquête gingen beginnen. Omdat gewoon voor de hand lag dat die zou worden toegewezen, hebben wij in alle kranten een enorme advertentie laten plaatsen dat we al onderzoeken hadden en dat zo'n enquête niets zou toevoegen. Daar waren ze van in hun wiek geschoten, want ze hadden zoiets van: als ik iets zeg, vindt Nederland het wel prachtig. Toen kregen ze ineens de NOS op bezoek met die advertentie. Toen moesten ze allemaal interviews geven en wij ook. Dus we hebben het heel hard gespeeld. We hebben gezegd dat we het allemaal weggegooid geld vonden. (...) Dat hadden ze niet verwacht, want ze dachten natuurlijk dat wij op onze rug gingen liggen, van we zijn zo schuldig. Een heel goede tactiek is om heel hard terug te slaan altijd. Dat is in ieder geval mijn motto.'

5.3.4 Onmiddellijke voorziening Ondernemingskamer versus 'gewoon' kort geding

Zowel door respondenten bij bedrijven als door advocaten werd aangegeven dat daar waar behoefte bestaat aan een ordemaatregel in relatie tot een min of meer ondernemingsrechtelijk geschil, zoveel mogelijk wordt geprobeerd een en ander zo in het vat te gieten dat ter zake een onmiddellijke voorziening bij de Ondernemingskamer kan worden verzocht. Deze route wordt duidelijk geprefereerd boven de route van het kort geding bij

de 'gewone' voorzieningenrechter. Het gevolg hiervan is dat er regelmatig een enquête-verzoek wordt ingediend enkel en alleen om bij de Ondernemingskamer terecht te kunnen, terwijl de verzoeker in feite in het geheel geen enquête beoogt te entameren. De Ondernemingskamer is echter niet bevoegd 'zo-maar' onmiddellijke voorzieningen te treffen op de manier waarop de voorzieningenrechter bij de rechtbank dit kan doen, maar heeft die bevoegdheid slechts in samenhang met andersoortige procedures, zoals de enquête-procedure. Derhalve wordt er regelmatig slechts pro forma verzocht om een onderzoek vanwege vermeend wanbeleid en wordt dit traject in het geheel niet vervolgd nadat de Ondernemingskamer een onmiddellijke voorziening in de zin van artikel 2:349a lid 2 BW heeft getroffen of zich althans over een verzoek daartoe heeft uitgesproken. Ter gelegenheid van de expertmeeting werd in dit verband wel gesproken over 'de grote leugen'. In de praktijk leiden onmiddellijke en tijdelijke voorzieningen in de zin van artikel 2:349a lid 2 BW regelmatig tot een definitieve oplossing van een geschil.¹⁶⁶

'Omdat het niet zozeer gaat om die enquête, want die enquête gebruiken advocaten als een middel tot het doel en dat is die voorlopige voorzieningen krijgen. (...) Uiteindelijk bij overnamegeschillen en allerlei andere geschillen wil je gewoon binnen tien dagen weten waar je aan toe bent en dat gaat via die omweg van die voorlopige voorzieningen, en

die enquête neem je dan op de koop toe en die laat je dan vaak zitten of de zaak wordt ingetrokken. (...) Dus iedereen komt voor die voorlopige voorziening. Ik vind het op zichzelf een goed middel, want ik vind het heel goed van de OK dat ze heel snel beslissen en ook niet kinderachtig doen over stukken die nog de dag van de zitting worden ingediend. De presidenten in kort geding, die worden daar-door geïrriteerd.'

5.3.5 Specifiek in relatie tot WOR-procedures

Vanuit het bedrijfsleven wordt opgemerkt:

'Hoewel het natuurlijk niet uit te sluiten is, proberen we ook actief om er niet terecht te komen. De drempel om een zaak bij de OK aan te brengen is laag en de gevolgen kunnen behoorlijk zijn. Als [naam bedrijf] bij de OK terecht komt haalt dat de voorspellingen, dat is nieuws, en dan gaat het er niet om hoe de zaak afloopt en of het juist blijkt te zijn geweest dat we daar werden gedaagd of niet. Als je kijkt naar de geschillen bij de Ondernemingskamer zie je dat het heel veel ruzietjes bij kleine bedrijven betreft en dat een zaak als de onze dus absoluut niet representatief zal zijn, maar dat zijn de zaken waaraan publiciteit gegeven wordt.'

'We trachten in eerste instantie deze problemen te voorkomen. Tot nu toe zijn we slechts een keer daadwerkelijk bij de OK terechtgeko-

¹⁶⁶ Aldus o.a. ook Slagter 2005, nr. 123. Zie tevens Asser, Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 767-769.

men. Een vaste aanpak is er dan ook niet. Wat we naar aanleiding van die ene keer wel doen, is proberen om nog meer uit de procedurele sfeer te blijven in overleg met de ondernemingsraad. Soms kan het echter niet anders, er kan een principieel verschil van mening zijn. Bij een sluiting of bij een vermindering van arbeidsplaatsen is er toch sprake van een gevoelige situatie. Ongewild kan daar powerplay bij gaan ontstaan en een duidelijke scheiding van kampen optreden. Vakbewegingen en hun achterban kunnen een rol gaan spelen en vaak is de rechter dan het eindpunt.'

De geïnterviewde advocaten merken allen op dat de aanpak verschilt al naargelang zij reeds vóór het nemen van het besluit zijn ingeschakeld dan wel nadat dit reeds is genomen en de ondernemingsraad heeft aangegeven bezwaar te hebben tegen de inhoud van het besluit van de ondernemer of te menen dat zijn adviesrecht is geschonden. Indien advocaten in een vroeg stadium worden ingeschakeld, richten zij – althans de door ons geraadpleegde respondenten – zich primair op het vinden van een minnelijke oplossing en trachten zij een geschil te vermijden, ongeacht of zij optreden voor de ondernemer of de ondernemingsraad. Leidende gedachte hierbij is dat het niet om een eenmalige confrontatie gaat, maar dat ondernemer en ondernemingsraad met elkaar verder moeten. Vanuit de advocatuur werd in dit verband opgemerkt:

'Partijen zijn tot elkaar veroordeeld. Zelfs echtscheiding is niet mogelijk. Zowel winnen als verliezen bij de OK is moeilijk. Beide krijg je later om je oren. Veeleer kijken: wat levert het op?'

'In het voortraject zit 90% van de schikkingsdrang. Het zit hem in de dreiging van de OK. Je wilt daar niet zitten!'

'Wie goed doet, goed ontmoet. Een ondernemer moet investeren in de OR. Ruimhartig informeren.'

'Mijn advies [aan de ondernemer] is vaak: geef ze hun speeltje [het adviesrecht] maar, dan is de lol eraf.'

De aanpak van de geïnterviewde advocaten loopt uiteen als zij pas worden ingeschakeld nadat er reeds een besluit is genomen, met name daar waar tussen partijen verschil van mening bestaat over de vraag óf de ondernemingsraad ter zake van een bepaald besluit een adviesrecht heeft. De ene medezeggenschapsspecialist blijkt dan ook frequenter bij de Ondernemingskamer terecht te komen dan de ander. Daar waar de een, als zijn advies de ondernemingsraad of de ondernemer niet kan overtuigen, het vervolgens min of meer direct laat aankomen op een beslissing van de Ondernemingskamer, volgt de ander ook in een dergelijk geval (langer) de weg van het overleg. Naast de stijl van de advocaat lijkt ook de aard van de cliënten c.q. de aard van

de onderneming waarvoor men optreedt hierbij overigens een niet onbelangrijke rol te spelen. Opgemerkt wordt dat (voormalige) overheidsbedrijven (alook de gezondheidszorg) vlotter afstevenen op een procedure dan andere bedrijven.

‘Wij doen op dit kantoor heel veel op het terrein van het medezeggenschapsrecht. En van daaruit voorkom ik veel procedures bij de OK.’

‘Een enkele keer, bijvoorbeeld als het over het adviesrecht gaat en partijen hebben iedere keer discussie, is er wel of niet een adviesrecht, dan heeft men vaak de behoefte van, kom eens met een uitspraak, dan weten we ook naar de toekomst toe wat meer. Maar in de meeste gevallen geldt dat als je het inhoudelijke probleem opgelost hebt, er geen behoefte meer is aan een rechterlijk oordeel.’

‘Dan word je als advocaat soms één dag voor het verstrijken van de beroepstermijn opgebeld met de vraag of ze [de ondernemingsraad] nog beroep kunnen instellen. Dan stel je beroep in en ga je eventueel daarna kijken van wat er nog echt mogelijk is en in zit.’

‘Over dit soort zaken moet je met je klanten doorpraten. Goed, we hebben de termijn veiliggesteld, de procedure loopt, maar je kunt ook op andere manieren hetzelfde doel bereiken als dat de rechter er aan te pas moet komen.’

‘Ons advies aan de ondernemingsraad is dan ook altijd dat we met hen doorpraten, niet alleen van, je hebt een juridische kant en de rechter beslist en dan zeggen we als advocaten, zoeken jullie het verder maar uit, maar dat we ook met hen doorpraten over de vraag: als je wint, wat wil je dan bereiken?’

[Een advocaat die voornamelijk voor ondernemers optreedt:] *‘Een advocaat die voor de OR optreedt is in de regel schikkingsbereid. Aan de andere kant wisselt dat. Collega [X] steekt er juridischer in en vraagt vlotter een beslissing van de OK. Overigens heeft hij in de regel ook lastige cliënten. Ikzelf ga verder in de advisering, ben meer procesmanager. Mijn insteek is minder: is er een adviesplicht of niet, maar meer meesturen. Ik stap alleen naar de OK als er écht geen adviesplicht is. Als het dubieus is, probeer je er wat voor terug te krijgen.’*

‘Als er al beroep is ingesteld gebruik ik het instrument van de “extra mile”: een livevergadering met de ondernemer, ondernemingsraad en wederzijdse advocaten. Dan kunnen de argumenten nog eens toegelicht worden en kan worden gecheckt welke verhalen achter de verhalen zitten. Echt je best doen elkaar te begrijpen. Dit helpt vaak en leidt dan toch nog tot een schikking. (...) Geeft de OR ook het gevoel dat ze het maximale eruit hebben gehaald. Ze hebben dan toch een beetje hun “day in court” gehad, en kunnen daarna, ook ten opzichte van hun achterban, makkelijker de stap zetten tot schikken.’

Tevens wordt opgemerkt dat vanwege de relatief korte beroepstermijn van artikel 26 lid 2 WOR¹⁶⁷ regelmatig beroep wordt ingesteld terwijl partijen nog in overleg zijn en proberen het alsnog samen eens te worden. Het instellen van het beroep kan dit overleg een andere dimensie geven en bijdragen tot een minnelijke oplossing.

‘Door het instellen van beroep kom je toch weer in een ander stadium van het overleg terecht. Dat er van de andere kant gekeken moet worden van: willen we dit wel op een zitting laten aankomen?’

‘(...) Of dat op dat moment de bestuurder er pas een jurist bijhaalt en dan een advies krijgt over de succeschansen van zijn tot dan toe ingenomen stelling.’

‘Het kan dan ook zijn dat de bestuurder in het zicht van de openbaarheid van een zitting toch kijkt van, kunnen we er niet anders uitkomen?’

‘Kijk de OK is snel, maar dat dwingt ook partijen snel te zijn. Je weet dat als er een verzoekschrift ingediend is, je zes weken daarna zitting hebt. (...) En dat er geen appel mogelijk is. Met alle bezwaren die eraan kunnen zitten, de snelheid is wel de charme. Deze charme wordt heel erg gewaardeerd en die kun je ook heel goed gebruiken. Dit dwingt partijen tot helderheid te komen, tot boter bij de vis, zodat je niet het traject kunt laten voortkabbelen.’

Een advocaat met ruime ervaring met het medezeggenschapsrecht merkte op:

‘Ik zeg altijd: zeven van de tien zaken die op grond van de WOR aangebracht worden, worden ingetrokken voor de zitting.’

Een ander:

‘Als dat al niet van tevoren is gelukt, worden veel zaken vervolgens met hulp van de OK alsnog geschikt. Weinig WOR-zaken komen tot een beschikking. De beschikkingen in 26 WOR-zaken zijn vaak van die “klip en klaar”-achtige beschikkingen. Het gaat dan vaak eigenlijk ergens anders om. Om verstoorde verhoudingen die eens uitgeprocedeerd worden. In het algemeen zit de sleutel in de informatievoorziening.’

Een van de respondenten concludeert:

‘Qua procedurevoorziening is het een hele effectieve procedure, in de zin van de manier waarop hij afgehandeld wordt, maar misschien nog wel meer in de zin hoe hij door de praktijk wordt gebruikt.’

5.3.6 Alternative Dispute Resolution (ADR)

In het kader van de interviews met bedrijven en advocaten is de vraag gesteld of en in hoeverre andere vormen van geschiloplossing, zoals met name arbitrage en mediation, een alternatief vorm(d)en voor het soort geschil(len)

¹⁶⁷ Beroep moet worden ingesteld binnen een maand nadat de ondernemingsraad van het besluit waartegen hij wenst te ageren (en waartegen op grond van art. 26 lid 1 WOR beroep openstaat) in kennis is gesteld.

waarvoor men bij de Ondernemingskamer terecht was gekomen. Deze vormen van Alternative Dispute Resolution (ADR) bleken in elk geval niet te zijn overwogen bij de zaken waarvoor men bij de Ondernemingskamer terecht was gekomen en die de aanleiding vormden voor het interview. Meer in het algemeen werd door de respondenten aangegeven dat zij weinig of geen ervaring hadden met arbitrage en mediation in het soort zaken dat tot de competentie van de Ondernemingskamer behoort. Hierin werd in het algemeen voor dit soort zaken ook niet veel heil gezien.

‘Er zijn te veel situaties waar je niet van tevoren kunt zeggen: “Zullen wij eens even in arbitrage gaan, want wij hebben een geschil.” Er zijn te veel zaken waarbij de een zegt “nee” en de ander zegt “ja”, dus dan kom je wel bij een rechterlijk college uit.’

Regelmatig is opgemerkt dat dit anders was voor algemene handelsgeschillen; daar werd met name arbitrage wel als een alternatief voor de ‘gewone rechter’ gezien. Vergelijk tevens Den Boogert, die opmerkt: ‘Wat ik op het gebied van het ondernemingsrecht ook een interessant fenomeen vind, is arbitrage. Ik ben regelmatig advocaat in arbitragezaken geweest, maar ook – en de laatste jaren steeds vaker – arbiter. Ik heb de indruk dat er twintig jaar geleden relatief meer gearbitreerd werd dan nu. De oorzaak daarvan is dat de laatste jaren de reputatie van de

civiele rechter in ondernemingsgeschillen naar mijn gevoel verbeterd is. (...) In internationale kwesties bestaat er vaak een voorkeur voor arbitrage, omdat men zelf de arbiters kan uitkiezen en er geen beroepsmogelijkheid is. Ook speelt een rol dat buitenlandse, met name Angelsaksische, partijen moeite hebben met de wijze waarop Nederlandse rechters een civiele zaak behandelen. De Nederlandse rechter gaat op zoek naar de rechtsvraag na een betrekkelijk summierlijke feitenvaststelling; de Engelse en Amerikaanse rechters gaan op een andere manier te werk. Die sporen eerst de feiten op (...).’¹⁶⁸

Hoewel wat betreft de enquêteprocedure – in het bijzonder als deze daadwerkelijk uitmondt in een enquête – van diverse zijden is opgemerkt dat een dergelijk traject zich richt op het verleden (‘dure vorm van geschiedschrijving’), terwijl men eigenlijk een voorziening voor de toekomst beoogt, spreekt mediation, ondanks de meer toekomstgerichte benadering hiervan, de meeste respondenten toch niet daadwerkelijk aan als alternatief. Er bestaat onder de deelnemers aan de expertmeeting consensus over het oordeel dat mediation geen optie is bij beursvennootschappen (met onder andere als argument dat de belanghebbenden moeilijk of niet zijn in te kaderen). De meerderheid van de deelnemers aan de expertmeeting lijkt echter, evenals de meerderheid van de geïnterviewden, ook voor andere ondernemingen dan beursvennootschappen weinig heil te zien in mediation in het kader van een enquêteprocedure, hooguit bij kleine

¹⁶⁸ Timmerman 2008, p. 6.

ondernemingen, maar ook dan lijkt men niet-temin meer te voelen voor een poging tot schikking, wellicht onder begeleiding van de Ondernemingskamer, dan voor échte mediation.

[Zou mediation een alternatief kunnen vormen voor een enquêteprocedure?]

'Leent het soort geschillen zich daar nou voor? Heb ik mijn twijfels over. Het zijn vaak zo scherpe of financieel gedreven geschillen. Ik denk dat dat moeilijk zal zijn.'

'Ik ben terughoudend. Misschien bij sommige grote zaken, ook ter vermijding van publiciteit, maar vaak moeten er ook gewoon knopen doorgehakt worden.'

'Het [mediation] is vaak zo gecompliceerd, dat is één. Twee, je ontnemt jezelf natuurlijk de beroepsmogelijkheden. Drie, het creëert geen jurisprudentie. (...) Het is bij de gewone rechtspraak toch iets anders dan bij de OK natuurlijk.'

Tevens wordt opgemerkt dat de door de Ondernemingskamer aangestelde onderzoekers of bestuurders vaak al een mediërende rol vervullen (vergelijk met par. 5.2). Enkele anderen menen evenwel dat mediation in het kader van enquêtes wél een nuttige rol zou kunnen vervullen en meer aandacht zou verdienen omdat, zo wordt opgemerkt, het vaak toch gaat om problemen rond communicatie en andere belangen dan eigenlijk met

een enquête worden gediend.¹⁶⁹ Als respondenten mediation een alternatief vonden dat in beeld zou kunnen komen, was het argument ten faveure hiervan vooral het buiten de publiciteit houden van een geschil.

'Ik denk dat mediation een in Nederland te weinig bewandelde weg is. (...) Zeker wanneer er reputatierisico's spelen, en dan heb ik het over grotere bedrijven en publiciteit. (...) Ik denk dat met name waar in toenemende mate de publiciteit aan de haal gaat met een verhaal en met een, als ik het plat mag zeggen, norm- en waardebesef leeft waar je zegt dat de straat dreigt te gaan regeren. Dat dan eens een keer nagedacht wordt of dat soort geschillen in een sfeer kunnen worden opgelost die wat minder naar de buitenwereld gaat. Ja, en een rechtsgang is de buitenwereld.'

Andere respondenten, met name belangenbehartigers van aandeelhouders, zagen in de publiciteit verbonden aan een enquêteprocedure juist weer een instrument dat hen behulpzaam kon zijn.

In aansluiting op de overwegend terughoudende opstelling ten opzichte van mediation, zag men in dit verband ook geen faciliterende rol weggelegd voor de Ondernemingskamer, althans bestond hieraan geen behoefte. Wat betreft de rol van de Ondernemingskamer bij het bereiken van een minnelijke regeling tussen partijen herkennen de deelnemers aan de expertmeeting het geluid uit de interviews

¹⁶⁹ Vgl. over de aard van het conflict in het kader van enquêteprocedures Cools c.s. 2009, p. 74.

dat deze rol thans bij kleinere ondernemingen meer in het oog springt dan bij grotere. Diverse respondenten gaven aan ook bij grote ondernemingen een actievere opstelling van de Ondernemingskamer op prijs te stellen. Er zijn evenwel uiteenlopende geluiden te signaleren; de mogelijkheid tot schikking als dergelijke ondernemingen eenmaal in een enquêteprocedure zijn betrokken wordt ook wel betwist.

5.4 Opvattingen over specialisatie en concentratie

5.4.1 Inleiding

Over de Ondernemingskamer zijn in de juridische literatuur alsook in kranten en 'in de wandelgangen' verschillende geluiden te vernemen. Lovende én kritische. De Ondernemingskamer is wel bestempeld tot 'het vlaggenschip van het gerechtshof Amsterdam'.¹⁷⁰ 'De Ondernemingskamer toont nu al een aantal jaren een innovatieve, pragmatische en oplossingsgerichte instelling, met gevoel voor een eigen verantwoordelijkheid voor de uitkomst van het geding. Aldus handelt de Ondernemingskamer avant la lettre zoals een rechter volgens het Interim-rapport "Een nieuwe balans"¹⁷¹ handelen moet.'¹⁷² De Ondernemingskamer wordt in de literatuur geprezen voor zijn actieve en door-

tastende opstelling alsmede voor zijn snelheid en voortvarendheid.¹⁷³ Tegelijkertijd wordt met bezorgdheid gekeken naar de ontwikkeling van de Ondernemingskamer en worden er bezwaren geuit. Bezorgdheid, bijvoorbeeld over te verwachten capaciteitsproblemen van de Ondernemingskamer, mede gelet op zijn ruime taakopvatting.¹⁷⁴ Ten aanzien van dit laatste aspect – de ruime taakopvatting – zijn ook bezwaren geuit. Tevens zijn er in het kader van de enquêteprocedure kritische kanttekeningen geplaatst bij de processuele waarborgen of beter gezegd het ontbreken hiervan.¹⁷⁵ Daarnaast zijn kritische geluiden van andere orde te horen. Zo stelt Frentrop dat het niet verstandig is dat een bijzondere rechtbank als de Ondernemingskamer al elf jaar lang dezelfde voorzitter heeft. 'Er bestaat immers geen enkele reden om aan te nemen dat zonnekoning-gedrag beperkt blijft tot de top van het bedrijfsleven.'¹⁷⁶

Door middel van interviews met bedrijven en advocaten betrokken bij procedures ten overstaan van de Ondernemingskamer, leden van de Ondernemingskamer, door de Ondernemingskamer aangestelde onderzoekers en overige ter zake deskundige leden van de rechterlijke macht zijn deze standpunten getoetst, en zijn meer in het algemeen de bevindingen betreffende het functioneren van de Ondernemingskamer, in het bijzonder in

170 Voorlopig verslag van de Vaste Commissie voor Onderwijs, *Handelingen Eerste Kamer 2006-2007*, 30414 B, p. 4.

171 Asser, Groen & Vranken 2003.

172 Aldus De Mol van Otterloo 2005, p. 171.

173 Vgl. o.a. De Mol van Otterloo 2005, p. 171-172, met verdere verwijzingen.

174 Zie o.a. Josephus Jitta & Mok 2004, p. 10-11. Zie tevens het interview met voorzitter Willems, *Het Financieel Dagblad* 20 november 2007, p. 4, rubriek Economie & Politiek.

175 Uitgebreid hierover bijv. Josephus Jitta & Mok 2004.

176 Frentrop 2007, p. 7.

enquêtezaken, geïnventariseerd. Bij de interviews stonden de thema's zoals uiteengezet in het inleidende hoofdstuk van dit rapport centraal. Een en ander leidt tot de volgende bevindingen.

5.4.2 De wenselijkheid van een gespecialiseerde, geconcentreerde Ondernemingskamer

'Ik onderschrijf vooral dat de Ondernemingskamer met gespecialiseerde rechters een nuttig instituut is,' aldus Van Andel in een rondetafelgesprek over de 'enquête-industrie'.¹⁷⁷ Ook de respondenten van de in het kader van dit onderzoek gehouden interviews en de deelnemers aan de expertmeeting vinden een specialistische voorziening voor zowel de enquêteprocedure als de aan de Ondernemingskamer toebedeelde medezeggenschaps- en jaarrekeningsprocedures in het algemeen wenselijk.

[Vindt u dat een specialistische voorziening als de OK nodig is?]

'Ja, ik denk dat dat zeker nodig is. Ik denk, deze zaken zijn zo complex geworden (...) dat het heel erg lastig is als je dat als niet-gespecialiseerde rechter moet gaan doen.'

'Specialisatie heeft veel zin. Het kan betekenen dat er een sterke en deskundige staf zit. Dat is ook nodig, want de OK heeft vrij veel ruimte in het vormen van zijn oordeel.'

In relatie tot de aan de Ondernemingskamer opgedragen WOR-zaken is door advocaten opgemerkt:

'De aard van de zaken brengt dat [behandeling door een specialistische voorziening als de OK] op zichzelf niet mee. Dat zie je ook wel uit het enkele feit dat art. 27 instemmingszaken gewoon naar de kantonrechter gaan. En je zou je best een procedure kunnen voorstellen waarbij je zegt, nou concentreer alleen de hoger beroepen bij de Ondernemingskamer. (...) Maar dan mis je wel een belangrijk praktisch voordeel. Als er nu een verzoekschrift bij de Ondernemingskamer wordt ingediend, dat hebben ze natuurlijk gemeen met enquêtezaken waarin voorlopige voorzieningen worden gevraagd, dan kun je er ook op rekenen dat dat met grote voortvarendeheid wordt behandeld door deskundige rechters. En zou je dat aan de kantonrechter overlaten of voor mijn part aan de rechtbanken, tja...'

'(...) Nou ik denk dat als je maar zeg twintig, dertig zaken per jaar hebt, dat er dan een goede reden is om te zeggen, laat dat bij een gespecialiseerde rechter. Je moet, vind ik, die deskundigheid van rechters nooit overschatten, in die zin dat ze nou eenmaal altijd een vraag kunnen krijgen over een zaak waar niemand in Nederland iets van weet en die moet je dus ook beslissen. Dus ik bedoel, je kunt niet overal deskundig in zijn, maar ik denk wel dat als dit soort zaken allemaal naar de kanton-

177 Van Andel in *Verslag rondetafelgesprek 2006*, p. 19.

rechter zouden gaan, dan zou het wel eens heel uiteenlopend behandeld kunnen worden, en als dat dan pas in appel enigszins recht getrokken wordt (...). Dat zou dan wel een hele snelle behandeling in appel moeten zijn. Want Philips gaat van Terneuzen naar Polen, dat mag van de kantonrechter en vervolgens mag het niet van de Ondernemingskamer. Ja, dan zit de helft al in Polen. Omgekeerd is evengoed een probleem.'

'Ik denk dat de voorspelbaarheid toch wat groter is als je bij die ene Ondernemingskamer zit dan bij die 62, of hoeveel zijn het er, kantongerechten.'

Wat betreft de enquêteprocedure is, zoals reeds aan de orde kwam, van diverse zijden opgemerkt dat deze regelmatig (slechts) dient als 'kapstok' om voorlopige voorzieningen te verkrijgen waarover op zichzelf de 'gewone' voorzieningenrechter ook geadieerd zou kunnen worden.

'Laat ik het zo zeggen, er wordt mee gespeeld; dat moet je concluderen. Je komt niet bij de OK terecht zonder de enquêtevraag te stellen. Willems, want het heeft te maken met de persoon van de voorzitter, is natuurlijk intelligent genoeg om te zien a) dat er problemen zijn, b) de rechtsvraag op te lossen, c) dat hij dus niet altijd te maken heeft met de vraag of er sprake is van mogelijk wanbeleid.'

Niettemin wordt het toch wenselijk geacht hiervoor (ook) de route naar de Ondernemingskamer open te houden, in het bijzonder vanwege de snelle behandeling alsook het feit dat – volgens de deelnemers aan de expertmeeting – 'de Ondernemingskamer bereid is tot een meer inhoudelijk oordeel dan de gewone voorzieningenrechter'. Maar ook om andere redenen:

[Refererend aan de ruimhartige houding van de OK t.a.v. de ontvankelijkheid van voorlopige voorzieningen:] 'Want je ziet, doordat de OK deze rol op zich heeft genomen, gaat niemand meer naar de president in kort geding, want iedereen probeert het onder de noemer te brengen van het enquêterecht. Ook in alle fora, discussiefora, wordt altijd gezegd, we kunnen altijd nog naar de OK. Dat weet iedereen. En 90% wordt geloof ik ook toegewezen. Dat is natuurlijk een heel hoog aantal als je het vergelijkt met wat bij de president in kort geding wordt toegewezen, want daar wordt nog geen 30% volgens mij toegewezen. Dus je ziet al dat je als eiser bij de OK een veel gewilliger oor hebt dan bij de president in kort geding, waarbij nog komt dat die presidenten in kort geding, met alle eerbied, enkelen uitgezonderd, weinig verstand hebben van ondernemingsrecht.'

Tegen de achtergrond van de gesignaleerde druk op de doorlooptijd van de door de Ondernemingskamer behandelde zaken (waarover meer in par. 5.6), is tijdens de

expertmeeting geopperd om de competentie van de Ondernemingskamer eens kritisch onder de loep te nemen en te bezien of sommige soorten zaken niet door een andere instantie behandeld zouden kunnen worden. Voor alle soorten zaken die vervolgens de revue passeerden, werd een gespecialiseerde voorziening echter wél wenselijk gevonden. (Onder andere) in dit verband, is de optie van een tweede Ondernemingskamer aan de orde geweest.

De optie van een tweede Ondernemingskamer, wellicht in een ander arrondissement (bijvoorbeeld in het oosten van het land),¹⁷⁸ is ook geopperd in het kader van het door diverse geïnterviewden naar voren gebrachte bezwaar, dat thans OK-zaken afhankelijk zijn van een te klein kringetje personen, zowel aan de kant van de rechterlijke macht als aan de kant van de advocatuur. Wat betreft de rechterlijke macht wordt als nadeel hiervan onder andere genoemd de 'eigenwijsheid' die hieruit voortvloeit. De positieve keerzijde hiervan is evenwel de grote mate van voorspelbaarheid/rechtszekerheid.

Meer in het algemeen wordt in de interviews als aandachtspunt opgeworpen dat er een kleine kring aan vaste, voornamelijk Amsterdamse, advocaten is die OK-zaken behandelt en elkaar en de leden van de Ondernemingskamer goed kennen en elkaar ook buiten het hof regelmatig in informele setting ontmoeten. Van de kant van partijen is bijvoorbeeld wel opgemerkt hierdoor de indruk te hebben dat 'de kaarten bij voorbaat geschud zijn' en

'er onderling over zaken wordt gesproken ook met personen die dit niets aangaat'.

Vergelijk echter ook:

'Ik zie de incrowd van advocaten die dit soort zaken behandelen niet zozeer als een nadeel, meer als een voordeel. [X; advocaat van de onderneming] is ook een heel gerespecteerde advocaat. Als hij argumenten aanvoert, dan luistert de OK ook. Dat merk je gewoon. Ik merkte dat een advocaat als [Y] uiteindelijk minder geloofwaardig wordt als hij zich toch zo vaak bedient van niet-valide argumenten (...).'

Met name wordt bij herhaling aandacht gevraagd voor de rol van de voorzitter van de Ondernemingskamer in dit verband. Veelvuldig is opgemerkt dat de Ondernemingskamer te vereenzelvigen is/likt met zijn voorzitter. Door verschillende geïnterviewden zijn opmerkingen gemaakt over het feit dat de voorzitter van de Ondernemingskamer zich buiten de zitting weinig terughoudend opstelt. Daarbij gaat het volgens de respondenten bijvoorbeeld om de wijze waarop hij de Ondernemingskamer en het enquête-recht promoot, het feit dat hij zich in informele contacten, in de media en tijdens cursussen et cetera uitlaat over zaken die bij de Ondernemingskamer spelen of gespeeld hebben alsmede het innemen van een rechtspolitiek standpunt. Advocaten merken in dit verband op dat het in sommige gevallen moeilijk is cliënten te overtuigen van het feit dat door de

178 Vgl. ook Hammerstein 2008, p. 108: 'Misschien is de al eens eerder vanuit de balie gedane suggestie om een tweede Ondernemingskamer bij het Hof Arnhem te plaatsen, zo gek nog niet.'

voorzitter van de Ondernemingskamer publiekelijk geuite meningen geen invloed hebben op de onafhankelijkheid van het oordeel van de Ondernemingskamer; in gevallen waarin buitenlandse partijen bij een enquêteprocedure betrokken zijn, lijkt dit probleem zich in versterkte mate voor te doen.

Zoals reeds aangestipt, is ook van de kant van de bedrijven bij herhaling een opmerking gemaakt over de 'ons kent ons'-uitstraling die kennelijk uitgaat van de Ondernemingskamer en de kring van advocaten die als repeat player bij de Ondernemingskamer optreedt. Van deze kant is overigens ook de rol van de balie in dit verband benoemd. Zo is bijvoorbeeld opgemerkt dat de indruk bestond 'dat Willems de advocaat van de tegenpartij wel erg goed kende' of in elk geval de desbetreffende advocaat dit deed voorkomen, 'advocaten Willems wel erg graag pleasen' en zich daarom soms minder kritisch opstelden dan wenselijk werd gevonden.

Vanuit het bedrijfsleven wordt opgemerkt:

'Ik ga geen namen noemen, maar ik zit op een gegeven moment voor een volkomen ander issue bij een van de topadvocatenkantoren van Nederland. Zegt die advocaat tegen mij: "Goh, dat enquêterapport over X is ook verschenen vorige week, hé?" Ik zeg: "Ja Piet – ik zal hem maar even Piet noemen –, dat was volgens mij vorige week woensdag." Hij zegt: "Nee, dinsdag." Ik zeg: "Piet, wat weet je dat toch goed joh." Hij zegt: "Ja, het toeval wil dat ik op zakenreis mijnheer Willems sprak."

Toen kreeg ik vervolgens te horen wat mijnheer Willems van dat enquêterapport vond.'

Dezelfde respondent:

'Zegt die advocaat, toen ik hem aan de telefoon had: "Ik heb net Willems nog gesproken en de advocaat van de tegenpartij ook." Ik zeg: "Oh, alweer?" "Ja," zegt hij, "ik kan me voorstellen dat het op jou overkomt als een beetje een incestueus clubje, alles wat om die Ondernemingskamer heen zit." En zo ervaar ik dat ook.'

'Ga maar eens in de hal staan voor een zitting van de Ondernemingskamer. Moet je een halfuurtje van tevoren gaan, als Willems nog binnen moet komen in de hal. Dan staan al die mannen daar, van die verschillende advocatenkantoren, en die zich hebben opgegeven van ik ben wel beschikbaar als enquêteur of dit of dat. Die staan daar allemaal, werkelijk, je moet het maar eens bekijken. En dan komt Willems aan. Ze staan allemaal hun best te doen om een blik op te vangen en ze zijn helemaal vereerd als ze de hand geschud krijgen of als hij een babbeltje met hen wil maken.'

'Wat mij altijd buitengewoon stoort, je zit daar op zo'n zitting, de entourage van Willems. Daar wordt dan dus vurig geknikt en nog eens even "hallo" gezegd tegen die, die zich dan zeer vereerd voelt.'

Respondenten uit de advocatuur merken op:

'Ik geloof niet in een tweede OK, maar het feit dat er maar één OK is, die dus monopolist is, zou je moeten ondervangen door de mensen daar niet te lang te laten zitten, te rouleren, eventueel alleen de voorzitter. Maak die na enige tijd maar eens gewoon lid en een ander voorzitter. Willems zit er veel te lang. Ik sta kritisch tegenover een systeem dat dat mogelijk maakt. Niemand moet de kans krijgen een zonnekoningpositie op te bouwen.'

'Het slechte van het systeem is dat het afhankelijk is van in feite één rechter, of één college...'

'Ik vind dat een rechter afstandelijk moet zijn. Maar dit is zo'n incrowd geworden. Ik ben daar zelf ook onderdeel van, dat weet ik ook wel (...), maar het is niet wenselijk dat een rechterlijk orgaan daar deel van uitmaakt, van die incrowd. (...) Ik denk dat een voorzitter een zekere rol te vervullen heeft. En ik vind het heel goed dat hij de OK op de kaart zet en ook zichtbaar maakt. Maar je moet je realiseren dat je geen advocaat bent, net zoals een advocaat geen rechter is. En ik vind dat die grenzen wel eens vervagen. Dat is niet goed voor de rechtzoekende denk ik (...). Dat betekent niet dat je niet naar congressen mag, dat betekent niet dat je niet met elkaar mag omgaan, zakelijk, maar zo'n ontzettende incrowd, dat is toch misschien niet zo goed.'

(...) Iets meer afstand zou misschien niet zo slecht zijn.'

'Bij enquêtezaken is het beeld ontstaan dat het de rechtspraak van Willems is. (...) Een deel van de kwaliteit is dat je overal bent, dat je op congressen bent, dat je goed luistert. Maar misschien moet je als je rechtspreekt daar buiten wat minder spreken, hoe onnatuurlijk dat ook kan zijn. Ik denk dat dat helpt. Je krijgt het gezag niet vanwege je staat van dienst. Het is niet zo dat je in het dorp de dorpsoudste bent en dus de ene dag in de kroeg kan zitten en de andere dag het geschil kan oplossen omdat je die status hebt. Je bent gewoon aangesteld om die zaken te doen. Als je dan de ene dag in de kroeg zit en de andere dag met die mensen, over die mensen oordelen moet gaan vellen, of net mee hebt gedaan aan een debat, dan is dat denk ik lastig.'

Tegelijkertijd moet in dit verband worden aangetekend dat (door andere respondenten) veelvuldig lof is uitgesproken over de wijze waarop de voorzitter de Ondernemingskamer 'op de kaart heeft gezet' en heeft vormgegeven. Ook is – vanuit de advocatuur – benadrukt geenszins de indruk te hebben dat de Ondernemingskamer dan wel de voorzitter hiervan beïnvloedbaar is, maar juist waardering te hebben voor de onafhankelijke wijze waarop de Ondernemingskamer in hun ogen enquêtezaken behandelt en beslist.

'De OK is natuurlijk een uniek fenomeen en dat komt door Willems.'

'Ja, hij [Willems] is gewoon het gezicht van de Ondernemingskamer, ook op de zitting. Hij laat anderen zeker de ruimte, maar hij is wel duidelijk de voorzitter.'

'(...) Deskundig, dan krijgt hij niet voldoende eer hoor. Er zijn wel meer deskundige juristen in het Amsterdamse hof, maar hij is onver- schrokken. Dat vind ik dus het belangrijkste.'

'Er is natuurlijk rond Willems een afgrijselijke hoeveelheid mythevorming. Er staat in de krant nooit dat de Ondernemingskamer uit- spraak doet, maar dat meneer Willems uit- spraak doet. Dat meneer Willems dit en dat verbiedt. (...) Willems is een typisch ouder- wetse katholieke notabele, met zo'n beetje jezuïtische, of in elk geval een seminarie- achtergrond en met een hele corporatische manier van denken, waardoor hij in onder- nemingsraadzaken duidelijk boven het geschil werkgever-werknemer staat. Waarbij je ook niet kunt zeggen: hij is partijdig voor de één of voor de ander, maar zo iemand weet het gewoon beter.'

Een andere respondent merkt meer in het algemeen wat betreft de voorzitter van de Ondernemingskamer op:

'Ik denk dat je daar een zeer uitgesproken iemand zult moeten hebben en niet een

ingetogen, introverte studeerkamergeleerde. (...) In de eerste plaats om tegenwicht te bieden tegen gespecialiseerde advocaten, die natuurlijk in elke zaak veel en veel meer kennis hebben dan die figuren die aan de andere kant zitten. Er zijn zaken waarvan je kunt vermoeden dat er honderden uren door de advocaten aan zijn besteed, terwijl er mis- schien een tiental uren door de jongelui achter de tafel aan besteed wordt. (...) Dus laat daar een krachtige, niet-speelbal van gespecialiseerde advocaten een rol spelen.'

De deelnemers aan de expertmeeting – zoals vermeld voornamelijk afkomstig uit de Amsterdamse advocatuur en zogenoemde 'Zuidas-kantoren' – bleken het merendeel van de hiervoor vermelde kritische kanttekeningen niet te onderschrijven. Wat betreft de in de interviews gesignaleerde 'ons kent ons'-uit- straling van de Ondernemingskamer en de relatief kleine kring van voornamelijk Amster- damse advocaten die OK-zaken behandelen, werd allereerst opgemerkt dat de overheer- sende aanwezigheid van Amsterdamse advo- caten niet opgaat bij OK-zaken van kleinere ondernemingen, gevestigd elders in het land. Het onderhavige onderzoek richt zich evenwel op de grote ondernemingen en dat deze in het algemeen worden bediend door een relatief klein deel van de Amsterdamse balie dat elkaar goed kent en regelmatig zowel in als buiten rechte contact heeft met de leden en in het bijzonder de voorzitter van de Ondernemingskamer, wordt onderschreven.

Men ziet hierin echter geen bezwaar, maar signaleert daarentegen juist voordelen van de goede, ook informele contacten tussen advocaten onderling, maar ook met de Ondernemingskamer. Advocaten herkennen zich niet in het gememoreerde 'pleasen' van de Ondernemingskamer/zijn voorzitter en menen dat de bestaande contacten hun opstelling niet minder kritisch maakt. Zij zien met name geen bezwaar in het optreden van leden van de Ondernemingskamer op cursussen, symposia en dergelijke; integendeel, deelname aan het wetenschappelijk debat ook van die kant wordt als positief ervaren. Terughoudendheid en wellicht wat meer terughoudendheid dan dat volgens sommigen thans wel wordt betracht, wordt echter op zijn plaats geoordeeld daar waar het betreft zaken die nog onder de rechter zijn of zouden kunnen komen. In een tweede Ondernemingskamer zagen de deelnemers aan de expertmeeting geen heil, integendeel. Opgemerkt werd dat als er bijvoorbeeld een tweede Ondernemingskamer in het oosten van het land zou worden ingesteld het de vraag is hoe de competentie bepaald zou moeten worden. Als dit zou geschieden aan de hand van de statutaire vestiging van de onderneming, zullen alle grote ondernemingen in principe bij Amsterdam terecht (blijven) komen en de kleinere elders, aldus de aanwezigen. Er ontstaat dan een Ondernemingskamer 'light'. Voor zover partijen de rechtsmacht kunnen bepalen, zullen zij (mede daarom) ook voor Amsterdam (blijven) opteren, zo was de verwachting.

Het eveneens in de interviews geopperde argument vóór een tweede Ondernemingskamer (buiten Amsterdam), dat concentratie bij één instantie leidt tot 'eigenwijsheid' en dat het het gevaar in zich bergt van een 'kokervisie', vond evenmin weerklank. Gewezen werd op de mogelijkheid van uiteenlopende uitspraken in het geval van een tweede Ondernemingskamer en de onwenselijkheid daarvan. Met de opmerking 'er is ook maar één Hoge Raad en dat is ook geen probleem' werd deze kwestie als afgedaan beschouwd. Uitbreiding van de bezetting van de huidige Ondernemingskamer in Amsterdam had duidelijk de voorkeur (en werd ook wenselijk geacht).

5.4.3 Vereiste deskundigheid en aanwezigheid deskundigheid bij de Ondernemingskamer

Aan de Ondernemingskamer is een diversiteit aan zaken opgedragen en de vereiste deskundigheid verschilt al naargelang de aard van de zaak. Door de in het kader van dit onderzoek geraadpleegde gebruikers van de Ondernemingskamer worden wat betreft de vereiste *juridische* deskundigheid in het bijzonder genoemd: kennis van het vennootschapsrecht, het medezeggenschapsrecht, het jaarrekeningenrecht en het fiscaal recht. Daarnaast worden met name genoemd: financieel en economisch inzicht, bekendheid (van binnenuit) met het bedrijfsleven c.q. met het ondernemingsbestuur.

In het algemeen oordelen de respondenten dat de door hen relevant geachte deskundigheid bij de Ondernemingskamer aanwezig is. Wat betreft de vereiste deskundigheid buiten het juridische veld wordt in het bijzonder gewezen op de rol van de raden.

Een van de respondenten uit het bedrijfsleven merkt op te betwijfelen of er voldoende kennis aanwezig is van het functioneren van de internationale kapitaalmarkt (hetgeen hij onontbeerlijk acht). Tevens wordt een enkele keer opgemerkt dat de ervaring met 'ondernemen' weliswaar wordt ingebracht door de raden, maar dit gelet op de leeftijd van de raden soms ervaring van geruime tijd geleden is, terwijl de praktijk zich snel ontwikkelt.

'De gemiddelde rechter kan geen jaarrekening lezen, kan geen balans lezen, die weet nog net dat baten gelijk zijn aan lasten en daar houdt het ongeveer mee op. Bij de OK zit dat heel anders. Daar zitten die raden die een economische achtergrond hebben, veel verstand van jaarrekeningenrecht hebben,' aldus een advocaat met ruime ervaring bij de Ondernemingskamer op diverse terreinen.

'De deskundigheid van de Ondernemingskamer is boven alle twijfel verheven,' aldus een respondent uit het bedrijfsleven naar aanleiding van een jaarrekeningsprocedure.

'Als je naar de procedures kijkt over de laatste jaren, dan blijkt dat bij de rechtbanken en hoven over het algemeen niet goed te lopen.

Te weinig kennis van het vennootschapsrecht (...)'. [Naar aanleiding van de behandeling van een vennootschapsrechtelijke zaak door een rechtbank:] *'Daar zie je dan dus duidelijk dat een vennootschapsrechtelijk georiënteerde zaak wordt beoordeeld met boek 6 in de hand en dus leidt, voor beleggers, tot een conclusie waarvan je zeker weet, als de OK hem had moeten beoordelen was die zaak anders gelopen,'* aldus een advocaat.

'(...) Als we meteen naar de OK gaan, is deskundigheid het belangrijkste onderdeel. Als je naar de procedures kijkt over de laatste jaren, dan blijkt dat bij de rechtbank en de hoven over het algemeen niet voldoende. Te weinig kennis van het vennootschapsrecht, zijn niet bereid in grote conflicten snel en makkelijk in te grijpen (...) en ook is daar het bezwaar dat het te lang duurt,' aldus een belangenbehartiger.

5.4.4 Nadere kanttekening

Door enkele respondenten werd in het kader van de positie van de Ondernemingskamer als specialistische rechterlijke instantie een kritische kanttekening geplaatst bij de manier waarop de Ondernemingskamer zich heeft ontwikkeld. Enerzijds werd opgemerkt dat er ondertussen op heel veel, zeer uiteenlopende terreinen (exclusieve) bevoegdheden aan de Ondernemingskamer zijn toebedeeld en werd de vraag opgeworpen of de Ondernemingskamer op al deze uiteenlopende terreinen wel

specialist was.¹⁷⁹ Anderzijds werd opgemerkt dat de functies die de Ondernemingskamer in het kader van het enquêterecht vervult zeer uiteenlopend zijn, in welk verband de vraag werd opgeworpen of deze functies wel onderling verenigbaar zijn.

'Het [de OK] is een mooi instituut, het heeft zich ook heel mooi ontwikkeld. (...) Maar je ziet wel dat het een instituut is dat heel veel functies in zich verenigt en je kunt je afvragen of dat in alle opzichten gelukkig is. En daarbij doel ik op drie dingen: 1. het geven van voorlopige voorzieningen, dus heel snel ingrijpen in processen (...), 2. het ten gronde (...) beoordelen van het handelen van bestuurders en commissarissen en 3. het in het kader van die beoordeling voorzien in een onderzoeksprocedure. (...) Het voordeel van één specialistische rechter in heel Nederland is dat je alle kennis op dit punt samen zet. Dat is een goed punt. Maar ik vind het niet zo goed dat één instantie in feite alles op dit terrein beslist (de cassatie even buiten beschouwing gelaten).'

5.5 Opvattingen over de kwaliteit van de Ondernemingskamer

5.5.1 Wat is kwalitatief goede rechtspraak?

Gevraagd naar criteria die belangrijk geoordeeld worden om (ten aanzien van de aan de Ondernemingskamer opgedragen zaken) te kunnen spreken van kwalitatief goede rechtspraak, worden door de respondenten in

eerste instantie vooral de juridisch-inhoudelijke kwaliteit en vervolgens de doorlooptijd genoemd. Eveneens wordt veel waarde gehecht aan de onpartijdigheid van de rechter, maar rechterlijke onpartijdigheid wordt kennelijk als zo vanzelfsprekend ervaren dat dit criterium veelal niet spontaan werd genoemd. Daar waar evenwel is gevraagd een rangorde aan te brengen tussen de elementen bejegening, onpartijdigheid, juridisch-inhoudelijke kwaliteit en doorlooptijd,¹⁸⁰ werd onpartijdigheid als regel als het meest belangrijke gerangschikt ('maar dat spreekt voor zich'). Op de tweede plaats stond dan in het algemeen de juridisch-inhoudelijke kwaliteit. Wat betreft het belang van de bejegening van de procespartijen ter zitting valt op dat de respondenten hierover uiteenlopend oordelen. Enkelen hebben aangegeven de bejegening als het op één na belangrijkste element voor de kwaliteit van de rechtspraak te zien, anderen daarentegen hebben de bejegening als het minst belangrijk gerangschikt. Bij de meesten stond de doorlooptijd op de derde plaats en de bejegening op de vierde plaats dan wel andersom.

5.5.2 Voldoet de Ondernemingskamer aan de kwaliteitseisen?

Over het geheel genomen toonden de meeste respondenten zich (zeer) positief over het functioneren van de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer wordt als een, zowel vanuit nationale als internationale optiek,

¹⁷⁹ Overigens blijkt uit de jaarverslagen van de Ondernemingskamer alsmede uit ARO dat zich op sommige terreinen weinig of geen zaken voordoen.

¹⁸⁰ Immers de vier door de Raad voor de rechtspraak onderscheiden dimensies van kwaliteit; zie paragraaf 1.3.4.

unieke voorziening gezien, die goed voldoet aan hetgeen men van een specialistische voorziening verwacht.

Juridisch-inhoudelijke kwaliteit

Wat betreft de juridisch-inhoudelijke kwaliteit wordt de Ondernemingskamer vrijwel unaniem door de respondenten als goed tot zeer goed beoordeeld. De Ondernemingskamer geeft volgens vrijwel alle respondenten duidelijk blijk van een goede kennis van zaken. Voor zover er in dit verband kritische opmerkingen worden gemaakt, betreffen deze vrijwel steeds het feitenonderzoek in de enquêteprocedure (waarover meer in par. 5.6.3).

[De kwaliteit van de 'rechters' van de OK?]

'Die is, denk ik, heel goed. Dat is, denk ik, waar ze zich echt onderscheiden van andere rechters. Niet dat de kwaliteit van rechtspraak in het algemeen te slecht is, dat geloof ik helemaal niet, maar men weet... Kijk, wat je eigenlijk wilt is een levendig debat tussen de raadslieden en de rechters. (...) En dat is gewoon volkomen mogelijk. (...) Ik geloof zo langzamerhand dat iedereen op elkaars stoel zou kunnen zitten, dat de advocaten zo ervaren zijn dat ze de zaken zouden kunnen beslissen en ik denk dat de rechter zo ervaren is dat die hem zou kunnen bepleiten.'

'Dit model is zeer goed. Ik geloof dat de OK voor mij heeft laten zien dat dit echt het model is, vanwege het commitment, de snelheid, juridische kwaliteit.'

'Een goede rechter kent de stukken en de Ondernemingskamer kent de stukken. Bij de lagere rechtspraak komt het nogal eens voor dat je de indruk krijgt dat de gedachte was, we bereiden die comparitie de avond tevoren voor, maar er is zoiets leuks op de televisie, dus dat is even bladeren geworden. Dat heb je bij de Ondernemingskamer nooit.'

Enkele respondenten uit het bedrijfsleven merkten op dat weliswaar de juridische deskundigheid goed is, maar er soms wat te weinig begrip aanwezig is voor de praktijk:

'Ik heb het idee dat er een niet helemaal realistisch beeld is van hoe een onderneming intern functioneert, hoe die werkt. En hoe de machtsverhouding op de kapitaalmarkt is. Kijk, dat is een buitengewoon harde markt, waar het alleen maar gaat om geld. En daar is ook niks op tegen, maar dat moet je wel voortdurend meewegen bij het nemen van beslissingen.'

[In relatie tot het al of niet gedaan zijn van een toezegging door de voorzitter van de Raad van Bestuur jegens de aandeelhoudersvergadering:] *'Zo'n vergadering kan acht uur duren. In die vergadering komt van alles aan bod. Zo'n voorzitter probeert die vergadering te leiden en is niet alleen bezig met een inhoudelijk debat, maar ook met die vergadering leiden. Hij moet ervoor zorgen dat de sfeer enigszins acceptabel blijft en bij hevige geschillen kan dat... dat is niet heel gezellig, om het maar zo*

te zeggen. Dan kan het dat zo'n voorzitter op een bepaald moment zegt: "Nou, daar zullen we dan wel weer met u over spreken." Is dat een toezegging? Ik vind het gevaarlijk om losgetrokken van de context zo'n vraag te gaan beantwoorden. (...) De OK kijkt alleen wat daar is gezegd. Als ergens op pagina 18 regel 12 van de notulen van 50 pagina's dat staat ... klaar.'

Meer in het algemeen is door respondenten uit diverse gelederen regelmatig opgemerkt dat het van belang is – zeker bij één feitelijke instantie als de Ondernemingskamer – dat er feeling is met 'het veld', 'de onderneming' en met name de economische en financiële aspecten die er in dit verband kunnen spelen. Wat betreft de inzet van de raden is in dit kader opgemerkt:

'Dit [de participatie van raden] is een zeer goede zaak. Het is onmogelijk voor een rechter om echt thuis te zijn in de finesses van alle ondernemingsferen en de raden dragen heel veel bij aan een kundige afhandeling en goede uitspraken. Op deze wijze poogt de OK aan te sluiten bij de praktijk en het maatschappelijk belang; dat is mijns inziens een zeer goede zaak,' aldus een bedrijfsjurist.

Maar ook:

'Als je één feitelijke instantie hebt, dat je dan een rechtscollege hebt met vijf mensen, dat vind ik goed. Dat is een waarborg dat er in

ieder geval ook discussie binnen de raadkamer kan zijn. Of dat vijf rechters kunnen zijn of twee raden daarbij...'

'De pragmatische kant is dat zij voor een zittingsdag twee raden erbij halen. Of het nu een jaarrekeningenzaak is of een WOR-zaak of een enquêtezaak, men zal wel gekeken hebben naar de belangrijkste zaak die op de agenda staat en welke raden zullen we daar bij nemen, maar die doen die andere zaken dan ook. Dus het is niet zo dat ze per zaak wisselen. Ze zijn per zittingsdag aanwezig. Dus in die zin is het ook niet zo dat de deskundigheid één op één aan de zaak gekoppeld wordt, dat daarop geselecteerd wordt. (...) En dat maakt de toegevoegde waarde dan weer iets minder,' aldus een advocaat.

In de interviews is de gedachte geopperd de inzet van raden bij medezeggenschapszaken (WOR-zaken) te heroverwegen, omdat het in het algemeen om min of meer 'juridisch-technische' aangelegenheden zou gaan (is een besluit adviesplichtig of niet?). Deze gedachte vond bij de andere respondenten geen weerklank. De benadering van dergelijke zaken als meer juridisch-technische aangelegenheden werd te eng gevonden. (Ook) hierbij spelen aspecten van ondernemingsbeleid en is daarom de inzet van raden nuttig, als deze althans ondernemingservaring hebben, zo werd opgemerkt. Wel werd hierbij aangetekend dat bij raden met een dergelijke ervaring regelmatig sprake is van een conflict of

interest en het daarom niet altijd lijkt te lukken dergelijke raden in te zetten.

‘Het zou een verarming zijn om geen raden in te zetten, ook bij WOR-zaken.’

‘Ook bij medezeggenschapszaken is de inhoudelijke inbreng van accountants etc. van belang. Wellicht minder bij het oordeel over de vraag óf er een adviesrecht voor de OR is, maar wel bij de inhoudelijke toets van een besluit.’

Tevens werd wat betreft de participatie van raden door respondenten regelmatig opgemerkt dat hun inbreng weinig zichtbaar is. Een actievare opstelling van de raden ter zitting werd door verschillende respondenten als verbeterpunt genoemd.

‘Wat je waarneemt als consument van de OK is wat ze aan vragen stellen tijdens de zitting. (...) En wat dat betreft zie ik raden zitten die ik nog nooit een vraag heb horen stellen en ik zie ook raden die heel actief zijn.’

‘(...) Wanneer er bedrijfseconomische, dus jaarstukken, of financiële aspecten zijn, dan zitten er vaak ook accountants of uit de financiële sector toegevoegde raden. Die vind ik het meest actief. (...) Het is dus, vind ik, erg raad-afhankelijk wat zijn zichtbare inbreng is. Daarmee weet je niet wat zijn onzichtbare inbreng is.’

‘De invloed van raden is niet altijd zichtbaar. Ze zitten er op de zitting vaak bij als sfinxen en alleen Willems doet het woord. Het zou verstandig zijn als ook de raden wat zichtbaarder zouden zijn. Het zou ook wat menselijker overkomen, als ze ook eens een vraag zouden stellen.’

Van de zijde van de Ondernemingskamer is in reactie hierop opgemerkt dat de raden een belangrijke rol vervullen en de Ondernemingskamer hieraan veel van zijn kracht ontleent, ook al is hun inbreng niet altijd zichtbaar. Tevens werd opgemerkt dat ook in het geval de voorzitter de vragen stelt deze vragen regelmatig zijn ingegeven door andere leden van de kamer, waaronder de raden. Een raad merkt op (in aansluiting op een opmerking over de vereenzelviging van de Ondernemingskamer met zijn voorzitter door de buitenwereld):

‘Daarentegen is het proces in de rechtszaal en in de raadkamer er beslist een van een college, niet van een aanvoerder met een paar assistenten. Dat is zeker niet het geval.’

In het kader van de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de Ondernemingskamer is in het bijzonder ook de motivering van de beslissing door respondenten als een belangrijk aspect van kwaliteit genoemd. Over de motivering van de beschikkingen van de Ondernemingskamer zijn de respondenten in het algemeen tevreden.

'[Belangrijk is] dat een rechter inzichtelijk maakt op welke feiten hij zijn oordeel baseert, dat hij inzichtelijk maakt in zijn motivering van de gronden wat de hoofdredeneringen zijn, waarom hij tot een bepaalde uitspraak komt (...). [Hoe beoordeelt u de uitspraken van de OK op dit punt?] In het algemeen, de motivering, daar wordt werk van gemaakt. En in de meeste gevallen kun je de gedachtegang goed volgen.'

'Nou ja, die kwaliteit is oké, die is zonder meer goed, denk ik. Het is gebalanceerd. Je bent het er niet altijd mee eens, maar je kunt het in ieder geval volgen. Ik denk dat dat heel belangrijk is bij de motivering van vonnissen, dat je de gedachtegang kunt volgen. Want iedere zaak kan gewoon een kant uitvallen, daar ben ik van overtuigd. Het is altijd een afweging van belangen en op een gegeven moment valt het kwartje die kant op.'

Wat betreft de motivering van beschikkingen in het kader van de enquêteprocedure worden door zowel respondenten uit het bedrijfsleven als de advocatuur niettemin enkele kanttekeningen geplaatst.

De motivering bij toewijzing van een enquêteverzoek zou duidelijker mogen. Regelmatig wordt de manier waarop de Ondernemingskamer na opsomming van de feiten tot de conclusie komt dat er voldoende grond is om een enquête te gelasten onvoldoende inzichtelijk geoordeeld en diverse respondenten menen dat daarbij ook weinig blijkt van het

meewegen van de belangen van de vennootschap.¹⁸¹ Aan de andere kant merken respondenten op dat de Ondernemingskamer in dit verband soms reeds te zeer een oordeel over het bestaan van wanbeleid laat blijken en derhalve vooruitloopt op de uitkomsten van het onderzoek en dit onderzoek aldus te veel sturing geeft.

Tevens worden kritische kanttekeningen geplaatst bij het automatisme waarmee de Ondernemingskamer in de beleving van advocaten en respondenten uit het bedrijfsleven het oordeel van de onderzoekers volgt bij zijn beslissing over de aanwezigheid van wanbeleid (zie ook par. 5.6.3).

Over de motivering in het kader van onmiddellijke voorzieningen is men in het algemeen tevreden.

Doorlooptijd

Enerzijds wordt de Ondernemingskamer geprezen vanwege de vlotte afwikkeling van zaken, maar anderzijds wordt opgemerkt dat de doorlooptijd onder druk staat en in de beleving van de respondenten oploopt (zie hierover meer in par. 5.6.1). In de interviews wordt diverse malen opgemerkt dat het soms weliswaar niet zo bezwaarlijk is dat de afwikkeling van een zaak wat langer duurt, maar het probleem zit in de onvoorspelbaarheid van de duur. Een opmerking in deze trant wordt ook van diverse zijden gemaakt ter gelegenheid van de expertmeeting: voor zover een vlotte(re) afwikkeling niet mogelijk is, is het in elk geval wenselijk dat de Ondernemings-

181 Een respondent uit het bedrijfsleven oordeelde op dit laatste punt overigens anders en merkte op dat de Ondernemingskamer er wel blijk van gaf oog te hebben voor de ingrijpende gevolgen die een enquête voor het bedrijf had.

kamer meer inzicht verstrekt in het moment waarop een beschikking is te verwachten en zich hieraan ook houdt, zo werd opgemerkt.

‘Wat ik zelf heel positief vind aan de OK is dat ze gewoon echt snel werken. En dat is zo’n contrast met de rest van het hof Amsterdam, waar ik echt hele slechte ervaring mee heb.’

‘Ik vind nog wel eens dat die enquêtes lang duren. Ja, ik geloof dat Willems echt wel een enorm hoog tempo nastreeft, maar het risico dat je gepensioneerde mensen benoemt die toch vaak hele drukke agenda’s hebben, drukker dan... Wat me opvalt, is dat voordat die mensen dan een keer plenair bij elkaar kunnen komen, je al weer weken verder bent. Dat hebben wij hier ook gezien. Ik zou denken bij zo’n zaak dat je dan de volgende ochtend die enquêteurs op de stoep hebt staan, maar dat heeft nog drie weken geduurd voordat ze een keer met z’n drieën tijd hadden om hier te komen. Dat is natuurlijk gewoon drie weken verloren tijd.’

‘Willems zegt altijd: “Als er brand uitbreekt, kunt u ons gelijk bellen, maar u moet wel aan-nemelijk maken dat er brand is.” Ik heb wel het gevoel dat hij goed benaderbaar is als je zou menen dat een zaak te lang blijft liggen.’

‘Het duurt soms wel wat lang, althans de voorspelbaarheid van de doorlooptijd van zaken is onduidelijk. Ik denk dat dat vooral mijn kritiek is.’

‘Waar mijn bezwaar ligt, is dat de organisatie niet in staat is ook maar enige indicatie te geven wanneer de beschikking komt en dat blijkbaar het recht van de sterkste bepaalt wanneer je een beschikking krijgt.’

Specifiek over de behandeling van WOR-zaken werd opgemerkt:

‘Als je een verzoekschrift indient, kun je ervan uitgaan dat je zes weken later een zitting hebt en zes weken later komt er een uitspraak, maar dat laatste varieert nog wel eens. De laatste tijd kan het ook nog wel eens twee of drie maanden worden.’¹⁸²

‘Het tempo is erg belangrijk bij 25/26 WOR. Het ligt nu hoog, maar dat moet wel zo blijven. Ik heb daar wel enige zorg over.’

Eveneens wordt veel waarde gehecht aan de onpartijdigheid van een rechterlijk college, maar dit kwaliteitsaspect wordt bij de Ondernemingskamer zonder meer aanwezig geacht. Ook degenen die een kritische opmerking plaatsten over de ‘ons kent ons’-sfeer, trekken uiteindelijk de onpartijdigheid van de Ondernemingskamer in de regel niet in twijfel.

‘Die onpartijdigheid, dat lijkt me goed. Het enige wat ik het risico van de OK vind, is dat ze toch wel heel erg sterk aan één rechter, aan één persoon opgehangen is. Daar waar men altijd vindt dat de toga de rechter moet afschermen, is het natuurlijk gewoon een feit

¹⁸² Hierbij dient te worden aangetekend dat partijen de OK ook kunnen verzoeken een wat langere termijn aan te houden i.v.m. onderling schikkingsoverleg. Zie ook paragraaf 5.3.5.

dat Willems in feite de bekendste rechter in Nederland is, (...) maar ik vind dat wel een risico, want nou ja, daar krijg je dus ook gelijk discussie over. Overal waar hij verschijnt, wordt toch geïnsinueerd dat dat "old boys network" enzovoort is.'

*[Acht u de Ondernemingskamer onpartijdig?]
'Absoluut. Willems komt ook naar congressen, drinkt biertjes met mensen, maar zodra die toga aan gaat, is iedereen gelijk en is hij de baas.'*

'Willems is een van de rechters die heel veel lezingen houdt. Of hij door een advocatenkantoor gevraagd wordt of door de vereniging voor arbeidsrecht of wie ook, hij is voor iedereen toegankelijk om uit te leggen wat de OK doet. Dan loop je al snel het risico dat je onpartijdigheid als rechter ter discussie wordt gesteld, want je gaat een verhaal houden bij een advocatenkantoor. Je kunt echter heel veel van hem zeggen, maar enige partijdigheid dat zou het laatste zijn waarvan je hem zou kunnen betichten. Hij is echt een onafhankelijke geest binnen het geheel. Maar je ziet daar dus ook, als je een grijze muis wordt – dan communiceer ik maar niet en niemand kent me – dan ineens ben je onpartijdig. Terwijl je ook allerlei ideeën en opvattingen hebt als rechter die je dan alleen binnenskamers uit. Hij is een rechter die open het debat ingaat en daardoor kwetsbaar is, en dat is ook wel heel bijzonder daaraan. En ik waardeer dat wel aan hem.'

Een ander geluid:

'Je spreekt uiteindelijk over vijf lui. En hij [Willems] wordt altijd maar genoemd. Ik denk wel dat hij veel invloed heeft hoor. (...) Enquêtes, daar heeft hij dus een grote invloed. Maar bij jaarrekeningen bijvoorbeeld is hij alleen maar de voorzitter die het woord verdeelt.'

Ten aanzien van de raden merkt een van de respondenten op:

'Ik wil daar eigenlijk een verbod van mensen die bij de grote vier [accountantskantoren] werken, heel simpel. Daar gooi je wel een stukje knowhow mee weg, maar daar kweek je echt veel onafhankelijkheid mee.'

Bejegening

De antwoorden op de vraag hoe de Ondernemingskamer scoort op 'bejegening' lopen nogal uiteen, namelijk van 'zeer goed' en 'goed', tot ook enkele malen 'matig' en een enkele keer 'slecht'. Overigens is er geen correlatie aan te wijzen tussen het belang dat men aan het element bejegening toekent en de waardering van de bejegening door de Ondernemingskamer (in die zin dat bijvoorbeeld degenen die dit element als zeer belangrijk hebben aangeduid hierover kritischer zijn en ook degenen zijn die de bejegening als matig hebben aangeduid).

'De bejegening, volgens mij doet hij [gedoeld] wordt op Willems, na een inleidende opmer-

king dat hij de personificatie van de Ondernemingskamer is] dat prima. Ik krijg in ieder geval die indruk (...) en dat hij ook wel luistert naar mensen.'

Vergelijk echter ook:

'Hier en daar wel een onplezierige bejegening zonder dat daar een aanleiding voor is aan te wijzen.'

'De OK kan heel erg doorvragen. Qua bejegening gaat het wel op een fatsoenlijke manier, maar het kan wel heel fel zijn. Ze laten zich niet met een kluitje in het riet sturen. Je wordt niet altijd met nette handschoentjes behandeld. Je merkt aan de mensen die bij je zitten, je cliënten, dat ze daar wel eens vreemd tegenaan kijken. Als professional vind je het alleen maar prettig, want dan krijg je de kans in het debat nog iets van toegevoegde waarde te hebben. Je weet dan wat essentieel is voor de rechters en dan kun je proberen of je in de uitoefening van je vak je geld waar kunt maken. Maar het kan soms voor betrokkenen anders zijn.'

'Altijd ruim voldoende spreektijd, althans voor de advocaten. (...) Het wordt altijd wel gevraagd aan het eind [of de cliënt nog iets mag zeggen]. Er is altijd wel ruimte, maar een klein woordje, pakweg twee zinnen.'

'Ik krijg vervolgens gewoon het woord niet. Mijn advocaat doet drie keer een poging, laat

ik zeggen om mij ook wat commentaar te laten leveren, maar je krijgt gewoon het woord niet (...).'

5.6 Knelpunten en suggesties voor verbetering

Het feit dat de respondenten over het geheel genomen goed tot zeer goed zijn te spreken over het functioneren van de Ondernemingskamer, neemt niet weg dat er ook punten van verbetering of althans aandachtspunten naar voren zijn gebracht.

5.6.1 Doorlooptijd

Zoals vermeld, wordt een korte doorlooptijd van groot belang geacht. Hierbij worden evenwel kritische kanttekeningen geplaatst, zowel ten aanzien van enquêtezaken als ten aanzien van andere zaken. In de beleving van de respondenten worden daadwerkelijk spoedeisende zaken, zeker als een advocaat daarom verzoekt, spoedig afgewikkeld. Ook publiciteitsgevoelige zaken worden met voortvarendheid behandeld.

'Grote zaken worden snel behandeld. Daar is veel media-aandacht. Maar op het moment dat de media-aandacht wat weg is, zakt ook het tempo van behandeling, is mijn ervaring.'

Bij kleinere en/of minder publiciteitsgevoelige zaken is de doorlooptijd naar het oordeel van de respondenten regelmatig te lang, terwijl

het vaak om relatief eenvoudige zaken gaat. Dit roept volgens advocaten vragen op van cliënten, in het bijzonder van buitenlandse cliënten. Wat betreft de enquêteprocedure wordt opgemerkt dat, wanneer geen onmiddellijke voorzieningen worden gevraagd, men regelmatig weliswaar binnen redelijke termijn een datum voor de behandeling krijgt (bijvoorbeeld op een termijn van twee à drie maanden), maar vervolgens de beslissing lang (genoemd wordt meer dan zes maanden) op zich laat wachten. Diverse deelnemers aan de expertmeeting hebben kennisgenomen van het onderzoek van Cools c.s. (2009), dat deze bevindingen niet staft. Opgemerkt wordt evenwel dat daarin gegevens tot en met 2007 zijn opgenomen,¹⁸³ terwijl de indruk bestaat dat de doorlooptijd juist recenter is toegenomen. Tevens wordt opgemerkt dat de vlotte behandeling van (publiciteitsgevoelige) enquêtezaken ten koste dreigt te gaan/gaat van andere zaken, waaronder in het bijzonder medezeggenschapszaken en jaarrekeningsprocedures, en bij deze zaken de wettelijke eis van behandeling 'met de meeste spoed' soms in gevaar dreigt te komen. Wat betreft medezeggenschapszaken is in dit verband in de interviews nog opgemerkt dat met name de behandeling van voorlopige voorzieningen regelmatig (te) lang op zich laat wachten. De toegenomen druk op de Ondernemingskamer en in de lijn daarvan de langere doorlooptijden schrijven veel respondenten toe aan het feit dat de Ondernemingskamer de laatste jaren de deur ruim heeft opengezet en

zich al vlot bevoegd acht en geen strenge eisen stelt aan het enquêteverzoek, maar dit ook in behandeling neemt als eigenlijk wel duidelijk is dat dit verzoek slechts dient als 'kapstok' om onmiddellijke voorzieningen te kunnen verzoeken c.q. daarvoor bij de Ondernemingskamer terecht te kunnen, waardoor, zoals vermeld, deze route de laatste jaren bij advocaten zeer populair is geworden. Aldus heeft de Ondernemingskamer evenwel in zekere zin 'zijn eigen werkdruk gecreëerd', zoals door respondenten werd opgemerkt. Vergelijk ook:

'Ik heb dus de indruk dat de OK heel veel bereikt heeft, maar ook heel vaak heeft ingegrepen, terwijl je je afvraagt, is het nou de taak van de rechter om zo actief in een proces in te grijpen? (...) Om het een beetje scherp te zeggen: de OK is een deel van het probleem. Deels lossen ze problemen op die ze zelf gecreëerd hebben.'

Als mogelijke oplossing is (ook) in dit verband door diverse geïnterviewden de mogelijkheid van een tweede Ondernemingskamer genoemd. Zoals vermeld, zagen de deelnemers aan de expertmeeting hierin evenwel geen oplossing. Ter gelegenheid hiervan zijn er diverse andere suggesties besproken om de doorlooptijden te verbeteren. Geopperd is onder andere:

- secretarissen meer beschikkingen te laten concipiëren, met name in relatief eenvoudige zaken (genoemd worden bijvoorbeeld uitkoopprocedures);

183 Cools c.s. 2009, p. 7.

- de competentie van de Ondernemingskamer eens kritisch onder de loep te nemen. Zouden sommige soorten zaken niet door een andere instantie behandeld kunnen worden? Voor alle soorten zaken die vervolgens de revue passeren, wordt een gespecialiseerde voorziening echter wél wenselijk gevonden, zodat hierin geen daadwerkelijke oplossing lijkt te zijn gelegen.

Diverse alternatieven afwegende, werd uitbreiding van de capaciteit van de huidige Ondernemingskamer het meest wenselijk gevonden. Tevens werd van verschillende zijden – zowel ter gelegenheid van de interviews als de expertmeeting – opgemerkt dat de Ondernemingskamer mogelijk eens kritisch zou kunnen kijken naar de interne organisatie om een vlottere afwikkeling van zaken te bewerkstelligen. Hieraan werd toegevoegd dat, voor zover een vlottere afwikkeling niet mogelijk is, het in elk geval wenselijk is dat de Ondernemingskamer meer inzicht verstrekt in het moment waarop een beschikking is te verwachten (en zich hieraan ook houdt) – zoals hiervoor reeds aan de orde kwam. Overigens merkte een ‘OK-watcher’ op dat niet ondenkbaar is dat het ruimhartige beleid van de Ondernemingskamer wat betreft zijn bevoegdheid verandering ondergaat als er een andere voorzitter de scepter zwaait. Van de kant van de Ondernemingskamer is aangegeven te erkennen dat hij kampt met achterstanden en dit (eveneens) betreuens-

waardig en ongewenst te vinden. De voorzitter schrijft deze achterstanden toe aan problemen in de personele bezetting, voor de oplossing waarvan onvoldoende medewerking van de zijde van de Raad voor de rechtspraak wordt ervaren. ‘(...) Dat de OK het werk steeds met heel weinig personen heeft moeten verrichten, te weinig naar iedere maatstaf gemeten. Dat is alleen maar mogelijk geweest omdat iedereen steeds bereid is geweest om, in de woorden van de vorige (...) secretaresse (...) uitgedrukt “zich als clubje het schompes te werken”.’¹⁸⁴

De waarneming van respondenten dat de Ondernemingskamer in de afhandeling van zaken voorrang geeft aan grote en/of publiciteitsgevoelige zaken of dat een bepaald type zaken (bijvoorbeeld WOR-zaken) ‘postconcurrent’ worden behandeld, wordt door de voorzitter van de Ondernemingskamer uitdrukkelijk niet onderschreven en als ‘bepaald onjuist’ gezien. Opgemerkt wordt dat de Ondernemingskamer van iedere zaak de urgentie probeert vast te stellen en de zaken vervolgens afhandelt met inachtneming van die vastgestelde urgentie. ‘Als partijen de Ondernemingskamer van hun opvattingen over de urgentie van de zaak op de hoogte brengen – hetgeen vaak gebeurt – houdt de Ondernemingskamer hiermee bovendien naar beste vermogen rekening,’ aldus de voorzitter. Tot slot geeft de voorzitter aan dat het met grote regelmaat gebeurt dat met name in kleine zaken betreffende uit de hand genomen persoonlijke tegenstellingen binnen 24 uur

¹⁸⁴ Willems 2006, p. 9.

uitspraak wordt gedaan. Dit onttrekt zich echter wellicht aan de waarneming van de respondenten in kwestie.

Van de zijde van de Ondernemingskamer wordt tevens opgemerkt dat de inrichting en daarmee het tempo van OK-procedures en in het bijzonder enquêteprocedures in belangrijke mate in overleg met de behandelende advocaten wordt bepaald. Advocaten wordt regelmatig de keuze gelaten: 'Ofwel behandeling morgen, maar dan beperkte spreektijd, ofwel meer spreekruimte, maar dan een wat latere behandeling.'

5.6.2 De toegang tot de enquêteprocedure

Uitgangspunt van het onderzoek is steeds geweest de bevindingen inzake 'de procedure' en niet zozeer het materiële recht. Niettemin is het materiële recht soms zodanig met het oordeel over het verloop van de procedure en het functioneren van de Ondernemingskamer verweven dat dit niet goed kon worden losgekoppeld en derhalve toch is meegenomen. Dit betreft bijvoorbeeld het oordeel over de toegang tot de enquêteprocedure. De drempel voor het indienen van een enquêteverzoek wordt, met name daar waar het beursgenoteerde ondernemingen betreft, door veel respondenten als (te) laag ervaren. Door een relatief gering aantal aandeelhouders kan thans een enquêteverzoek worden ingediend, met verregaande consequenties voor de onderneming. In dit verband wordt in het bijzonder gewezen op de negatieve publiciteit

die hiermee vanuit de onderneming gezien gepaard pleegt te gaan en de impact die een en ander heeft op de werknemers en op de voortzetting van de ondernemingsactiviteiten meer in het algemeen (werkt verlamdend). Dit terwijl ook van de kant van de verzoekers tot een enquête wordt erkend dat dit soms een te zwaar middel is en regelmatig wordt gebruikt om een ander doel te verwezenlijken dan een daadwerkelijke enquête.

Opgemerkt wordt dat de Ondernemingskamer zich van dit alles bewust lijkt te zijn en zich hiervan ook rekenschap lijkt te geven bij de uiteindelijke beoordeling van het verzoek tot het instellen van een onderzoek respectievelijk (eventueel) het verzoek tot het vaststellen van wanbeleid, 'maar het leed dan al is geschied'.

'Een van de voordelen die ik zie van de OK is snelheid. (...) Alleen als je er eenmaal zit, is het eigenlijk al te laat. Als er een enquêteverzoek wordt ingediend en er is voldaan aan de voet, dan heb je in de pers al een negatieve bijklink gekregen. De onderneming is al in rep en roer en je zal je moeten voorbereiden op een verdediging. Alle integratieactiviteiten die we voornemens waren te doen zijn op de langere baan geschoven, opgeschort. (...) Dus ik vind dat alle prekwalificaties om überhaupt een verzoek te kunnen indienen, daar moet de drempel omhoog.'

'Ik heb wel gemerkt in al die procedures dat de OK zich er wel van bewust is hoe ingrijpend het is als een enquête zou worden toegewezen.'

Dus ze hebben, vind ik, wel erg goed geluisterd naar de argumenten die wij als vennootschap (...) hebben aangevoerd.'

Van de kant van de verzoekers tot een enquête wordt, zoals vermeld, erkend dat een enquêteverzoek soms een (te) zwaar middel is en men beseft ook dat een enquête voor een onderneming zeer ingrijpend is, maar van deze zijde wordt opgemerkt dat 'er soms geen andere mogelijkheid is om met een onderneming om tafel te kunnen', terwijl dit (regelmatig) eigenlijk het doel is en niet zozeer het verkrijgen van een enquête. Juist vanwege de 'druk' die uitgaat van de publiciteit die aan een enquêteprocedure is verbonden, wordt dit middel daarom soms bewust gezocht, ook al dient het enquêteverzoek in wezen een ander doel.

Door diverse respondenten is opgemerkt dat het wenselijk is de drempel voor het indienen van een enquêteverzoek te verhogen. Van de zijde van de VEB is aangegeven hiervan geen voorstander te zijn en te bepleiten dat er dan in elk geval ten behoeve van de belangen van minderheidsaandeelhouders in de wet vastgelegd zou moeten worden dat een belangenvereniging als de VEB de mogelijkheid heeft een enquêteverzoek in te dienen. Ook is opgemerkt en dit wordt kennelijk breed gedragen dat de vennootschap zelf in staat zou moeten worden gesteld een enquête te entameren. Omdat dit een materieelrechtelijk aspect betreft en wat verder verwijderd staat van de onderzoeksvraag naar het functioneren van de

Ondernemingskamer, is dit thema in het kader van het onderhavige onderzoek niet verder uitgewerkt.

5.6.3 Het feitenonderzoek en het bestaan van één feitelijke instantie

Door diverse geïnterviewden is aandacht gevraagd voor het gegeven dat een enquêteprocedure slechts één feitelijke instantie kent. Met name in het geval er daadwerkelijk een onderzoek naar wanbeleid plaatsvindt, tonen diverse geïnterviewden zich hierover kritisch, gelet op de (in hun beleving) beperkte mogelijkheden om door de onderzoekers tot uitgangspunt genomen feiten te betwisten, terwijl de feiten zoals die door de onderzoekers in hun onderzoeksrapport zijn vastgelegd een belangrijke plaats innemen in de procedure. Er worden zowel in de interviews als ter gelegenheid van de expertmeeting kritische kanttekeningen geplaatst bij de feitenvaststelling door de onderzoekers. Opgemerkt wordt onder andere dat onderzoekers een wel erg grote mate van vrijheid hebben in het kader van hun onderzoek en partijen hierop in principe geen invloed hebben.¹⁸⁵ Opgemerkt wordt ook dat de ene onderneming meer toegang tot een onderzoeker heeft c.q. weet te creëren dan de andere en de ene onderzoeker hiervoor ook meer ruimte laat dan de andere, terwijl in het algemeen de verzoeker nagenoeg geen toegang tot de onderzoekers heeft. De werkwijze van onderzoekers is kennelijk nogal verschillend. Er wordt een kanttekening

¹⁸⁵ Vgl. ook EHRM 19 maart 2002, JOR 2002, 127 (Text Lite).

geplaatst bij het feit dat de onderzoekers betrokkenen horen, maar dat betrokkenen niet onder ede worden gehoord. Door verschillende respondenten wordt de vraag opgeworpen wat de waarde van de aldus afgelegde verklaringen is. Tevens merken diverse respondenten (uit zowel de advocatuur als het bedrijfsleven) op dat partijen te weinig invloed hebben op het door de onderzoekers opgestelde eindrapport, terwijl de Ondernemingskamer hierop onvoldoende kritisch lijkt en hierop te gemakkelijk vaart bij zijn oordeelsvorming.

‘Dat je het principe hebt van snel dit en dat, maar dat je geen beroepsmogelijkheid meer hebt. Ik vind het van de gekke. Dan worden daar onderzoekers neergezet en eerst nog tijdelijk bestuurders. Je krijgt een kostenpost van meer dan een miljoen over je heen en je kunt niets meer doen om dat hele circus tegen te houden.’

Diverse geïnterviewden geven aan dat meer sturing van de onderzoekers wenselijk is. Hierover zijn ook de deelnemers aan de expertmeeting het eens. Opgemerkt wordt dat de tijd rijp is om ter zake ‘spelregels’ op te stellen. Gerefereerd wordt aan de richtlijnen die zijn geformuleerd voor door de rechter benoemde deskundigen. Op vergelijkbare wijze zouden richtlijnen voor onderzoekers geformuleerd moeten worden.¹⁸⁶ Tevens wordt opgemerkt dat vanuit de Ondernemingskamer meer controle op de activiteiten van de onderzoekers zou moeten plaatsvinden en er

wellicht een soort van ‘coach’ zou moeten komen. Dit zou evenwel niet een lid van de Ondernemingskamer moeten zijn, maar mogelijk een ervaren secretaris, aldus de deelnemers aan de expertmeeting. Hiernaast verdient volgens veel respondenten de inrichting van de enquêteprocedure heroverweging waar het betreft de mogelijkheden van partijen om hun zegje te doen over de feiten zoals die door de onderzoekers worden gerapporteerd. Wat betreft de verweerder wordt opgemerkt dat deze tevens meer ruimte zou moeten krijgen om te reageren op de feiten zoals die door de verzoeker bij aanvang van de enquêteprocedure worden geponeerd. Opgemerkt wordt dat de zitting waarop het verzoek wordt behandeld voor de verweerder nu veelal een ‘black box’ is. Een van de deelnemers aan de expertmeeting tekent aan dat dit ook voor de verzoeker wel geldt: ‘Hij geeft de autosleutels aan de Ondernemingskamer en moet maar afwachten wat die ermee doet,’ ‘Er wordt soms een onderzoek gelast ten aanzien van aspecten die je als verzoeker hierin niet wilde betrekken.’¹⁸⁷ Tevens wordt opgemerkt dat de Ondernemingskamer zich soms onvoldoende lijkt te realiseren dat er ten overstaan van de Ondernemingskamer een debat plaatsvindt tussen advocaten en dat deze advocaten in sommige gevallen te weinig ruggespraak (hebben) kunnen houden met de onderneming, terwijl het beleid van de onderneming centraal staat. Dit zou ofwel kunnen worden opgelost door partijen meer ruimte te gunnen voor de schriftelijke voor-

¹⁸⁶ Zie reeds Blanco Fernández, Holtzer & Van Solinge 2004. Overigens geldt blijkens EHRM 19 maart 2002, JOR 2002, 127 (Text Lite) het ‘fair trial’-beginsel van art. 6 EVRM en in het bijzonder het daaronder begrepen beginsel van hoor en wederhoor niet tijdens de onderzoeksfase. Dit neemt niet weg dat de vrijheid van de onderzoekers op dit punt kritiek ondervindt.

¹⁸⁷ Vgl. in dit verband ook HR 30 maart 2007, NJ 2007, 293 (Jan Rebel).

bereiding ofwel, als de zaak zeer spoedeisend is, meer ruimte in te plannen voor de mondelinge behandeling (eventueel op twee verschillende dagen) en ter gelegenheid daarvan meer ruimte te bieden aan de partijen zelf om hun zegje te doen.

Kortom: het in de interviews geuite geluid dat er in een enquêteprocedure meer ruimte dient te zijn voor partijdebat, wordt tijdens de expertmeeting in den brede onderschreven. Een van de respondenten:

'Ik kreeg een telefoontje in de auto, op weg naar Duitsland, dat er een fax binnen was gekomen op kantoor. Die kreeg ik toen uiteindelijk maandagavond om 11 uur in handen. Daar stond in dat ik me moest melden bij de Ondernemingskamer op de donderdag daarop, om 2 uur. In dat document stonden 77 punten en vragen. (...) Onmogelijk om je met de bezetting die er was in die korte tijd goed voor te bereiden, laat staan te verdedigen. (...) Mijn advocaat heeft om uitstel gevraagd, maar dat werd niet gegeven, wat ik als buitengewoon storend heb ervaren.'

'Je wordt dus gedwongen om je in no time en te weinig tijd je gewoon goed voor te bereiden. Vervolgens nemen ze zelf een week of drie de tijd om dan met hun uitslag te komen. (...) Dan baseren ze zich op onjuistheden en hebben ze hun stukken gewoon niet goed gelezen. (...) Het huiswerk is niet eens goed gedaan (...).'

De oplossing voor de geplaatste kanttekeningen bij de huidige manier van feitenvaststelling en de daaraan verbonden risico's zien de deelnemers aan de expertmeeting niet in een tweede feitelijke instantie – zoals wel is geopperd in de interviews – , zeker niet als dit zou betekenen dat er ook een tweede onderzoek mogelijk zou zijn. Meer in het algemeen bestaat voor een tweede feitelijke instantie weinig enthousiasme, 'maakt veel kapot', kost te veel tijd, terwijl een vlotte afwikkeling van een enquête(verzoek) geboden is. Men voelt meer voor het 'beter optuigen' van de huidige instantie, in het bijzonder ook waar het de tweede fase van de enquêteprocedure betreft. Als wenselijke interventies na het rapport van de onderzoekers worden genoemd een kort, aanvullend deskundigenbericht en het horen van getuigen.

Benadrukt wordt dat het (ook) niet wenselijk is een appelmogelijkheid te creëren ter zake van het besluit om al dan niet een enquête te gelasten.

Een van de deelnemers aan de expertmeeting opperde de mogelijkheid de tweede fase überhaupt 'af te schaffen', althans niet door de Ondernemingskamer te laten behandelen, maar door de 'gewone rechter' nu men daar immers ook terecht moet voor eventuele schadeclaims op grond van wanbeleid. Dit is echter een dusdanig nieuwe en verrassende invalshoek dat daarover eerst verder nagedacht zou moeten worden voordat de andere aanwezigen daarover een standpunt konden bepalen.

5.6.4 Onmiddellijke voorzieningen

Zoals hiervoor reeds is gebleken, wordt de mogelijkheid tot het (vlot) verkrijgen van onmiddellijke voorzieningen bij de Ondernemingskamer van groot belang geacht. Niettemin is ook wel opgemerkt dat de Ondernemingskamer soms wel erg (ofwel té) gemakkelijk geneigd lijkt onmiddellijke voorzieningen te treffen, met name daar waar dit geschiedt vooruitlopend op de behandeling van een verzoek tot het bevelen van een onderzoek.¹⁸⁸

Zoals reeds aangegeven, worden er regelmatig onmiddellijke voorzieningen bij de Ondernemingskamer gevraagd waarvoor men ook bij de 'gewone' voorzieningenrechter terecht zou kunnen. Men vindt het echter zeer plezierig (ook) bij de Ondernemingskamer terecht te kunnen en waardeert het vooral dat de Ondernemingskamer 'bereid is tot een meer inhoudelijk oordeel' dan de gewone voorzieningenrechter.

Over de wenselijke reikwijdte van de door de Ondernemingskamer te treffen onmiddellijke voorzieningen verschillen echter de meningen. Sommige respondenten opperen van de Ondernemingskamer meer in het algemeen een kortgedingrechter ter zake van 'ondernemingsgeschillen' te maken en de Ondernemingskamer met name de mogelijkheid te bieden onmiddellijke voorzieningen te treffen die verder reiken dan de enquêteprocedure en aldus een einde te maken aan de gememo-reerde 'grote leugen' waarbij slechts pro forma een enquêteverzoek aanhangig wordt

gemaakt. Anderen zien hierin de nodige bezwaren. 'Bij loskoppeling van de onmiddellijke voorzieningen van althans gesteld wan-beleid ontbreekt ieder kader en dat bij gretige rechters.' Ook wordt het feit dat er slechts één feitelijke instantie bestaat in dat geval als een bezwaar gezien.

5.6.5 Door de Ondernemingskamer benoemde commissarissen of bestuurders

Van verschillende zijden is aandacht gevraagd voor de gang van zaken nadat in het kader van een onmiddellijke voorziening in een enquêteprocedure bestuurders of commissarissen zijn benoemd. Er zijn kanttekeningen geplaatst bij (de onduidelijkheid van) hun positie ten opzichte van eveneens benoemde onderzoekers. Zowel de onderzoekers als de benoemde bestuurders en/of commissarissen ontplooiën regelmatig onderzoeksactiviteiten en verrichten daarbij (naar het oordeel van zowel respondenten uit de advocatuur als het bedrijfsleven) dubbel werk. Ook is (met name vanuit het bedrijfsleven) opgemerkt dat bestuurders te weinig konden dan wel durfden, waarbij in het bijzonder de vrees voor een aansprakelijkstelling een rol leek te spelen. Gewezen werd op het feit dat tegen deze achtergrond soms zowel bestuurders als onderzoekers zich laten bijstaan door advocaten, hetgeen tot (onevenredig) hoge kosten zou leiden. Tevens is door respondenten aandacht gevraagd voor het feit dat de communicatie

¹⁸⁸ Niet geheel duidelijk is (nog) in hoeverre de uitspraak van de Hoge Raad in de DSM-zaak (NJ 2008, 105) dit bezwaar ondervangt en de Ondernemingskamer sindsdien een andere koers vaart.

tussen de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen en de Ondernemingskamer als weinig transparant is ervaren (terwijl de indruk bestond dat deze communicatie wel plaatshad). De Ondernemingskamer dient zich naar het oordeel van de respondenten te onthouden van inhoudelijk overleg met door zijn benoemde commissarissen of bestuurders. Eventueel overleg dient zich te beperken tot het afbakenen van de 'speelruimte'.

'(...) Dat is ook iets dat ik verkeerd vind aan het geheel en wat ik niet kan bewijzen. Maar ik merk gewoon dat er gesprekken zijn tussen door in de procedure tussen de tijdelijke bestuurders en Willems, persoonlijk. Waar ik dus niet bij was. Ja, zeg maar als voorbereiding op wat gaan we nou doen.'

Van de zijde van de Ondernemingskamer wordt erkend dat er soms in zekere zin overleg plaatsvindt met door zijn benoemde commissarissen of bestuurders, maar enerzijds wordt opgemerkt dat dit minder het geval is dan 'men' wellicht vermoedt,¹⁸⁹ anderzijds dat overleg soms onvermijdelijk en ook alleszins nuttig is. Ter illustratie wordt gerefereerd aan de situatie dat er een niet-jurist als commissaris of bestuurder is benoemd die behoefte heeft aan overleg over de reikwijdte van zijn bevoegdheden/mogelijkheden. Soms is er geld voor een dergelijke commissaris of bestuurder om zich door een derde te laten adviseren, maar regelmatig ook niet. Overi-

gens wordt getracht de nadere communicatie met commissarissen dan wel bestuurders, indien aan de orde, zo veel als mogelijk met de secretarissen te laten plaatsvinden, maar opgemerkt is dat dit vanwege de complexiteit niet altijd kan.

Ten aanzien van de benoeming van commissarissen of bestuurders door de Ondernemingskamer wordt door respondenten (eveneens) meer transparantie wenselijk gevonden alsmede overleg met partijen. De idee is dat de Ondernemingskamer thans te veel zoekt in eigen, bekende kring. Niettemin wordt de kanttekening geplaatst dat het vinden van geschikte personen voor deze functies niet gemakkelijk is. Tot slot is wat betreft de door de Ondernemingskamer aangestelde functionarissen in het kader van de interviews van verschillende zijden opgemerkt dat de verantwoordelijkheid van deze functionarissen ten opzichte van de vennootschap/aandeelhouders niet duidelijk is, of althans door de Ondernemingskamer niet juist zou worden benaderd, omdat de Ondernemingskamer tot uitgangspunt zou hanteren dat de door hem aangestelde functionarissen slechts ten opzichte van hem verantwoording hebben af te leggen. Onder de deelnemers aan de expertmeeting lijkt er consensus over te bestaan dat commissarissen en bestuurders benoemd door de Ondernemingskamer niet alleen verantwoording dienen af te leggen aan de Ondernemingskamer, maar (daarnaast) onderworpen zijn aan de 'gewone' vennootschapsrechtelijke regels en verantwoordelijkheden.

¹⁸⁹ Vgl. echter ook Willems 2006, p. 25.

5.6.6 De onderzoekers

Ook ten aanzien van de keuze van onderzoekers wordt meer transparantie en overleg tussen de Ondernemingskamer en partijen wenselijk geacht. Van diverse zijden is naar voren gebracht dat dit thans te veel een 'old boys network' is. Er wordt een parallel getrokken met de wijze waarop de rechter deskundigen benoemt. Geopperd wordt een openbare lijst aan te leggen met namen van personen die als onderzoeker in aanmerking zouden kunnen komen. Tevens bestaat behoefte aan meer transparantie ter zake van de werkwijze van onderzoekers. Gerefereerd wordt aan hetgeen hiervoor reeds is vermeld over het opstellen van richtlijnen et cetera.

Aan een leeftijdsgrens – zoals geopperd door enkele geïnterviewden – bestaat onder de deelnemers aan de expertmeeting geen behoefte; wél aan een kritische(r) toetsing door de Ondernemingskamer van het door de onderzoekers afgeleverde product.

Het verdient aanbeveling de verslagen van de onderzoekers, wanneer die voor eenieder ter inzage liggen, openbaar te maken door deze op internet te plaatsen (in plaats van slechts de mogelijkheid te bieden het verslag bij de Ondernemingskamer in te zien en aldaar te kopiëren, zoals thans het geval is).

Van de kant van de Ondernemingskamer is aandacht gevraagd voor de eventuele aansprakelijkheid van de onderzoekers en is een regeling bepleit ter zake van (de financiering van) de verzekering hiervan. In dezelfde zin

een tweetal onderzoekers die opmerkten dat het aansprakelijkheidsrisico hen weliswaar niet weerhoudt van het optreden als onderzoeker, maar mede gelet op de beperkte honorering een aansprakelijkheidsverzekering of ten minste een voorziening zijdens de Ondernemingskamer voor de in geval van een aansprakelijkstelling in elk geval te maken kosten van verdediging op prijs te stellen. Wat betreft de aansprakelijkheid van onderzoekers is door de deelnemers aan de expertmeeting opgemerkt dat ter zake geen immunitet wenselijk is, evenmin als voor de door de Ondernemingskamer aangestelde commissarissen en bestuurders. Ook een exoneration van de kant van deze functionarissen dient niet te worden geaccepteerd. Een aansprakelijkheidsverzekering verzorgd (en betaald) door de Ondernemingskamer c.q. de Staat wordt op zichzelf wel wenselijk geoordeeld, maar opgemerkt wordt dat een verzekering voor deze activiteiten moeilijk of slechts tegen een extreem hoge premie is te vinden. Geopperd wordt daarom in elk geval zorg te dragen voor een rechtsbijstandsverzekering of althans een 'potje' waaruit de kosten van het voeren van verweer door commissarissen, bestuurders en onderzoekers kunnen worden betaald. Overigens wordt de kans op een succesvolle aansprakelijkstelling door zowel de geïnterviewde onderzoekers als de overige respondenten gering geacht.¹⁹⁰

190 Zie nader over de aansprakelijkheid van de onderzoeker bijv. Holtzer 2003, p. 251-268.

5.6.7 Personele bezetting Ondernemingskamer

Van de kant van de Ondernemingskamer is uitdrukkelijk onder de aandacht gebracht dat het bij de behandeling van OK-zaken in belangrijke mate gaat om rechterlijke werkzaamheden van geheel eigen aard, die zich moeilijk laten tellen en meten. Het doen van zittingen en uitspraken vormt hiervan slechts een facet. Veel tijd is, aldus de voorzitter, gemoeid met andersoortige activiteiten, zoals het aanzoeken en benoemen van onderzoekers, commissarissen en bestuurders en 'gedoe' achter de schermen. Naast rechters van hoog niveau, vergt dit naar zijn oordeel ondersteuning op een niveau hoger dan 'normaal' is voor gerechtelijk secretarissen, met een navenante honorering. Van de kant van de Ondernemingskamer is er op dit punt duidelijk behoefte aan meer differentiëring. Door de voorzitter is in dit verband geopperd de Ondernemingskamer te verzelfstandigen, vergelijkbaar aan het College van beroep voor het bedrijfsleven.

De belangrijke rol van OK-secretarissen in het kader van een vlot en goed verloop van met name enquêteprocedures is eveneens naar voren gebracht door verschillende advocaten.

5.7 Concluderende opmerkingen

De Ondernemingskamer gaat veel professionele betrokkenen hierbij kennelijk aan het hart. De bereidheid om mee te praten over het functioneren hiervan was groot. Er zijn bij

dit functioneren diverse kritische kanttekeningen geplaatst, die soms breed gedragen werden en soms ook niet, of althans een bron van discussie vormden. De vanuit het oogpunt van kwaliteit meest wezenlijke kanttekeningen zijn hiervoor weergegeven.¹⁹¹ Wat hiervan evenwel ook zij, de afdrank van het onderzoek naar het functioneren van de Ondernemingskamer vanuit de optiek van grote ondernemingen alsmede professionele betrokkenen met ervaring met OK-zaken van een of (meestal) meerdere grote ondernemingen is uiteindelijk zonder meer positief. Illustratief zijn de volgende uitspraken:

'Ik denk dat we ons gelukkig mogen prijzen dat we een OK hebben. De enige vergelijkbare instantie zit in Delaware. De overige EU-lidstaten in elk geval kennen dit niet. (...) Daar zit dat nog meer ingebed in de gewone civiele kamers. Dat is typisch een systeem dat niet aansluit bij de noden van het bedrijfsleven en de noden van beleggers.'

'En zo kijkt men [in het buitenland] ook een beetje naar de OK: van hé, dat is heel bijzonder. Het gaat snel, het gaat vakkundig, en het leidt tot een oplossing.'

'Want uiteindelijk, wat we er ook met z'n allen voor commentaar op hebben, uiteindelijk gaat iedereen, althans toch het gros van de gebruikers van de OK, met een tevreden gevoel de deur uit. Want er zijn weinig zaken die echt tot blijvende ontevredenheid leiden.'

¹⁹¹ Hiernaast werden soms kritische opmerkingen van andere, zuiver praktische aard gemaakt, bijvoorbeeld betreffende de blijkbare weerstand van de Ondernemingskamer tegen talrijke en omvangrijke bijlagen alsook – volgens de betreffende respondent – 'het verbod' van het aanleveren van een processtuk in een ringband.

Het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam

Anita Böcker

6.1 Inleiding

6.1.1 Ontstaan en bedoeling speciale rechtspraakvoorziening

De rechtbank Rotterdam is in een dertigtal wetten op het terrein van het economisch bestuursrecht aangewezen om als enige rechtbank in eerste aanleg te oordelen over beroepen en verzoeken om voorlopige voorzieningen betreffende besluiten van toezichthoudende autoriteiten. Tegen bepaalde besluiten van onder meer de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, de Voedsel en Waren Autoriteit, de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank staat in eerste aanleg beroep open bij de rechtbank Rotterdam. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) is de appelinstantie.

Voor een dergelijke rechtsgang (rechtspraak in twee instanties met concentratie van de zaken in eerste aanleg bij één rechtbank) werd voor het eerst gekozen in de Mededingingswet (1998). Argumenten voor de concentratie van rechtsmacht waren de complexe en specialistische aard van het rechtsgebied en het geringe aantal te verwachten zaken. In het mededingingsrecht spelen economische begrippen als relevante markt, restconcurrentie en economische machtspositie een belangrijke rol. De toepassing van die begrippen zou een

specifieke deskundigheid vereisen. Concentratie bij één rechtbank zou het mogelijk maken deze deskundigheid op te bouwen en de continuïteit ervan te verzekeren.¹⁹² Waarom de keuze hierbij op Rotterdam viel, is niet geheel duidelijk. Het moest een rechtbank in de Randstad zijn, omdat daar ook de gespecialiseerde advocatuur is gevestigd. Amsterdam had al enkele gespecialiseerde gerechten en in Den Haag zat ook de toezichthouder.¹⁹³ Bij de toekenning van volgende bijzondere competenties vormden de samenhang tussen verschillende wettelijke regelingen en de reeds opgebouwde deskundigheid argumenten om opnieuw Rotterdam als exclusief bevoegde rechtbank aan te wijzen.

Rechtspraak in twee instanties was in het economisch bestuursrecht tot dan toe niet gebruikelijk. De keuze hiervoor hing samen met de introductie van de bestuurlijke boete. Volgens het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (artikel 14, vijfde lid) moet eenieder die wegens een strafbaar feit is veroordeeld de schuldigverklaring en veroordeling opnieuw kunnen doen beoordelen door een hoger rechtscollege. In de Mededingingswet koos de wetgever ervoor om bij andere besluiten op grond van deze wet dezelfde rechtsgang te laten volgen. In de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt ook voorgeschreven dat voor alle besluiten op grond van één wet zoveel mogelijk dezelfde rechtsgang wordt opengesteld. Niettemin is bij andere wetten soms een andere keuze gemaakt. In de Elektriciteitswet en de Gaswet

¹⁹² TK 1996-1997, 24 707, nr. 6, p. 102.

¹⁹³ Zie ook Naves 2004; Doorenbos & Jurgens 2006.

is de hoofdregel dat beroep in eerste en enige aanleg openstaat bij het CBb. De voornaamste uitzondering betreft besluiten tot oplegging van een boete; inzake beroep is dan de rechtbank Rotterdam bevoegd met de mogelijkheid van hoger beroep bij het CBb.¹⁹⁴ In de Spoorwegwet (2003) is de hoofdregel rechtspraak in twee instanties. In de Telecommunicatiewet was aanvankelijk gekozen voor een rechtsgang in twee instanties voor alle beroepen tegen op grond van deze wet genomen besluiten. Sinds de wetwijziging van 2004 staat tegen een deel van de door OPTA genomen besluiten in eerste en enige aanleg beroep open bij het CBb. Het betreft vooral besluiten waarbij OPTA een besluit met mededingingsrechtelijk karakter heeft genomen (marktanalysebesluiten) en besluiten waarbij OPTA als geschilbeslechtende instantie is opgetreden. Tegen besluiten die door de minister van Economische Zaken of de NMa worden genomen alsmede tegen boete-besluiten van OPTA¹⁹⁵ staat beroep open bij de rechtbank Rotterdam en vervolgens hoger beroep bij het CBb.

6.1.2 Organisatie rechtspraakvoorziening¹⁹⁶

De sector Bestuursrecht van de rechtbank Rotterdam heeft drie met rechtspraak belaste teams. De teams 1 en 2 behandelen (onder

meer) bijzondere competentiezaken. Team 2 behandelt beroepen en voorlopige voorzieningen die betrekking hebben op het toezicht op financiële markten en instellingen en besluiten op grond van de Warenwet. Ons onderzoek was gericht op team 1. Dit team behandelt beroepen en verzoeken om voorlopige voorzieningen die betrekking hebben op besluiten op grond van de Mededingingswet, de Telecommunicatiewet en de sector-specifieke regelgeving op het gebied van energie en vervoer. Ook de bijzondere competenties van de rechtbank op het terrein van de Consumentenautoriteit vallen onder dit team.

De bijzondere competentiezaken maken een wisselend deel van het totale aantal door team 1 behandelde zaken uit. In de periode vanaf 2002 schommelde het aandeel tussen de 6% en 25%. Het beslag dat deze zaken op de tijd van het team leggen, is echter veel groter. De afdoening van een bijzondere competentiezaak vergt gemiddeld meer dan twee keer zo veel uren als die van een 'gewone' zaak.

Het team bestaat uit een voorzitter en zes rechters, die worden bijgestaan door veertien juridische ondersteuners. Alle rechters en zeven van de ondersteuners doen bijzondere competentiezaken. Onder andere als gevolg van het roulatiebeleid is het verloop onder de

194 Op grond van de Elektriciteitswet staat ook tegen besluiten tot oplegging van een last onder dwangsom beroep in eerste aanleg open bij de rechtbank Rotterdam. Op grond van de Gaswet staat ook tegen besluiten tot opheffing van de verplichting van TenneT om te voldoen aan een verzoek om transport via het landelijk hoogspanningsnet beroep in eerste aanleg open bij de rechtbank Rotterdam.

195 Ook tegen besluiten van OPTA op grond van art. 15.2a Telecommunicatiewet (verbod aanbieden elektronische communicatienetwerken of -diensten) staat beroep in eerste aanleg open bij de rechtbank Rotterdam.

196 Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op interviews met twee rechters (onder wie de coördinator) van het team dat de bijzondere competentiezaken behandelt.

rechters vrij hoog geweest. De secretarissen maken langer deel uit van het team. De rechters hebben cursussen gevolgd in mededingings- en telecomrecht. Eens in de zes à acht weken houdt het team een intern overleg over de lopende bijzondere competentiezaken. Dan worden ook nieuwe uitspraken van het CBb besproken. Daarnaast worden bijeenkomsten met deskundige sprekers georganiseerd in het kader van het Kenniscentrum Financieel en Economisch Recht dat de rechtbank heeft opgezet.

Bijna alle bijzondere competentiezaken worden door een meervoudige kamer afgedaan. Vaak maakt één rechter-plaatsvervanger deel uit van de kamer. Er zijn zes plaatsvervangers die regelmatig worden ingeschakeld, omdat ze bijzondere expertise hebben, bijvoorbeeld op het gebied van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. De meeste plaatsvervangers zijn afkomstig uit de rechterlijke macht (andere rechtbanken, Gerecht van Eerste Aanleg) of de wetenschap. Overigens worden de rechters van het team zelf ook als plaatsvervangers elders ingeschakeld. Soms vraagt de afdoening van één zaak de inzet van meer dan drie rechters. Dit is het geval als een voorlopige voorziening wordt gevraagd en, wat regelmatig voorkomt, indien de rechter-commissaris over de rechtmatigheid van geheimhouding van stukken moet beslissen. De sector Bestuursrecht voert elk jaar een zogenoemd ketenpartneroverleg met alle grote procespartijen. In 2007 is de pilot 'Digitaal dossier' gestart. Met deze pilot wordt

beoogd zoveel mogelijk papierloos te werken. De pilot omvat mededingingszaken waarin de NMa verweerder is en telecomzaken waarin OPTA als verweerder optreedt. Met deze bestuursorganen en vijftien advocatenkantoren die veel mededingings- en telecomzaken aanbrengen is een convenant gesloten om een en ander mogelijk te maken. De instroom van digitale zaken valt tot nu toe enigszins tegen.

6.1.3 Procesgang¹⁹⁷

In principe gelden voor het aanvechten van besluiten op grond van de Mededingingswet en sectorspecifieke toezichtswetten de algemene bepalingen over bezwaar en beroep zoals die zijn neergelegd in de Awb. Zowel de Mededingingswet als de sectorspecifieke toezichtswetten bevatten echter aanvullende en afwijkende regels. Voor sommige besluiten geldt een andere procedure dan de standaardprocedure op grond van de Awb (bezwaar, beroep en hoger beroep). Zo is voor bepaalde besluiten de bezwaarprocedure afgeschaft. Daarnaast bestaat sinds de invoering van de Wet rechtstreeks beroep (2004) de mogelijkheid om de bezwaarprocedure over te slaan indien het bestuursorgaan en eventuele andere partijen daarmee instemmen.¹⁹⁸ Enkele toezichthoudende autoriteiten hebben in beleidsregels aangegeven welk type zaken zij daarvoor op voorhand geschikt achten. Zo heeft de NMa sanctiebesluiten aangewezen als besluiten waarbij in principe wordt ingestemd met rechtstreeks beroep. Van deze

¹⁹⁷ Deze paragraaf is deels gebaseerd op interviews met twee rechters (onder wie de coördinator) van het team dat de bijzondere competentiezaken behandelt.

¹⁹⁸ Uit een evaluatie bleek dat er het eerste jaar na de invoering betrekkelijk weinig gebruik was gemaakt van deze mogelijkheid. Zie Van der Meulen, Litjens & Freriks 2006.

mogelijkheid wordt overigens betrekkelijk weinig gebruikgemaakt. Verder staat, zoals hierboven aan de orde kwam, tegen bepaalde besluiten beroep in eerste en enige instantie open bij het CBB. Hieronder wordt het verloop van de procedure bij de rechtbank geschetst.

Beroep wordt ingesteld door het indienen van een beroepschrift bij de rechtbank, binnen zes weken na de bekendmaking van het besluit van het bestuursorgaan. Vaak zijn er meerdere partijen bij een besluit betrokken. De rechtbank kan ambtshalve of op verzoek van partijen besluiten om belanghebbenden als partij aan het geding te laten deelnemen. In de bijzondere competentiezaken gebeurt dat relatief vaak. Doorgaans wordt eerst een pro forma-beroepschrift ingediend en geeft de rechtbank de indiener een termijn voor aanvulling van de gronden van het beroep. Daarna is het bestuursorgaan aan zet. Dat heeft in deze zaken meestal niet voldoende aan de in de Awb gegeven termijn van vier weken voor het indienen van een verweerschrift. Als het bestuursorgaan een gemotiveerd verzoek om uitstel doet, wiligt de rechtbank dat in de regel in. De rechtbank kan de partijen gelegenheid geven tot repliek en dupliek; dat gebeurt echter zelden. In het kader van het vooronderzoek heeft de rechtbank onder andere de mogelijkheid een deskundige te benoemen. In gevallen waarin specialistische economische kennis vereist is, zou bijvoorbeeld een econoom kunnen worden benoemd om onderzoek in te stellen.

In de praktijk is dit nog nooit gebeurd.

Partijen kunnen met een beroep op artikel 8.29 Awb weigeren om inlichtingen te geven of stukken over te leggen dan wel de rechtbank meedelen dat uitsluitend de rechtbank van de inlichtingen of de stukken kennis mag nemen. Het kan bijvoorbeeld gaan om de vertrouwelijke versie van een besluit van de NMa waarvan de indiener van het beroep niet wil dat de inhoud voor alle partijen bekend wordt.¹⁹⁹ De rechtbank Rotterdam benoemt in dergelijke gevallen een rechter-commissaris die hierover in de vorm van een tussenbeslissing uitspraak doet. Als de rechter-commissaris beslist dat de weigering gerechtvaardigd is, kan de rechtbank slechts met instemming van de andere partijen mede op basis van de geheime stukken uitspraak doen.

Na afloop van het vooronderzoek nodigt de rechtbank de partijen uit voor een zitting. Er wordt naar gestreefd om de instructie twee weken voor de zitting af te hebben. De vragen die de rechtbank gaat stellen worden eventueel – als ze naar inschatting van de rechtbank lastig te beantwoorden zijn – tevoren doorgebeld aan de gemachtigden van de partijen. De rechtbank kan een partij oproepen om in persoon te verschijnen. De rechtbank kan ook getuigen oproepen en deskundigen benoemen, maar in de praktijk gebeurt dit niet. Wat wel eens gebeurt is dat de rechtbank getuigen of deskundigen hoort die de partijen zelf hebben meegebracht.

De uitspraak is in deze zaken altijd schriftelijk en moet in beginsel zes weken na sluiting van

¹⁹⁹ Koning & Van den Heuvel-Kien 2000, p. 247.

het onderzoek worden gedaan. Deze termijn kan met zes weken worden verlengd, wat in de praktijk in bijzondere competentiezaken vrijwel altijd gebeurt. Het raadkameren en het concipiëren van de uitspraak zijn in deze zaken complexer. In zijn uitspraak kan de rechtbank het beroep niet-ontvankelijk verklaren (bijvoorbeeld omdat het door een niet-belanghebbende is ingesteld), zich onbevoegd verklaren om van het beroep kennis te nemen, het beroep ongegrond verklaren of het beroep gegrond verklaren. Als een beroep gegrond wordt verklaard, worden het bestreden besluit en de rechtsgevolgen ervan geheel of gedeeltelijk vernietigd. De rechtbank kan echter ook bepalen dat de rechtsgevolgen geheel of gedeeltelijk in stand blijven. Ook heeft de rechtbank onder andere de mogelijkheid om te bepalen dat zijn uitspraak in de plaats van het vernietigde besluit treedt.

Behalve deze 'gewone behandeling' zijn ook een vereenvoudigde behandeling en een versnelde procedure mogelijk. De rechtbank kan tijdens het vooronderzoek besluiten om de zaak zonder zitting af te doen op basis van de stukken. Een dergelijke 'vereenvoudigde behandeling' is alleen mogelijk indien de rechtbank kennelijk onbevoegd of het beroep kennelijk niet-ontvankelijk, kennelijk ongegrond of kennelijk gegrond is. Aan de laatste twee (inhoudelijke) criteria zal niet snel worden voldaan. Een 'versnelde procedure' houdt in dat de omvang van het vooronderzoek wordt beperkt en de termijnen worden ingekort. De rechtbank kan hiertoe ambtshalve of op

verzoek van een partij besluiten. De zaak moet spoedeisend zijn (bijvoorbeeld omdat een partij grote financiële schade dreigt op te lopen), maar mag niet te complex zijn. In de praktijk wordt zelden aan deze voorwaarden voldaan; de meeste verzoeken worden afgewezen.

Verder kan hangende een bezwaar- of een beroepsprocedure een voorlopige voorziening worden gevraagd aan de voorzieningenrechter van de rechtbank. De indiener van een beroepsschrift kan bijvoorbeeld vragen om het bestreden besluit te schorsen totdat een uitspraak in de bodemprocedure is verkregen. In zijn uitspraak kan de voorzieningenrechter het verzoek niet-ontvankelijk verklaren, zichzelf onbevoegd verklaren, het verzoek afwijzen of het verzoek geheel of gedeeltelijk toewijzen. Een bijzondere mogelijkheid is die van 'kortsluiting'. Als de voorzieningenrechter na de zitting van oordeel is dat nader onderzoek redelijkerwijs niet meer zal bijdragen aan de beoordeling van de zaak, kan hij tegelijk uitspraak doen in het verzoek om een voorlopige voorziening en in de beroepszaak. Tijdens een in 2000 gehouden expertmeeting gaf de rechtbank Rotterdam aan terughoudend gebruik te zullen maken van deze bevoegdheid. Wel zouden partijen kunnen worden gestimuleerd om de rechtbank om versnelde behandeling van het beroep te verzoeken.²⁰⁰ Dit laatste gebeurt inderdaad een enkele keer.

²⁰⁰ Koning & Van den Heuvel-Kien 2000, p. 260.

6.2 Rechtspraktijk mededingingsteam²⁰¹ in cijfers

6.2.1 Aantal procedures

In de periode 2002-2007 deed het mededingingsteam in totaal bijna 1200 bijzondere competentieprocedures af.²⁰² Daaronder waren 983 procedures tegen besluiten op grond van de Telecommunicatiewet en 204 procedures tegen besluiten van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Na de wijziging van de Telecommunicatiewet (2004) is het aantal procedures tegen besluiten op grond van deze wet sterk afgenomen. Het aantal procedures inzake de Mededingingswet nam iets toe. Het totale aantal procedures nam af van meer dan 300 in 2002 naar 113 in 2007.

Tabel 1. Procedures door het mededingingsteam afgedaan, naar regelgeving en jaar van afdoening

Jaar	Mededinging*	Telecommunicatie	Totaal
2002	29	309	338
2003	22	166	188
2004	30	194	224
2005	36	152	188
2006	45	91	136
2007	42	71	113
Totaal	204	983	1187

* Inclusief procedures tegen besluiten van de Vervoer- en de Energiekamer van de NMa.

In deze cijfers zijn ook voorlopige voorziening-procedures meegeteld. In de onderzochte periode werden 370 verzoeken om voorlopige voorzieningen afgedaan, waarvan het overgrote deel (355) betrekking had op de Telecommunicatiewet. In 2002 bijvoorbeeld leidde de besluitvorming over het veilen van FM-etherfrequenties tot veel verzoeken om voorlopige voorzieningen van radiozenders. Het aantal voorlopige voorzieningprocedures nam in de onderzochte periode sterk af: van meer dan 200 in 2002 naar ongeveer 10 per jaar vanaf 2005.

6.2.2 Duur procedure

De voorzieningenrechter deed gemiddeld 41 dagen na de indiening van het verzoek om een voorlopige voorziening uitspraak. Een kwart van de verzoeken werd binnen een maand afgedaan, in 10% van de gevallen liet de uitspraak twee tot drie maanden op zich wachten; doorlooptijden langer dan drie maanden kwamen vrijwel niet voor.²⁰³ Veel verzoeken worden overigens zonder zitting afgedaan. Vaak is na een eerste screening al duidelijk dat het spoedeisende karakter ontbreekt.

In beroepsprocedures deed de rechtbank gemiddeld vijftien maanden na de indiening van het beroepsschrift uitspraak. In 40% van de procedures werd binnen een jaar uitspraak gedaan, in 15% van de procedures liet de uitspraak langer dan twee jaar op zich wachten. In 2004 en 2005 werden relatief veel 'oude'

201 In de rest van dit hoofdstuk duiden we team 1 van de sector Bestuursrecht van de rechtbank Rotterdam kortheidshalve aan als 'mededingingsteam'.

202 De hier gepresenteerde cijfers betreffen steeds procedures die in de genoemde periode werden afgesloten.

203 Ingetrokken procedures zijn hier niet meegeteld.

zaken afgedaan. In de jaren daarvoor had de rechtbank te kampen met een capaciteitstekort, waardoor de (tijdrovende) bijzondere competentiezaken soms lang bleven liggen. Daarna zijn de doorlooptijden duidelijk korter geworden. De beroepen die in 2007 werden afgedaan waren gemiddeld twaalf maanden eerder ingediend.²⁰⁴ Ter vergelijking: in de periode 2002-2007 bedroeg de gemiddelde doorlooptijd van gewone beroepsprocedures (exclusief intrekkingen) bij de sector bestuursrecht van de rechtbanken tien maanden. Een vereenvoudigde (kennelijk) behandeling duurt veel korter (gemiddeld vier maanden), maar komt betrekkelijk weinig voor. Van de beroepen die tot een uitspraak leidden, werd 4% kennelijk niet-ontvankelijk, 5% kennelijk gegrond en 3% kennelijk ongegrond verklaard (in totaal 70 beroepen). In de meeste gevallen ging het om telecomprocedures (63 beroepen). Ter vergelijking: van alle in de periode 2002-2007 bij de sector bestuursrecht van de rechtbanken ingestelde beroepen werd 11% kennelijk niet-ontvankelijk, 2% kennelijk gegrond en 2% kennelijk ongegrond verklaard.

6.2.3 Eisers en verweerders

Hieronder worden gegevens gepresenteerd over de eisers en verweerders. Een belangrijke kanttekening vooraf is dat bij een deel van de procedures meer dan één eiser betrokken is. In de onderzochte periode was dit het geval bij 21% van de mededingingsprocedures en 7% van de telecomprocedures. Daarnaast zijn

er vaak één of meer belanghebbenden bij een procedure betrokken. In de onderzochte periode gold dit voor 41% van de mededingingsprocedures en 31% van de telecomprocedures. Al met al waren bij 54% van de mededingingsprocedures en 35% van de telecomprocedures extra partijen betrokken.²⁰⁵ De gepresenteerde gegevens betreffen echter uitsluitend de eerste eiser bij elke procedure. We beschikken niet over nadere gegevens over de overige partijen. Sommige van deze partijen zullen echter ook (als eiser of mede-eiser) bij andere procedures betrokken zijn geweest. Dit is een belangrijke beperking in de analyses, in het bijzonder die met betrekking tot repeat players.

De eisers zijn voornamelijk bedrijven. Ruim driekwart van alle in de periode 2002-2007 afgedane procedures werd door bedrijven aangespannen. Het maakt hierbij wel verschil om welke regelgeving het gaat. Het aandeel van belangenorganisaties en personen is bij mededingingsprocedures beduidend groter (en het aandeel van bedrijven kleiner) dan bij telecomprocedures. Telecomprocedures worden vooral door telecom- en mediabedrijven (met name telefoniebedrijven, kabelbedrijven en radiozenders) aangespannen. De bedrijven die mededingingsprocedures aanspannen zijn uit veel meer verschillende sectoren afkomstig. Het aandeel van grote bedrijven²⁰⁶ is aanzienlijk. In de onderzochte periode was bij 29% van alle procedures een grote onderneming als eiser betrokken. Het ging om 21 ondernemingen die samen 340

²⁰⁴ Ingetrokken procedures zijn hier niet meegeteld.

²⁰⁵ Per mededingingsprocedure waren er gemiddeld 1,7 eisers en 0,6 belanghebbenden; per telecomprocedure gemiddeld 1,2 eisers en 0,6 belanghebbenden.

²⁰⁶ Dat wil zeggen, bedrijven die tot de door ons samengestelde lijst van grote bedrijven behoren. Zie bijlage 1.

Tabel 2. Procedures door het mededingingsteam afgedaan, naar regelgeving en type eiser, 2002-2007

Type eiser	Mededinging		Telecommunicatie		Totaal	
Grote bedrijven	43	21%	498	30%	340	29%
Overige bedrijven	74	36%	297	51%	572	48%
Belangenorganisaties	50	25%	61	6%	111	9%
Personen	27	13%	42	4%	69	6%
Overheden	1	0%	9	1%	10	1%
Overige	9	4%	76	8%	85	7%
Totaal	204	100%	983	100%	1187	100%

procedures aanspannen; 167 kleinere bedrijven spannen samen 572 procedures aan. Bij de telecomprocedures ging het om 9 grote ondernemingen, waaronder 8 telecombedrijven, die samen 297 procedures aanspannen. Bij de mededingingsprocedures ging het om 18 grote ondernemingen, waaronder 6 telecombedrijven, die samen 43 procedures aanspannen. De bouwfraude-affaire heeft de afgelopen jaren tot veel procedures van bouwbedrijven geleid. Het overgrote deel daarvan werd echter in 2008 afgedaan en viel dus buiten de onderzochte periode.

De verweerders zijn per definitie overheden en bestuursorganen. In de onderzochte periode was 95% van alle telecomprocedures gericht tegen drie verweerders: de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) (38%), het ministerie van Economische Zaken (36%) en het ministerie van Verkeer en

Waterstaat (21%). Alle mededingingsprocedures waren tegen de NMa gericht.

De verweerders zijn dus vrijwel altijd 'grote' repeat players. Hoeveel eisers repeat players zijn, is lastiger te bepalen. Duidelijk is wel dat de 'grootste' repeat players onder de eisers (grote) telecombedrijven en commerciële radiozenders zijn. KPN was eiser bij ten minste 84 geschillen²⁰⁷ (129 procedures) die in de onderzochte periode werden afgedaan. Een ander groot telecombedrijf bracht ten minste 28 geschillen aan. 4 telecombedrijven brachten elk meer dan 10 geschillen aan. De procedures die deze bedrijven aanspannen hadden in overgrote meerderheid betrekking op de Telecommunicatiewet, en meer specifiek op besluiten van OPTA. Ook 5 commerciële radiozenders bracht elk meer dan 10 geschillen aan die zonder uitzondering betrekking hadden op de Telecommunicatiewet en meer specifiek op besluiten van de ministeries van

²⁰⁷ Soms spant een en dezelfde eiser verschillende procedures tegelijkertijd aan tegen een en dezelfde verweerder.

In onze analyses met betrekking tot repeat players en one-shotters zijn wij ervan uitgegaan dat in zo'n geval sprake is van één geschil of 'zaak'.

Verkeer en Waterstaat en Economische Zaken. De meeste grote telecombedrijven brachten ook een of enkele mededingingsgeschillen aan. Afgezien van deze telecombedrijven zijn onder de eisers in de procedures inzake de Mededingingswet nagenoeg geen repeat players aan te treffen. 2 grote energiebedrijven brachten respectievelijk 5 en 3 geschillen aan. Andere, ook grote, bedrijven brachten hooguit 2 geschillen aan. Onder de in totaal 11 eisers met meer dan 10 geschillen waren 5 grote ondernemingen; dit waren zonder uitzondering telecombedrijven.

6.2.4 Afdoening

In de periode 2002-2007 deed het mededingingsteam bijna 1200 bijzondere compe-

tentieprocedures af. Afdoen betekent niet altijd dat de rechtbank een uitspraak doet. Relatief veel procedures eindigen met een intrekking door de eiser(s). In de onderzochte periode ging het om 31% van alle bijzondere competentieprocedures. Het maakt daarbij geen verschil om welke regelgeving (mededinging of telecom) het gaat. Ook het type procedure (gewone procedure of voorlopige voorziening) maakt geen verschil. Gewone procedures worden overigens vaak pas in een laat stadium ingetrokken, als het mededingingsteam de zaak al inhoudelijk heeft voorbereid. In de helft van de gevallen liep de procedure al een jaar of langer.

In tabel 3 wordt de afdoening van mededingings- en telecomprocedures bij de rechtbank Rotterdam vergeleken met die van alle

Tabel 3. Afdoening mededingings- en telecomprocedures bij rechtbank Rotterdam in vergelijking met alle procedures bij de sector bestuursrecht van de rechtbanken, 2002-2007*

	Mededingings- en telecomprocedures rechtbank Rotterdam (N = 1187)	Alle procedures bij sector bestuursrecht rechtbanken (N = 263286)
Intrekking	31%	27%
Gegronddverklaring of toewijzing	26%	21%
Ongegronddverklaring of afwijzing	34%	41%
Niet-ontvankelijkverklaring	8%	11%
Anders	1%	0%

* Exclusief doorverwezen zaken, ten onrechte ingeschreven zaken en verzetprocedures.

Tabel 4. Afdoening bijzondere competentiezaken naar type procedure, 2002-2007*

	Gewone procedure (N = 563)	Voorlopige voorziening (N = 249)	Totaal (N = 812)
Gegroundverklaring of toewijzing	46%	17%	37%
Ongegroundverklaring of afwijzing	39%	73%	49%
Niet-ontvankelijkverklaring	13%	10%	12%
Anders	2%	0%	2%

* Exclusief intrekkingen.

procedures bij de sector bestuursrecht van de rechtbanken. De bijzondere competentieprocedures blijken relatief vaker te worden ingetrokken en vaker tot een gegroundverklaring (van het beroep) of een toewijzing (van het verzoek om een voorlopige voorziening) te leiden; ze leiden minder vaak tot een ongegrondverklaring of een afwijzing.

In de volgende cijfers over de uitspraken in bijzondere competentiezaken zijn de ingetrokken procedures niet meegeteld. Van de zaken waarin het tot een uitspraak kwam, werd 37% door de eiser 'gewonnen': de rechtbank verklaarde het beroep (deels) geground of wees het verzoek om een voorlopige voorziening (deels) toe. Een groter deel van de procedures werd door de eiser 'verloren': in 49% van de gevallen verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond of wees hij het verzoek om een voorlopige voorziening af. Achter deze cijfers

gaan grote verschillen schuil. Uit tabel 4 blijkt dat de kans op succes voor de eiser in een gewone procedure veel groter is dan bij een verzoek om een voorlopige voorziening. Van de gewone procedures waarin het tot een uitspraak kwam, werd 46% door de eiser 'gewonnen'. Bij de voorzieningenrechter werd slechts 17% van de verzoeken toegewezen.

Verzoeken om voorlopige voorzieningen hebben vrijwel altijd betrekking op de Telecommunicatiewet. Bij de gewone procedures is er weinig verschil in succeskans tussen eisers in telecom- en mededingingsprocedures. Uit tabel 5 blijkt dat het wel verschil maakt tegen welke verweerder wordt geprocedeerd. Procedures tegen OPTA en – in mindere mate – de NMa worden vaker door de eisers gewonnen dan procedures tegen de twee andere 'grote' repeat players onder de verweerders.²⁰⁸

208 Bij deze laatste twee, het ministerie van Economische Zaken en het ministerie van Verkeer en Waterstaat, gaat het deels om dezelfde verweerder. Het Agentschap Telecom maakt sinds juli 2002 onderdeel uit van het ministerie van Economische Zaken. De Rijksdienst voor Radiocommunicatie was de voorganger van het Agentschap Telecom. Deze dienst was ondergebracht bij het ministerie van Verkeer en Waterstaat. Het Agentschap Telecom voert een aantal toezichtstaken uit de Telecommunicatiewet uit (onder meer het verlenen van vergunningen voor het gebruik van frequenties en het toezicht op de naleving daarvan). Het ministerie van Economische Zaken beslist zelf over de veiling van radiofrequenties voor nationale zenders, nummerplannen en ander beleid.

Tabel 5. Afdoening beroepsprocedures naar verweerder, 2002-2007*

	NMa (N = 132)	OPTA (N = 202)	EZ (N = 152)	V&W (N = 54)
Gegroundverklaring	46%	60%	40%	15%
Ongegrondverklaring	39%	36%	47%	74%
Niet-ontvankelijkverklaring	13%	12%	13%	9%
Anders	2%	1%	0%	2%

* Exclusief intrekkingen en verzoeken om voorlopige voorzieningen.

Tabel 6. Afdoening bijzondere competentiezaken naar type eiser, (one-shotter of repeat player), 2002-2007*

	Procedures eisers met 1-3 geschillen (N = 354)	Procedures eisers met 4-10 geschillen (N = 181)	Procedures eisers met >10 geschillen (N = 280)
Gegroundverklaring of toewijzing	34%	30%	46%
Ongegrondverklaring of afwijzing	50%	58%	42%
Niet-ontvankelijkverklaring	11%	12%	11%
Anders	3%	0%	1%

* Exclusief intrekkingen; inclusief verzoeken om voorlopige voorzieningen.

Ook bij de voorzieningenrechter blijkt de kans op succes voor de eisers te variëren met de verweerder. Verzoeken om voorlopige voorzieningen tegen besluiten van OPTA worden veel vaker toegewezen (53%) dan verzoeken tegen besluiten van de ministeries van Verkeer en Waterstaat (3%) en Economische Zaken (4%). Dat de kans op succes in procedures tegen OPTA relatief groot is, is wellicht te verklaren

doordat OPTA-besluiten vaak zeer gedetailleerd zijn (waardoor de kans dat de eiser op ten minste één punt in het gelijk wordt gesteld groot is) en doordat OPTA als relatief jonge toezichthouder jonge wetgeving moet toepassen en daarbij de grenzen van zijn bevoegdheden verkent. Er is geen duidelijke samenhang vast te stellen tussen de kans op succes en het aantal

geschillen dat een eiser heeft aangebracht (zie tabel 6). Procedures van eisers die meer dan tien geschillen hebben aangebracht, eindigen wel vaker in een (gedeeltelijke) gegrondverklaring of toewijzing. Bij nadere beschouwing blijkt echter dat de procedures van deze 'grote' repeat players relatief vaak tegen OPTA zijn gericht. One-shotters die tegen OPTA procederen hebben een zelfs nog iets hogere kans op succes. Binnen de categorie van 'grote' repeat players (met meer dan tien geschillen) blijkt het percentage 'gewonnen' procedures bovendien sterk te variëren.

6.2.5 Grote bedrijven²⁰⁹

Op wat voor punten wijken de procedures van grote bedrijven af van die van andere bedrijven? In de hierna te presenteren cijfers zijn alleen de procedures van bedrijven meegerekend. In de onderzochte periode spanden 21 grote ondernemingen samen 340 procedures aan; 176 andere bedrijven spanden samen 572 procedures aan.

Onder de grote ondernemingen komen relatief veel 'grotere' repeat players voor. Van de 21 grote ondernemingen brachten er 7 meer dan 4 geschillen aan. Bij grote ondernemingen is het aandeel telecomprocedures even hoog als bij andere bedrijven (87%). Grote bedrijven vragen echter minder voorlopige voorzieningen aan (25% van al hun procedures) dan andere bedrijven (35%). Verder valt op dat grote ondernemingen vooral tegen OPTA en NMa procederen. Kleinere bedrijven procede-

ren veel minder vaak tegen OPTA, en veel vaker tegen het ministerie van Economische Zaken en (vroeger) het ministerie van Verkeer en Waterstaat. Van de gewone procedures van grote ondernemingen was 73% tegen OPTA gericht, 16% tegen NMa, 5% tegen EZ en 3% tegen V&W. De procedures van kleinere bedrijven waren veel minder vaak tegen OPTA (26%) gericht, ongeveer even vaak tegen NMa (19%), en veel vaker tegen EZ (39%) en V&W (12%). Van de verzoeken om voorlopige voorzieningen van grote ondernemingen had 80% betrekking op besluiten van OPTA; bij kleinere bedrijven was dit slechts 12%. De verzoeken van kleinere bedrijven hadden veel vaker betrekking op besluiten van EZ (54%) en V&W (27%).

Grote ondernemingen trekken hun procedures ongeveer even vaak in (31%) als andere bedrijven (35%). Ze blijken hun procedures wel beduidend vaker te 'winnen' (zie tabel 7). In de onderzochte periode werd 58% van de beroepen van grote ondernemingen (deels) gegrond verklaard tegenover 46% van de beroepen van kleinere bedrijven. Ook werd 50% van de verzoeken om voorlopige voorzieningen van grote ondernemingen (deels) toegewezen tegenover 9% van de verzoeken van kleinere ondernemingen.

Deze grotere kans op succes lijkt echter vooral samen te hangen met het verschil in verweerders. Grote ondernemingen gaan vooral tegen besluiten van OPTA en de NMa in beroep. Ze 'winnen' deze procedures in respectievelijk 61% en 46% van de gevallen. De succesansen

²⁰⁹ Zie bijlage 1.

Tabel 7. Afdoeing bijzondere competentiezaken bedrijven, naar omvang bedrijf, 2002-2007*

	Procedures 21 grote bedrijven (N = 234)	Procedures overige bedrijven (N = 374)	Procedures bedrijven totaal (N = 608)
Gegroundverklaring of toewijzing	56%	32%	41%
Ongegrondverklaring of afwijzing	30%	54%	45%
Niet-ontvankelijkverklaring	12%	12%	12%
Anders	2%	1%	2%

* Exclusief intrekkingen.

van kleinere bedrijven tegen deze verweerders zijn niet veel kleiner (resp. 57% en 44%). De verzoeken om voorlopige voorzieningen van grote ondernemingen hebben vooral betrekking op besluiten van OPTA. Ruim de helft van deze verzoeken wordt (deels) toegewezen. De succeskans van kleinere bedrijven tegen OPTA is even hoog.

6.2.6 Hoger beroep

Tegen uitspraken van de rechtbank in bijzondere competentiezaken staat hoger beroep open bij het CBb. In hoeveel gevallen daadwerkelijk hoger beroep wordt ingesteld, is niet precies vast te stellen. Waarschijnlijk gaat het wel om een aanzienlijk deel van de uitspraken. Een indicatie zou kunnen zijn dat het CBb in de onderzochte periode ruim 200 hoger beroepen²¹⁰ in mededingings- en telecomzaken afdeed tegen uitspraken van de recht-

bank uit de jaren 2002-2005, terwijl de rechtbank in de laatstgenoemde periode uitspraak in eerste aanleg in ruim 400 van deze procedures²¹¹ deed.

Hoeveel uitspraken van de rechtbank door het CBb worden bevestigd of vernietigd is niet precies vast te stellen. Wij gingen zelf voor een deel van de hoger beroepsprocedures bij het CBb na hoe de uitspraak luidde. In 45% van de door ons onderzochte hoger beroepen werd de uitspraak van de rechtbank geheel of gedeeltelijk vernietigd.²¹² Daarmee zou het vernietigingspercentage in deze zaken wat hoger liggen dan bij de rechtbankuitspraken die in hoger beroep worden behandeld door de Centrale Raad van Beroep (CRvB), en ongeveer even hoog als bij de rechtbankuitspraken in fiscale zaken sinds de invoering van belastingrechtspraak in twee instanties in 2005. De appelpercentages liggen in de beide laatste typen zaken waarschijnlijk wel

²¹⁰ Exclusief hoger beroepen kort geding.

²¹¹ Exclusief verzoeken om voorlopige voorzieningen.

²¹² Hierbij zijn behalve mededingings- en telecomzaken ook andere bijzondere competentiezaken onderzocht.

Zie paragraaf 7.2 voor meer informatie.

een stuk lager.²¹³ Bij het mededingingsteam zelf bestaat de indruk dat in het merendeel van de mededingings- en telecomzaken ten minste één van de partijen hoger beroep instelt, en dat het vernietigingspercentage hoger ligt dan bij de rechtbankuitspraken waartegen hoger beroep kan worden ingesteld bij de CRvB.

Waarschijnlijk vallen de relatief hoge appel- en vernietigingspercentages in mededingings- en telecomzaken terug te voeren op het feit dat het om relatief jonge wetgeving gaat; over sommige kwesties is dus nog niet eerder geprocedeerd. Daarnaast is in sommige van deze zaken sprake van een reeks van geschilpunten, waardoor zowel de kans dat ten minste één van de partijen besluit tot doorprocederen als de kans dat het CBb op ten minste één punt tot een ander oordeel komt dan de rechtbank relatief groot is.²¹⁴

6.3 Geschil- en procedeergedrag

6.3.1 Herkomst van empirische gegevens

De rest van dit hoofdstuk is gebaseerd op interviews en een expertmeeting. De interviews werden gehouden bij elf grote bedrijven die partij waren geweest in een of meer procedures bij het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam. Respondenten bij twee andere bedrijven die we interviewden over hun ervaringen met het CBb hadden ook

ervaring met de rechtbank en hebben hierover vragen beantwoord. Daarnaast zijn medewerkers van de toezichthouders NMa en OPTA en vier advocaten geïnterviewd over hun ervaringen met (onder andere) de rechtbank Rotterdam. Twee andere respondenten waren werkzaam aan een juridische faculteit. Ook zijn twee rechters (onder wie de coördinator) van het mededingingsteam van de rechtbank geïnterviewd.²¹⁵ Aan de expertmeeting namen dertien deskundigen uit de wetenschap, rechterlijke macht, advocatuur en het bedrijfsleven deel.²¹⁶

Onder de bedrijven die we interviewden over hun ervaringen met de speciale rechtspraakvoorziening, waren zeven Nederlandse ondernemingen. Vier bedrijven maakten onderdeel uit van buitenlandse of internationale ondernemingen. Vier van de Nederlandse ondernemingen hadden ook bedrijven in het buitenland. Vijf van de geïnterviewde bedrijven hadden vier of meer zaken bij de speciale rechtspraakvoorziening gehad. Zes bedrijven waren in hooguit drie zaken partij geweest.

De repeat players (vier of meer zaken) waren afkomstig uit de telecomsector en – in één geval – de energiesector en waren partij geweest in procedures inzake de Telecommunicatiewet en de Mededingingswet. Zowel telecom- als energiebedrijven gaan veel in beroep tegen besluiten van toezichthoudende autoriteiten. Energiebedrijven komen alleen in

213 Bij de CRvB bedroeg het percentage vernietigingen in 2006 36% en in 2007 31%, bij een appelpercentage van ongeveer 35%. Bij de fiscale zaken bedroeg het percentage vernietigingen in appel in de periode 2005-2007 40%, bij een appelpercentage van 27%. Zie Van Widdershoven e.a. 2008, p. 38-39.

214 Zie ook paragraaf 6.3 en 6.6.

215 Zie bijlage 3 voor meer informatie over de interviews.

216 Zie bijlage 4 voor meer informatie over de expertmeetings.

reguliere mededingingszaken en als ze tegen een sanctiebesluit van de toezichthoudende autoriteit in beroep gaan bij de rechtbank Rotterdam terecht. Tot 2004 stond tegen alle op grond van de Telecommunicatiewet genomen besluiten beroep open bij de rechtbank. Telecombedrijven brachten in die periode een aanzienlijk deel van het totale aantal bijzondere competentiezaken aan. Sinds 2004 komen deze bedrijven alleen nog in reguliere mededingingszaken en als ze tegen een sanctiebesluit van OPTA of een besluit van het ministerie van EZ procederen bij de rechtbank terecht. In de interviews bij deze bedrijven zijn hun ervaringen met de rechtbank in verschillende soorten procedures (procedures inzake de Mededingingswet zowel als procedures inzake de oude Telecommunicatiewet) aan de orde gekomen.

De one-shotters (hooguit drie zaken) waren deels afkomstig uit een andere gereguleerde sector (de spoorsector), die nog maar weinig zaken bij de rechtbank heeft aangebracht. De overige one-shotters waren partij geweest in procedures inzake de Mededingingswet; deze bedrijven waren uit diverse sectoren afkomstig. De respondenten bij de ondernemingen waren bijna allemaal jurist. De meesten waren werkzaam bij een grotere of kleinere bedrijfsjuridische afdeling, soms een afdeling op het niveau van de holding die speciaal de raad van bestuur adviseerde, soms een afdeling speciaal belast met 'regulatory affairs'. Twee respondenten waren als enige jurist bij hun bedrijf werkzaam. Alle respondenten waren

zelf aanwezig geweest bij een of meer zittingen bij de rechtbank.

6.3.2 Preventie van geschillen en procedures

De meeste bedrijfsjuristen zeiden (veel) meer tijd te besteden aan het voorkomen van juridische procedures dan aan het voeren of begeleiden ervan. Respondenten die alleen met het reguliere mededingingsrecht te maken hadden, vertelden intern veel voorlichting te geven over het mededingingsrecht en de implicaties daarvan voor de onderneming:

'Je let er op dat je in al je uitingen, contracten, enzovoort "de schijn van" voorkomt. Ooit was het zo dat je als fietsfabrikant heel expliciet koos voor een dealernetwerk. Die werden dan bijna expliciet verboden om aan andere fietsenhandelaren (onze) fietsen te verkopen. Dat kan niet meer. Fietsen aanbieden op internet, in webshops, vroeger zou je bij wijze van spreken in het contract met je dealers hebben opgenomen dat dat niet mag, maar dat is niet meer gepast. Voorlichting is dus belangrijk, naar de werknemers, en ook naar de dealers waar we zaken mee doen. Want die komen bij ons klagen over oneerlijke concurrentie (...) en zeggen: Doe er wat tegen. Maar dat mag helemaal niet. Daar moet je ze dus in opvoeden.'

Respondenten uit gereguleerde sectoren, met name de telecomsector, hielden zich veelal uitsluitend met 'regulatory affairs' bezig. Deze

respondenten hadden meer ervaring met de bijzondere rechtspraakvoorziening in Rotterdam. Vooral telecombedrijven procederen relatief veel. OPTA neemt veel besluiten, en tegen veel besluiten van OPTA wordt beroep ingesteld – vaak ook door andere dan de direct geadresseerde bedrijven. Bij veel van de procedures die deze bedrijven aanspannen tegen de toezichthoudende autoriteit, is sprake van een onderliggend geschil met één of meer andere bedrijven (concurrenten of het bedrijf waarvan men het netwerk gebruikt). De betreffende bedrijfsjuristen besteden een groot deel van hun tijd aan het anticiperen en reageren op besluiten van de toezichthouder:

‘Wat we natuurlijk sowieso bij de besluiten waar wij direct geadresseerde zijn moeten doen, is kijken wat het voor impact heeft op onze business. (...) Hetzelfde verhaal speelt eigenlijk bij besluiten waar bijvoorbeeld KPN de aangewezen partij is. Dat we moeten kijken: de regulering die OPTA voorstelt, hoe raakt die ons, wat betekent dat effectief voor ons, en vinden wij dat er bijvoorbeeld omstandigheden zijn die maken dat de regulering anders zou moeten zijn? En denken we dat ook in beroep voldoende te kunnen aantonen?’

Dat neemt niet weg dat ook deze bedrijven doorgaans liever voorkomen dat ze moeten procederen. Dat gebeurt bijvoorbeeld door deel te nemen aan de consultaties die OPTA en andere toezichthouders organiseren en

door te reageren op conceptbesluiten. Daarnaast leggen bedrijven soms zelf kwesties aan de toezichthouder voor:

‘Wij hebben [gekozen] voor een proactieve houding. Als wij denken: dit is een lastig punt, dit is onduidelijk, dit is niet goed geregeld, of we zien zelf risico’s, dan gaan wij naar de toezichthouder toe en dan leggen we dat voor. Een voorbeeld is de OV-chipcard. Het hele contractenhuis rondom de OV-chipcard is gemeld bij de NMa met de vraag: Zou u ons alstublieft een zienswijze hierover willen geven? (...) Dus dan voorkom je dat je naderhand vragen of onderzoeken krijgt, omdat je bij voorbaat al met de laatste stand van zaken naar de toezichthouder toe gaat.’

Volgens respondenten uit de telecomsector lukt het de laatste jaren ook wel eens om geschillen met concurrenten en andere marktactoren op te lossen in onderhandelingen. OPTA is bij dergelijke onderhandelingen aanwezig en stuurt er dan op aan dat eventuele bezwaarprocedures worden ingetrokken. Een ander preventiemechanisme, dat overigens ook wordt ingezet als juridische procedures tot ongewenste resultaten hebben geleid, is dat van de politieke lobby. Zowel in Brussel als in Den Haag wordt veelvuldig gelobbyd voor nieuwe regels of wijzigingen van bestaande regels:

‘Vaak ben je al aan het lobbyen geweest voor je zo’n procedure start. We zijn bijvoorbeeld

een procedure gestart over de verlenging van bepaalde frequenties die een andere partij had gekregen. Daarvoor hebben we gelobbyd bij het ministerie: we zijn het niet eens met die verlenging, want het is onrechtvaardig ten opzichte van ons, om die en die redenen. Dat heeft niet tot het resultaat geleid wat wij graag hadden willen zien. Dus toen hebben we besloten om daartegen bezwaar te gaan maken en een procedure te gaan starten.'

Verder wordt de nodige aandacht besteed aan interne voorlichting en training:

'Wij hebben een compliancy-programma. Dat is heel uitgebreid en concernbreed gecommuniceerd. Er zijn workshops gegeven, er zijn films gemaakt. Dat gaat tot in de haarvaten van de onderneming. Als er nieuwe ontwikkelingen zijn (...), dan wordt er een nieuw stukje opleiding voor gemaakt en de betrokken doelgroepen krijgen dat dan.'

6.3.3 Overwegingen en afwegingen

De wijze waarop de besluitvorming over al dan niet procederen verloopt, verschilt per bedrijf en is ook afhankelijk van de aard en het gewicht van de zaak. De beslissing om in bezwaar of in beroep te gaan tegen een besluit van de NMa, OPTA of een ander bestuursorgaan wordt meestal genomen door de directie die daarbij afgaat op het advies van de bedrijfsjurist en de advocaat. Vrijwel altijd wordt een gespecialiseerde advocaat

ingeschakeld; vaak gebeurt dit al in de bezwaarfase. Bij bedrijven die onderdeel uitmaken van een buitenlands of internationaal bedrijf moet soms worden overlegd met de moedermaatschappij. Doorgaans wordt de beslissing echter in Nederland genomen. Een bedrijfsjurist:

'Ik beslis of het zinvol is om een procedure te beginnen, vervolgens leg ik dat voor aan het managementteam van [Nederlands dochterbedrijf] en formeel moet het managementteam, op het moment dat het buiten de gewone scope van het werk valt om een procedure te beginnen, aan de aandeelhouder toestemming vragen om te procederen. De normale scope van het werk, dat is een heel arbitraire grens. Dus ik moet zeggen dat dat lang niet altijd gebeurt. Omdat ik het dan betitel als behorend bij het normale werk. Ik probeer het toch zoveel mogelijk in eigen hand te houden. (...) We hebben hier in Nederland toch te maken met het (...) Nederlandse wettenkader en dat verschilt toch wel heel duidelijk van dat van onze moedermaatschappij.'

In de interviews bij bedrijven hebben we gevraagd naar de overwegingen en afwegingen die een rol spelen bij de beslissing om al dan niet in beroep te gaan tegen besluiten van toezichthoudende autoriteiten. Ook hier maakt het verschil om wat voor besluiten het gaat.

Bedrijven die niet in een gereguleerde markt opereren kunnen met de NMa in aanraking

komen doordat deze autoriteit een overtreding van de Mededingingswet vaststelt en het bedrijf een boete oplegt, of doordat het bedrijf door een fusie of overname onder het concentratietoezicht van de NMa valt. De meeste respondenten van de interviews hadden beroep ingesteld tegen een boete-besluit. In geval van overtreding van het kartel-verbod kan de NMa een boete ter hoogte van 10% van de omzet van de onderneming opleggen. Volgens onze respondenten is de kosten-batenafweging in dergelijke gevallen snel gemaakt:

‘[Na het besluit van de NMa op uw bezwaarschrift moest u besluiten of u in beroep ging. Hoe is die afweging verlopen?] Dat stond eigenlijk van tevoren al vast. Het hing natuurlijk van het besluit af, maar als de vermindering van de boete niet noemenswaardig is of de boete die overblijft zo hoog is als die nu is, dan rest je weinig anders dan in beroep te gaan. Daar komt nog bij dat je je eigen verdediging natuurlijk geldig vindt, en daarmee ook de boete belachelijk, of onterecht.’

De kosten van procederen wegen bij dergelijke boetes niet op tegen de mogelijke baten. Behalve de kosten voor de verdediging kan ook worden gedacht aan de onzekerheid die gedurende de procedure blijft bestaan en het risico van negatieve publiciteit:

‘Deze kwestie speelt al sinds 2002 en [de onderneming] is een beursgenoteerd bedrijf

en moet dus ook in haar jaarverslaggeving rekening houden met deze boete. (...) Los van het feit dat wij intern ook wel eens dit dossier willen afsluiten en in het archief willen opbergen, is het ook moeilijk uit te leggen aan beleggers en aandeelhouders dat deze kwestie al zo lang speelt en dat er nog steeds geen duidelijkheid is over de afloop.’

‘Je wilt die zaak graag achter de rug hebben. Het kost allemaal aandacht, geld, tijd en publiciteit. Dat laatste, daar zit je als bedrijf al helemaal niet op te wachten.’

Bij lagere boetes gaat dit soort overwegingen zwaarder wegen. De beslissing om toch beroep in te stellen kan dan (mede) zijn ingegeven door principiële of strategische motieven. Een bedrijfsjurist vertelde waarom zijn bedrijf beroep had ingesteld tegen een betrekkelijk lage boete die de NMa had opgelegd omdat het bedrijf niet zou hebben meegewerkt (het bedrijf was van mening dat het wel had meegewerkt) aan een onderzoek:

‘Ik denk dat we normaal gesproken alleen maar procederen als het over veel geld gaat. (...) Uiteindelijk hebben we toch besloten om deze zaak door te zetten. Voor onze advocaat was het interessant om hier toch eens een oordeel van de rechter over te krijgen, want dit zijn situaties die hij wellicht nog vaker mee gaat maken. (...) Maar wij zetten een zaak niet door omdat een advocaat in een principiële uitspraak geïnteresseerd is. Als het materieel

genoeg is, dan doen we het. En als we constateren: er gaat een hoop interne tijd mee verloren en we schieten er weinig mee op, dan stoppen we ermee. Maar ik denk dat hier de doorslag heeft gegeven dat het ook voor ons toch een beetje een principiestrijd was.'

Een andere respondent lichtte toe waarom zijn bedrijf beroep had ingesteld tegen een besluit van de NMa omtrent een concentratiemelding door een andere onderneming. Het besluit kwam erop neer dat het geadresseerde bedrijf een deel van zijn capaciteit moest veilen, waarbij enkele andere grote bedrijven, waaronder dat van de respondent, van deze veiling werden uitgesloten:

'Daar waren wij het uiteraard niet mee eens, vooral ook omdat wij helemaal niet geconsulteerd waren over deze voornemens van de NMa. (...) We hebben er toen voor gekozen om in beroep te gaan, omdat wij principieel op tafel wilden hebben dat wij niet zomaar uitgesloten kunnen worden van een veiling. En dat is ook gelukt. (...) Maar het was ook een mooie gelegenheid om nog eens aan te geven dat wij het niet eens waren met de marktafbakening. De NMa ging toen nog uit van een nationale markt, terwijl wij de relevante markt veel breder zien, Noordwest-Europees. (...) Wij wilden een uitspraak hebben over de grootte van de relevante productmarkt. Dat is niet gelukt, maar daar hadden we wel op aangestuurd.'
Het bedrijf van de laatste respondent

opereerde in een gereguleerde markt. Dergelijke bedrijven hebben ook met sectorspecifieke besluiten (van OPTA of de Vervoer- of de Energiekamer van de NMa) te maken. In procedures tegen dit soort besluiten gaat het de betrokken bedrijven vaak niet alleen (en zelfs niet in de eerste plaats) om onmiddellijke winst in de betreffende zaak. Een respondent uit de spoorsector zette uiteen dat de besissing om beroep in te stellen kan worden ingegeven door drie belangen:

'Als het gaat om relatief nieuwe wet- en regelgeving, dan heeft een onderneming in een gereguleerde sector er verschrikkelijk veel belang bij dat de wet juist wordt uitgelegd en toegepast (...) door marktspelers als ProRail of een concurrent, of door de NMa zelf naar aanleiding van een vraag of een klacht. (...) Dat is eigenlijk een principieel wetstechnisch belang. Een ander belang is natuurlijk als het echt betrekking heeft op primaire elementen die men nodig heeft voor een goede business. Bijvoorbeeld (...) als het gaat om de paden die wij toegewezen krijgen op de infrastructuur of de hoogte van het bedrag dat wij moeten betalen om die paden te mogen gebruiken. (...) Dus dat zijn dus echt bedrijfs-economische belangen. Er is nog een ander belang en dat heeft meer met bevoegdheidsvragen te maken. Men ziet toch in gereguleerde sectoren dat alle actoren hun eigen bevoegdheden gaan interpreteren. Daar is natuurlijk de vraag: Worden bepaalde bevoegdheden te extensief uitgelegd of niet?'

Respondenten uit de telecomsector noemden dezelfde belangen en motieven, waarbij sommigen benadrukten dat het verkrijgen van duidelijkheid voor de toekomst vaak belangrijker is dan onmiddellijke winst in de betreffende zaak. 'Natuurlijk word je het liefst materieel in het gelijk gesteld, maar onduidelijkheid is voor een bedrijf heel vervelend,' aldus een respondent uit de telecomsector. Een andere respondent legde uit waarom het verkrijgen van duidelijkheid over de uitleg van de wet- en regelgeving voor haar bedrijf van strategisch belang is:

'Het gaat om onze positie op de markt [en ook om] onze toegang tot de kapitaalmarkt. Een investeerder die zegt: Ho eens even, wat is de wettelijke basis van wat je nu doet, kan niet ieder moment het kleed onder je vandaan trekken. (...) Het geven van strategische duidelijkheid, dat is ook van belang voor het management. (...) Het is prettig als je kunt zeggen: Begin daar maar niet aan, en als je daarbij dan kunt verwijzen naar een rechterlijke uitspraak. Dat geeft houvast.'

Anderen merkten op dat het uiteindelijk toch altijd om geld gaat. 'Een bevoegdheidsvraag vertaalt zich namelijk ook in geld,' aldus een bedrijfsjurist. Een van de geïnterviewde advocaten was het daarmee eens:

'Het gaat eigenlijk gewoon botweg om geld. En dat is op zich wel interessant, want je denkt: Geld, dat is meer iets voor civielrechtelijke

zaken, maar in dat economische bestuursrecht gaat het gewoon om geld.'

In sommige gevallen blijkt de behoefte aan duidelijkheid ook niet op te wegen tegen de kosten die voor het bedrijf kunnen ontstaan bij verlies van de procedure. Daarom ziet een bedrijf als KPN, dat als aanbieder met 'aanmerkelijke marktmacht' alle partijen die gebruikmaken van zijn netwerk gelijk moet behandelen, er soms vanaf om een geschil met een ander bedrijf bij OPTA aanhangig te maken:

'Je kunt wel gaan procederen omdat je op een bepaald punt duidelijkheid wilt verkrijgen, maar stel dat je in het ongelijk wordt gesteld in een geschilprocedure, dan kan het zijn, omdat wij een non-discriminatieverplichting hebben, dat we die uitspraak marktbreed moeten gaan toepassen en dat dat een veel grotere (...) impact heeft. Dan zeggen we: Weet je wat, laat die hond maar lekker slapen.'

Verskillende respondenten merkten iets op over de 'cultuur' binnen hun sector of in het Nederlandse bedrijfsleven. Respondenten bij bedrijven die deel uitmaken van een buitenslands of internationaal bedrijf vertelden dat het hen soms veel tijd kost om aan het hoofdkantoor uit te leggen waarom zij in een bepaald geval niet willen procederen. 'De werking van de redelijkheid en billijkheid die partijen over en weer te betrachten hebben,

die kennen zij daar naar mijn idee minder,’ aldus een van deze respondenten. Een respondent uit de spoorsector over zijn beeld van de telecomsector:

‘De advocaat die wij voor de Spoorwegwet hebben, die doet ook veel telecomzaken bij de rechtbank Rotterdam. Wat ik van hem hoor, is dat echt gooi- en smijtwerk. (...) Dat past eigenlijk niet bij het spoorse. De cultuur is niet dat men graag bij de rechter staat of elkaar wenst te bevechten. (...) Vooral omdat je elkaar steeds tegenkomt. Je zit immers met z’n allen op hetzelfde net. Dus je kunt wel met elkaar in de heg gaan liggen, maar dat slaat een keer terug op jezelf.’

Respondenten van telecombedrijven gaven verschillende verklaringen voor het – inderdaad – relatief grote aantal juridische procedures dat vanuit deze sector wordt aangespannen. Zo zijn er veel marktpartijen en neemt OPTA veel besluiten die vaak meerdere bedrijven raken.²¹⁷ Een verschil met de spoorsector is bijvoorbeeld ook dat de oude monopolist concurrenten toegang moet verlenen tot zijn netwerk. In de spoorsector is er een aparte netwerkbeheerder. In deze laatste sector zijn de grootste partijen overigens alle voortgekomen uit het vroegere staatsbedrijf NS.

6.3.4 Intrekking procedures

Hiervoor bleek dat bijna een derde van alle procedures bij het mededingingsteam door de eiser(s) wordt ingetrokken. In de interviews hebben we naar de redenen gevraagd. Het komt wel eens voor dat een besluit wordt ingetrokken. Als er sprake is van een onderliggend geschil met een ander bedrijf, komt het voor dat de zaak alsnog wordt geschikt. Een beroepschrift of een verzoek om een voorlopige voorziening kan bij dergelijke geschillen ook als drukmiddel worden ingezet om het andere bedrijf tot een schikking te bewegen. Hiervoor zagen we al dat partijen die een non-discriminatieverplichting opgelegd hebben gekregen er belang bij kunnen hebben dat er geen uitspraak wordt gedaan. Een andere reden die zich in de telecomsector de afgelopen jaren regelmatig voordeed, is dat een bedrijf wordt overgenomen door een ander bedrijf waardoor het een andere marktpositie verkrijgt en het niet meer in het belang van het bedrijf is om de zaak door te zetten. Het komt ook voor dat een bedrijf beroep instelt om strategische redenen, omdat een andere partij dat ook heeft gedaan en het bedrijf zijn eigen beroepsgronden ‘zeker wil stellen’. Als de andere partij dan haar beroep intrekt, kan dat aanleiding zijn om er zelf ook mee te stoppen. Een van de geïnterviewde advocaten vertelde dat het ook nogal eens voorkomt dat hij pro forma beroep instelt, omdat anders de termijn verloopt en het bedrijf er nog niet helemaal uit is of, zo ja, op

²¹⁷ Zie over het procedeergedrag in de telecomsector uitgebreider paragraaf 7.3.

welke gronden men het beroep in moet stellen. Nader beraad kan vervolgens tot de conclusie leiden dat het beroep niet moet worden doorgezet.

6.3.5 Bereikt men wat men wil bereiken?

Hiervoor bleek dat de kans op succes in procedures tegen de toezichthouders NMa en OPTA relatief hoog is. Uit de interviews werd echter duidelijk dat bedrijven die gedeeltelijk in het gelijk werden gesteld dat zelf niet altijd als een succes ervoeren. Een vermindering van de boete was niet het resultaat waarop men had gehoopt. Of men had de procedure 'gewonnen' op een formele of procedurele grond, terwijl men eigenlijk een uitspraak over het materiële geschil wilde:

'Het is wellicht een heel rechtvaardig vonnis van de rechtbank, ik vind de overweging [dat de NMa iets zorgvuldiger, aan de hand van marktaandeelen en studie van de markt, onderzoek had moeten verrichten] ook goed te volgen, maar liever had ik gezien dat de rechtbank had gezegd: Ik kijk naar deze samenwerking en ik ben het wel of niet met de NMa eens. Dus in dat opzicht was het een beetje een domper voor ons.'

6.3.6 Hoger beroep

Als de uitspraak van de rechtbank er is, wordt deze binnen het bedrijf en met de advocaat besproken. Bekeken wordt wat de consequen-

ties zijn voor het bedrijf, en of hoger beroep moet worden ingesteld. Als het beroep door de rechtbank ongegrond of slechts ten dele gegrond is verklaard, wordt in deze zaken meestal besloten om door te procederen. Volgens de repeat players onder onze respondenten gaat in bijna alle gevallen ten minste een van de betrokken partijen in hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam. Een respondent uit de telecom-sector:

'Dat we niet naar het CBb gingen, de keren dat ik dat heb meegemaakt kan ik op de vingers van een hand tellen. Misschien twee, hooguit drie keer, dat na de uitspraak van Rotterdam de zaak niet naar het CBb ging. Het is standaard dat een van de partijen in hoger beroep gaat. Als wij gelijk hebben gekregen, dan gaat KPN wel in hoger beroep, of OPTA.'

Ook bij toezichthouder NMa bestond de indruk dat tegen de meeste uitspraken van de rechtbank in procedures waarin de NMa verweerder is hoger beroep wordt ingesteld:

'Als partijen ongelijk krijgen gaan zij in appel. Krijgen wij ongelijk gaan wij in appel. Vaak gaan beide partijen in appel, omdat er toch verschillende principiële punten in zitten. Voor partijen kun je zeggen dat ze bijna altijd gewoon door zullen procederen in een sanctiezaak, omdat van de sanctie veel afgaat. Bij de rechtbank vaak al en in hoger beroep vaak

nog meer. Dat is voor hen een belangrijke reden om door te procederen en wij gaan meer om duidelijkheid te krijgen over principes.'

In de interviews werden de volgende verklaringen gegeven. In kartelzaken kunnen de boetes hoog oplopen. Als het beroep bij de rechtbank niet tot het gewenste resultaat heeft geleid, is het dus de moeite waard om door te procederen. In telecomzaken werd in de periode dat de rechtbank Rotterdam nog in eerste aanleg over alle beroepen oordeelde vrijwel altijd hoger beroep ingesteld, omdat men duidelijkheid wilde over de uitleg van de regels. Die regels waren toen nog nieuw en er waren veel vragen over de interpretatie van bepalingen of begrippen. Daarnaast gaat het ook in deze zaken al gauw om grote bedragen. Uit de interviews in de spoorsector kwam naar voren dat in deze sector net als eerder in de telecomsector een grote behoefte aan duidelijkheid over de uitleg van bepalingen en begrippen bestaat. De afgelopen jaren zijn de eerste zaken uit deze sector door de rechtbank afgedaan. Partijen die in het ongelijk werden gesteld (waaronder de toezichthouder) zijn inderdaad in hoger beroep gegaan:

'Het is een heel principieel geschil over: hoe leg ik de Spoorwegwet uit en aan welke kaders zijn partijen gebonden? [De andere partij] en wij hebben ook heel duidelijk uitgesproken: het is zo'n principieel verschil, we leggen dit voor en we gaan dit uitprocederen.

We hebben al min of meer afgesproken: degene die in het ongelijk wordt gesteld, die gaat in hoger beroep, want dit willen we gewoon van tafel hebben. We willen gewoon (...) voor de rest van de levensduur van de Spoorwegwet weten waar we aan toe zijn. (...) Voor de komende jaren duidelijkheid. Rust op het front.'

Wellicht speelt ook een rol dat bij veel zaken meerdere bedrijven als eisers of belanghebbenden betrokken zijn. De uitspraak zal dan niet snel alle betrokken bedrijven tevredenstellen.

6.4 Opvattingen over specialisatie en concentratie

6.4.1 De noodzaak van specialisatie en concentratie

De respondenten van de interviews waren vrijwel unaniem van oordeel dat specialistische rechtspraak voor economisch-bestuursrechtelijke geschillen noodzakelijk is. Ook het nut van concentratie van zaken in eerste aanleg bij één rechtbank werd niet ter discussie gesteld. De respondenten wezen hierbij op de complexe of specifieke aard van de zaken of het rechtsgebied, de grote belangen voor de partijen en het relatief beperkte aantal zaken. Daarnaast merkten ze op dat de partijen in deze geschillen zich ook door gespecialiseerde juristen laten vertegenwoordigen. De volgende citaten uit interviews met bedrijfsjuristen zijn illustratief:

‘Mijn ervaring is dat het een buitengewoon weerbarstig rechtsgebied is, dat mededingingsrecht. (...) Ik zit bijvoorbeeld enorm met die toerekeningsleer. Dat krijgen de advocaten nooit uitgelegd: wanneer is een moederbedrijf nu wel of niet aansprakelijk voor gedragingen van een dochter? Daar gaat die zaak over die we nu aanhangig hebben gemaakt. Als je zo’n zaak voor een rechter brengt, wil je niets aan het toeval overlaten en wil je zeker weten dat die rechter volledig toegerust en geëquipeerd is om over zo’n moeilijke vraag een oordeel te geven. Je moet daarvoor geveerseerd zijn in het mededingingsrecht. Dat zie ik ook aan onze advocaat, die doet gewoon niets anders dan mededingingsrecht.’

‘Ik denk wel dat het een goede keuze is geweest van de wetgever om het te concentreren bij één rechtbank. Spoorwegwetzaken komen niet zo vaak voor. Het is ook allemaal heel specifiek. Die kamer in Rotterdam doet meerdere mededingingszaken. Je moet natuurlijk ook een zekere substantie van zaken hebben wil je zo’n college in stand kunnen houden.’

Verschillende bedrijfsjuristen verwezen ook naar hun ervaringen met niet-gespecialiseerde rechters in civiele procedures:

‘Ik merk in civiele zaken dat je de helft van de zitting bezig bent met uitleggen waar je het over hebt voordat je toekomt aan de juridische kwesties.’

Andere respondenten vonden concentratie en specialisatie om dezelfde redenen wenselijk of noodzakelijk. Een respondent die werkzaam was bij een toezichthouder:

‘Het is zo’n complexe materie en er staan, zeker bij reguleringszaken, zulke grote belangen op het spel, dat je er niet aan ontkomt dat je daar specialisten hebt zitten die goed ingevoerd zijn in de materie. (...) De rechter moet ook een beetje een gesprekspartner zijn voor de partijen die daar tegenover hem staan, en daarvoor moet je wel weten wat er op het terrein van die regelgeving gebeurt en hoe dat systeem in elkaar zit en ook hoe de verhoudingen tussen de partijen zijn. Ik kan me haast niet meer voorstellen dat een doorsnee bestuursrechtjurist dat gaat doen, en dat die zich per zaak daarin gaat verdiepen.’

Een van de geïnterviewde rechters:

‘Concentratie is noodzakelijk omdat het om zo weinig zaken gaat. Zolang het aantal zo beperkt blijft, moet je de kennis concentreren. Bedrijven doen dat ook. Die hebben advocaten die niets anders doen. Twee of drie zaken per jaar is veel te weinig.’

Enkele respondenten relateerden weliswaar de complexiteit of het specifieke karakter van mededingings- en marktordeningszaken – niet al deze zaken zijn even complex of specifiek, zaken worden soms complex gemaakt door de betrokken advocaten – maar ook deze respon-

denten onderschreven de wenselijkheid van concentratie en specialisatie. Een bedrijfsjurist:

'Als je dit gewoon als bestuursrecht ziet, dan zou je daar niet een speciale kamer voor nodig hebben. Het ligt natuurlijk heel erg aan de zaak. Je kunt een heel materieel mededingingsrechtelijk probleem hebben. Met materieel bedoel ik een zaak die niet procedureel kan worden afgedaan. (...) Voor de zaak die wij in Rotterdam hebben gehad, kun je je afvragen of het noodzakelijk was, die zaak was toch meer vanuit het bestuursrecht aangevlogen. Maar ik begrijp wel dat daar geen splitsing in wordt aangebracht, dus dat iedere zaak waarin het mededingingsrecht aan de orde is bij die kamer komt. En ik denk wel dat het nodig is dat je daarvoor een specialisme hebt.'

Ook de deelnemers aan de expertmeeting onderschreven het belang van concentratie en specialisatie. Ten aanzien van de concentratie van zaken in eerste aanleg bij één rechtbank maakten ze twee kanttekeningen. De eerste kanttekening was dat, omdat het om verschillende wetten gaat, opdeling over meerdere rechtbanken wel denkbaar zou zijn. De opbouw van specialistische kennis zou dan echter bemoeilijkt worden. Specialisatie vereist een bepaald volume aan (complexe) zaken. Het aantal zaken is nu te gering om over meerdere rechtbanken op te delen. Opdeling zou bovendien ten koste gaan van de synergie. De tweede kanttekening was dat er vragen te stellen zijn bij de keuze die des-

tijds is gemaakt voor de rechtbank Rotterdam. Amsterdam en Den Haag hebben naast een rechtbank zowel een gerechtshof als enkele gespecialiseerde rechterlijke colleges. Daarom zouden in deze steden wellicht meer rechters met kennis van zaken te vinden zijn geweest. De deelnemers waren het er echter over eens dat de keuze voor Rotterdam niet moet worden teruggedraaid. Ze constateerden dat de rechtbank Rotterdam veel heeft geïnvesteerd in de bijzondere competenties, wat tot een snelle groeicurve heeft geleid.

6.4.2 Mogelijke keerzijden

Specialisatie en concentratie worden dus noodzakelijk geacht. Wel noemden enkele respondenten als mogelijk nadeel van specialisatie dat een specialisme kan 'doorschieten'. Een bedrijfsjurist:

'Als je een specialisme te veel zijn eigen gang laat gaan, loop je het gevaar dat iemand er een stokpaardje van gaat maken. Die verliest dan misschien een beetje de aansluiting met het basisvakgebied. (...) De rechtseenheid is daar niet mee gediend.'

Geen van de respondenten was echter van mening dat dit in Rotterdam aan de orde is. Hierbij werd ook opgemerkt dat de bijzondere competentiezaken slechts een deel van het werk van het mededingingsteam uitmaken. Als keerzijde van concentratie werd genoemd dat een klein aantal rechters in Nederland alle

mededingings- en marktordeningzaken behandelt. Dat betekent enerzijds dat een individuele rechter een groot stempel op de betreffende uitspraken kan drukken. Anderzijds kan bij een gering aantal rechters de continuïteit in gevaar komen. Bij respondenten die regelmatig met de rechtbank te maken hadden, bestond dan ook enige zorg over het verloop onder de betrokken rechters – een zorg die werd gedeeld door de geïnterviewde rechters.

6.4.3 Vereiste deskundigheid

Bijna alle respondenten meenden dat rechters, om dit soort geschillen te behandelen, behalve een goede kennis van het relevante Nederlandse en Europese recht vooral ook economisch inzicht moeten hebben. Met name voor sommige marktordeningzaken werd daarnaast enig technisch inzicht wenselijk geacht. Bij kennis van het relevante recht dachten de respondenten uiteraard vooral aan het mededingingsrecht en het (economisch) bestuursrecht. Enkele respondenten vonden ook een ‘meer dan gemiddelde’ kennis van het strafrecht wenselijk of noodzakelijk. Respondenten die bij sectorspecifieke reguleringszaken betrokken waren dachten vooral aan de Europese richtlijnen, nationale wetgeving en lagere regelgeving die op de betreffende sector van toepassing zijn. Alleen al de hoeveelheid en het veelvuldige wijzigen van de regels zouden nogal wat van rechters vergen.

Bij economisch inzicht dachten bedrijfsjuristen die alleen met het reguliere mededingingsrecht te maken hadden vooral aan ‘gevoel’ voor hoe het er in het bedrijfsleven aan toegaat, voor de verhoudingen op de betreffende markt of voor de verhoudingen tussen de partijen in het geschil.

‘Als je een beetje gevoel hebt voor hoe het rechtsverkeer in de praktijk verloopt, hoe zaken worden gedaan, contracten worden gesloten, onderhandelingen worden gevoerd, dan kun je denk ik beter een oordeel vellen dan wanneer je alleen maar van achter je bureau het dossier leest, de feiten weegt en tot een oordeel komt. Vrouwe Justitia heeft een blinddoek om, dat moet ook absoluut niet veranderen, het moet zonder aanzien des persoons en partijen zijn, maar als daar een werknemer en een werkgever zitten, of de NMa en een bedrijf, vind ik wel dat je gevoel moet hebben voor hoe de verhoudingen liggen. Ik denk dat dat ook van cruciaal belang is opdat, als je met een vonnis komt, beide partijen er vrede mee kunnen hebben. Dan krijg je het beter verkocht om het zo maar eens te zeggen.’

Respondenten die werkzaam waren bij ‘regulatory’ afdelingen of die als advocaat, toezichthouder of anderszins ervaring hadden met sectorspecifieke reguleringszaken waren vaak specifiek. Zij noemden naast kennis van markten en besef van achterliggende belangen ook kennis van algemene economische vraag-

stukken en reguleringsvraagstukken. Een respondent bij de NMa lichtte toe:

‘De regelgeving is al complex, maar voor de reguleringszaken is ook van belang dat je de regulering en wat daar allemaal bij komt kijken doorgrondt, dat je bijvoorbeeld weet wat een WACC is, dat soort zaken. Ik noem dat maar economische expertise van reguleringszaken, dat is voor energie en voor vervoer denk ik van belang. (...) Dus met name bij die sector-specifieke zaken (...) heb je ook nog eens een keer de combinatie tussen recht en economie.’

Voor al respondenten uit de telecomsector vonden het wenselijk dat rechters ook enige technische kennis of inzicht hebben:

‘Je moet een beetje verstand hebben van hoe dat hele netwerk in elkaar zit, en hoe ze aan elkaar gekoppeld zijn.’

‘Soms spelen ook technische zaken een rol. Ik weet niet of die expertise aanwezig is bij de rechtbank Rotterdam, maar bij ons, bij OPTA, hebben we het in ieder geval hard nodig als we besluiten moeten nemen. Je kunt je dus voorstellen dat dat bij de rechtbank ook nodig zou zijn.’

Overigens waren er ook respondenten die het belang van economische of technische kennis relativeerden. Een advocaat:

‘Een rechter moet voor alles een rechter zijn, die een zaak overziet, tot de kern weet te reduceren en een knoop doorhakt. (...) Dat is meer een vaardigheid dan een deskundigheid. Kennis van markten of van technische aspecten vind ik eigenlijk niet noodzakelijk. (...) Maar rechters moeten wel in staat zijn om wat partijen allemaal overleggen – dat zijn vaak dikke rapporten – om daar iets nuttigs mee te doen. Je hebt twee soorten reacties soms. Een is: dat is me allemaal veel te ingewikkeld, ik denk zelf wel na. Dat is iets te makkelijk. De andere reactie is dat ze zich ingraven in een rapport en dan hun beslissing aan bladzijde 238 uit het rapport ophangen. Je moet daar een beetje tussenin zitten. (...) Het is dus wel een vereiste dat ze met meer technische en economische documenten zinvol om kunnen gaan.’

Een van de geïnterviewde rechters:

‘Je hebt [als rechter] je algemene beoordelingskader dat je op elke zaak loslaat. Procespartijen hebben meer deskundigheid op het gebied van economische processen, marktwerving in de betreffende sectoren en dergelijke. Vaak is die deskundigheid echter niet nodig om over individuele beroepen te kunnen oordelen. In een beroepschrift van 80 pagina’s moet je de relevante punten kunnen vinden. Het wordt vaak ingewikkeld gemaakt. Als rechter moet je een bepaalde basis hebben, en je moet zaken vaak doen. Dan kom je er wel uit, dan kun je ook vergelijken.’

Verskillende andere respondenten merkten eveneens op dat het vooral van belang is dat rechters voldoende van dit soort zaken behandelen om ervaring en deskundigheid op te bouwen.

De deelnemers aan de expertmeeting maakten onderscheid tussen reguliere mededingingszaken en sectorspecifieke reguleringszaken. Vooral deze laatste zaken vereisen volgens hen economische kennis. Voor reguliere mededingingszaken werd deze kennis wat minder belangrijk geacht. Rechters moeten vooral de discussie kunnen volgen, moeten bijvoorbeeld accountancy-termen kennen. De daartoe vereiste kennis kan in cursussen worden opgedaan. Het zou wellicht handig zijn om, zoals de Ondernemingskamer, een accountant-lid te hebben, maar noodzakelijk is het niet. De deelnemers zagen ook niet veel in de suggestie van sommige respondenten uit het bedrijfsleven om rechters op stage of excursie te sturen.

6.4.4 Deskundigheid mededingingsteam

Is de vereiste deskundigheid voldoende aanwezig bij de rechtbank Rotterdam? Sommige respondenten bij bedrijven zeiden te weinig ervaring met de rechtbank te hebben om dit te kunnen beoordelen. De repeat players onder de respondenten waren door de bank genomen positief over de deskundigheid van de rechtbank in reguliere mededingingszaken. Een respondent met ervaring in een lange reeks van zaken constateerde dat de recht-

bank in de loop der jaren de nodige kennis en ervaring had opgebouwd:

'Vroeger hadden we nog wel eens de ervaring dat we dachten: (...) Waar moeten we gaan beginnen met uitleggen? Zeker in complexe zaken, want dan moest je het juridisch kader uitleggen, maar ook nog de complexe materie. Ik heb nu het idee dat men het juridisch kader heel goed kent, goed voorbereid is en ook met goede vragen komt op het terrein. De feitelijke en technische vragen die nodig zijn om de zaak echt scherp te krijgen.'

Een paar respondenten vonden de benadering van de rechtbank te bestuursrechtelijk. De rechtbank heeft nog wel eens de neiging om economische vraagstukken uit de weg te gaan en voor een juridische oplossing te kiezen, aldus een van deze respondenten. Een ander merkte op:

'Ja, wie zitten er in de rechtbank? Het zijn op zich allemaal goede rechters. Ze hebben af en toe plaatsvervangers erbij zitten die wel meer echt specifieke expertise hebben, maar daar zit ook geen echte mededingingscoryfee bij. Dat hoeft misschien ook helemaal niet, maar wat dat betreft relativeer ik een beetje het beeld, de kwalificatie van gespecialiseerde rechtbank. Maar ik ben tevreden over hun werk.'

Over de deskundigheid van de rechtbank in sectorspecifieke reguleringszaken viel het oor-

deel in het algemeen wat minder positief uit. Enkele respondenten uit de telecomsector zeiden verschillende ervaringen te hebben gehad; ze vonden dat niet alle rechters die ze aan het werk hadden gezien blijk gaven van voldoende inzicht in de machts- of marktverhoudingen binnen de telecomsector. Anderen vonden dat de deskundigheid in de loop der jaren wel verbeterd is. Respondenten uit deze sector vergeleken de rechtbank vaak met het CBb; de meesten schatten de deskundigheid van de laatste instantie hoger in (met name op het punt van inzicht in de verhoudingen binnen de sector). De respondenten uit de spoorsector oordeelden nogal verschillend over de deskundigheid van de rechtbank in 'hun' zaken. Een paar van hen zeiden te hebben gemerkt dat de materie van de spoorwegregelgeving nieuw was voor de rechtbank. Een ander zei juist te hebben gemerkt dat de rechtbank kon teruggrijpen op zijn ervaring met andere gereguleerde sectoren.

Tijdens de expertmeeting werden geen duidelijke hiaten in de specialistische kennis van de Rotterdamse rechters gesignaleerd. De deelnemers waren het erover eens dat kennis van het mededingingsrecht voldoende aanwezig is. Daarbij schrikken de Rotterdamse rechters er niet voor terug om Europees recht toe te passen. In hun uitspraken zijn vaak Europees-rechtelijke onderbouwingen te vinden. Volgens enkele deelnemers lijken ze af en toe zelfs te snel naar uitspraken van het Europese hof te verwijzen.²¹⁸ Op het gebied van bepaalde gereguleerde sectoren – o.a. vervoer – moet

volgens de deelnemers nog ervaring worden opgebouwd. Er zijn nog te weinig zaken geweest om te beoordelen of de rechtbank ook in voldoende mate over de voor deze zaken vereiste specialistische kennis beschikt.

6.5 Opvattingen over kwaliteit

6.5.1 Wat verstaan gebruikers onder goede rechtspraak?

In de interviews hebben we eerst gevraagd naar de eisen of criteria die respondenten zelf hanteren. Wat verstaan zij onder rechtspraak van goede kwaliteit? In hun antwoord gingen vrijwel alle respondenten voornamelijk in op de eisen die ze aan een vonnis stellen. 'Ik moet de uitspraak kunnen begrijpen en hem intern kunnen uitleggen,' aldus verschillende bedrijfsjuristen. Dat vereist dat zowel de feiten als de stellingen van partijen correct worden weergegeven, en dat het vonnis goed gemotiveerd is. Een goede motivering houdt volgens sommige respondenten in dat ook de stellingen van de verliezende partij worden besproken:

'Rechtspraak van goede kwaliteit is als je jezelf kunt herkennen in het geschil, als de uitspraak gaat over wat jij zo beleefd hebt. Wat ik bij de Raad van Arbitrage in het verleden wel eens heb meegemaakt, was dat stellingen van partijen onbesproken bleven dan wel verkeerd geciteerd. (...) Als de stellingen van de partijen correct worden weergegeven, dan is er al veel gewonnen. En als je de redenering in de

²¹⁸ Zie voor een uitvoerige analyse van de aansluiting van de uitspraken van de rechtbank Rotterdam (en het CBb) bij het Europese mededingingsrecht: Gerbrandy 2009.

uitspraak kunt begrijpen – je hoeft het er niet mee eens te zijn.’

‘Ik denk dat het voornaamste het motiveren van het vonnis is. Ik vind het natuurlijk niet leuk om te verliezen, maar ik heb er geen bezwaar tegen dat ik een zaak verlies als dat ondubbelzinnig gemotiveerd is. En niet enkel gemotiveerd waarom de andere partij gelijk heeft, maar ook waarom de verliezende partij ongelijk heeft – ik denk dat dat zeker zoveel aandacht behoeft als het motiveren waarom de winnende, tussen aanhalingstekens, partij gelijk krijgt. Als dat gemotiveerd is, dan is er mee te leven.’

Vooraf voor respondenten bij telecombedrijven en andere bedrijven die in gereuleerde sectoren opereren waren ook belangrijke eisen dat het vonnis duidelijkheid biedt en dat het aansluit bij eerdere uitspraken:

‘Dat je een uitspraak krijgt waarvan je zegt: Ik kan mij er in vinden, de overwegingen vind ik goed en steekhoudend, wat de uitspraak verder ook brengt voor je. Dat vind ik een facet van kwaliteit. En ik vind een ander facet van kwaliteit: elke uitspraak is weer een basis voor de toekomst en dat daar een stukje consistentie in zit.’

‘[Het is] van uitermate groot belang dat wij weten waar we aan toe zijn met de regulering. We hebben niets aan vage uitspraken. (...) Dus een besef bij een rechter van de praktische

effecten van zijn uitspraak, dat is wel uitermate prettig. Want anders heb je een uitspraak en dan ben je nog niks opgeschoten.’

‘[Er zou niet in moeten staan] het besluit is vernietigd, want het is niet goed gemotiveerd, maar liever – voor zover daar bestuursrechtelijke mogelijkheden voor zijn, dat hangt een beetje van het type besluit af – hoe het dan wel had moeten.’

Respondenten die in andere hoedanigheden bij marktordeningszaken betrokken waren, zeiden hetzelfde. Het vonnis moet een oplossing bieden voor dat wat de partijen echt verdeeld houdt, voor het materiële geschil, werd door diverse respondenten gesteld. Respondenten bij de toezichthouders NMa en OPTA zeiden dat de uitspraak in geval van vernietiging van een besluit vooral ook duidelijkheid moet geven over hoe het nieuwe besluit eruit moet zien:

‘Ik vind het altijd jammer als er om procedurele redenen een beslissing van ons wordt vernietigd of wordt gewijzigd, en de materie, de inhoud, niet echt aan de orde is gekomen. Dan ben ik er over het algemeen minder over te spreken.’

6.5.2 Vier dimensies

We hebben alle respondenten ook gevraagd hoe belangrijk zij de volgende aspecten of dimensies van kwaliteit vinden: de bejegening

van procespartijen, onpartijdigheid, de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van behandeling en uitspraak, de duur van de procedure. De juridisch-inhoudelijke kwaliteit werd door de meeste respondenten het belangrijkste gevonden. Sommigen tekenden daarbij aan dat de onpartijdigheid van rechters het allerbelangrijkst is, maar dat ze ervan uitgingen dat die in Nederland voldoende gewaarborgd is. Anderzijds merkten enkele respondenten op dat de onpartijdigheid in het bestuursrecht juist minder goed gewaarborgd lijkt. 'Mijn indruk is wel eens dat in het bestuursrecht het bestuursorgaan al met 3-0 voorstaat aan het begin van de procedure,' aldus een bedrijfsjurist. Bij de juridisch-inhoudelijke kwaliteit dacht men – zoals hierboven al bleek – vooral aan de motivering van de uitspraak. Enkele respondenten uit de telecomsector zeiden ook veel belang te hechten aan consistentie. De duur van de procedure en de bejegening van partijen vonden de meeste respondenten minder belangrijk. Met betrekking tot de bejegening van partijen werd opgemerkt dat dit aspect in procedures van of tegen particulieren van groter belang is. De partijen in economisch-bestuursrechtelijke procedures zijn meer door de wol geveerd, of zouden dat moeten zijn, aldus verschillende respondenten. Ze tekenden daarbij aan dat ze de zitting wel heel belangrijk vonden:

'Dat een rechter zich inleeft in de problemen van procespartijen, daar hecht ik niet zoveel waarde aan. Maar het is wel heel belangrijk

dat ze luisteren naar de standpunten van de partijen.'

'De hoorzitting is uiterst belangrijk. Ik wil het gevoel hebben begrepen te zijn.'

De duur van de procedure werd over het geheel genomen minder belangrijk gevonden, maar niet alle respondenten dachten hier hetzelfde over. Veel respondenten zeiden dat ze hadden leren leven met doorlooptijden die ze eigenlijk te lang vonden. Deze respondenten zeiden meer belang te hechten aan een goede dan aan een snelle uitspraak:

'Het is fijn als dat niet al te lang duurt, maar it's a fact of life in Nederland dat je zeker in hoger beroepsprocedures eerder in jaren dan in maanden moet rekenen. Ja, dat is nou eenmaal zo.'

'Ik wacht liever tien jaar op een goede uitspraak dan dat het in een jaar klaar is en dat het een slechte uitspraak is. Dus die doorlooptijd is wel belangrijk, maar dat vind ik eigenlijk nog het minst belangrijk.'

Andere respondenten merkten op dat de doorlooptijd in sommige marktordeningszaken wel heel belangrijk is. Daarbij dachten ze met name aan beroepen tegen besluiten van toezichthouders met een beperkte geldigheidsduur, zoals de marktanalysebesluiten van OPTA. 'Snel duidelijkheid verkrijgen is in dit soort zaken belangrijker dan langzaam je

gelijk halen,' aldus een respondent uit de telecomsector. Volgens respondenten uit deze sector was de duur van de (totale) procedure ook de belangrijkste reden geweest waarom ze hadden gepleit voor de wijziging van de rechtsgang in telecomzaken die in 2004 werd doorgevoerd (waardoor beroep in eerste en enige aanleg bij het CBb de hoofdregel werd).

6.5.3 Beoordeling kwaliteit rechtbank

Hoe beoordeelden de respondenten de kwaliteit van de rechtspraak van de rechtbank Rotterdam op de genoemde aspecten? De helft van de geïnterviewde bedrijfsjuristen had slechts een of twee zaken bij de rechtbank Rotterdam gehad. Sommigen gaven aan dat hun oordeel door de uitkomst van die zaken werd gekleurd.

Motivering van de uitspraak

Hiervoor bleek dat de kwaliteit van de rechtspraak door gebruikers vooral aan de uitspraak wordt afgemeten. Verschillende respondenten die hun zaak 'verloren' hadden, vonden dat hun beroepsgronden in de uitspraak van de rechtbank onvoldoende besproken waren. 'Onze argumenten zijn voor kennisgeving aangenomen,' aldus een van deze respondenten. Ook een advocaat die ervaring had in een reeks van zaken vond de motivering van uitspraken niet het sterkste punt:

'De uitspraken, daar moet ik van zeggen dat ik in het algemeen wel vind dat ze tot de juiste

conclusie komen. Dat zeg ik echt objectief (...); dat je zaken verliest hoort er gewoon bij. Ik vind de motivering soms wel iets te wensen overlaten, ik vind dat soms wat aan de oppervlakkige kant.'

Oplossing van het materiële geschil

Een andere voor gebruikers belangrijke eis is dat de uitspraak een oplossing voor het materiële geschil en duidelijkheid voor de toekomst biedt. Hierboven bleek al dat enkele respondenten de benadering van de rechtbank soms te bestuursrechtelijk vonden. Ook kwam al aan de orde dat respondenten soms teleurgesteld waren, omdat ze hun zaak hadden 'gewonnen' op een formele of procedurele grond. Respondenten bij de toezichthouders NMa en OPTA vonden dat de uitspraken van de rechtbank hen niet altijd voldoende 'sturing' gaven:

'[Ik vind het] een kwalitatief goede uitspraak, als er niet gewoon een vernietiging uitrolt en we dan nog met de handen in het haar zitten over wat we moeten doen, hoe het verder moet en wat daar dan de kaders van zijn. (...) Ik heb het idee dat die intentie er wel is, zowel bij de rechtbank als het CBb, om op die manier hun vonnissen te motiveren, meer dan een aantal jaren geleden. (...) Maar daar is zeker nog een slag in te halen.'

Overigens oordeelde men op dit punt nogal verschillend. Er waren ook respondenten die waarderend opmerkten dat de rechtbank een

open oog heeft voor de effecten van zijn uitspraken. Een respondent uit de telecom-sector:

‘Door de bank genomen moet ik zeggen dat het CBb en de rechtbank Rotterdam daar zeker oog voor hebben. Dat die goed weten welke gevolgen hun uitspraken hebben. Ook proberen een kwestie op te lossen. Ze zien dat er onzekerheid is in de markt en ze proberen ook door alle juridische argumentatie heen te snijden en daar gewoon een praktische uitleg aan te geven, die ook werkbaar is. Dat valt me op, [en ook dat ze] soms zich minder dan de advocaten verliezen in allerlei juridische bespiegelingen.’

Ook over hoe de rechtbank het er op dit punt afbrengt in vergelijking met het CBb werd nogal verschillend geoordeeld. Volgens de ene respondent probeert de rechtbank meer een oplossing voor het materiële geschil te geven, volgens de andere respondent slaagt het CBb daar juist beter in. De meeste respondenten uit de telecomsector oordeelden wat positiever over het CBb.

Andere aspecten van de juridisch-inhoudelijke kwaliteit

Over andere aspecten van de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van behandeling en uitspraak oordeelden de meeste respondenten positief. Het oordeel over het onderzoek ter zitting was vaak zeer positief; verschillende respondenten roemden de voorbereiding van de rechtbank:

‘Ik vind de zittingen in Rotterdam eigenlijk zonder uitzondering plezierig. Ik heb het idee dat ik voor goed voorbereide rechters sta, dat misschien niet alle drie maar toch wel één of twee er echt goed in zitten. Die altijd vragen hebben en (...) ook gewoon goede vragen, zodat je die zitting uitgaat met een gevoel van: we hebben alles gezegd wat er gezegd moest worden. (...) Ik vind dat ze dat goed doen, vrij informeel, maar inhoudelijk gewoon goed.’

Onpartijdigheid

De meeste respondenten namen als vanzelfsprekend aan dat de rechtbank onpartijdig is. Wel zag de respondent die vond dat in bestuursrechtelijke procedures het bestuursorgaan begint met een voorsprong, deze mening bevestigd in een van zijn procedures (tegen een ministerie) bij de rechtbank. Enkele andere respondenten namen bij het CBb een (veel) kritischer houding tegenover toezichthouders waar dan bij de rechtbank. Hun waardering voor die houding verschilde overigens. De een vond de houding van het CBb van grotere onpartijdigheid getuigen, de ander die van de rechtbank. Een respondent uit de telecomsector zei vroeger wel eens de indruk te hebben gehad dat enkele rechters meer vanuit het perspectief van KPN dan dat van de alternatieve aanbieders naar een zaak keken.

Bejegening van procespartijen

De bejegening ter zitting werd in het algemeen positief beoordeeld. Enkele respondenten

spraken ook hun waardering uit voor de leesbaarheid van de uitspraken van de rechtbank. Een van hen was zelf geen jurist:

‘Het was voor het eerst (...) dat ik zo’n uitspraak moest gaan beoordelen. Dat viel me in ieder geval mee. Ik kon de redenering begrijpen. Ik heb eerder ook wel vonnissen gezien waarvan ik zeg: Dat is niet mijn ding, daar kom ik niet uit. Maar dit was wel leesbaar, het was geen slecht geschreven verhaal. [En vindt u dat belangrijk, of zegt u: mijn advocaten leggen het me wel uit?] O nee, ik ben om de dood dat ik dingen helemaal aan juristen zou moeten overlaten, dat ik daar afhankelijk van ben. Dus dat is zeker belangrijk.’

Doorlooptijden

Dit aspect werd in de interviews het minst positief beoordeeld, maar diverse respondenten vonden de rechtbank Rotterdam toch gunstig afsteken bij andere gerechten waarmee ze ervaring hadden. Ook hier vergeleken veel respondenten hun ervaringen bij de rechtbank Rotterdam met die bij het CBb. De doorlooptijden bij het CBb zouden volgens sommige respondenten korter en volgens anderen juist langer zijn dan bij de rechtbank.

Oordelen van de deelnemers aan de expertmeeting

Aan de dertien deelnemers aan de expertmeeting is gevraagd om (op een formulier, anoniem) aan te geven hoe belangrijk zij de vier aspecten vinden voor de kwaliteit van de

rechtspraak en hoe hoog de rechtbank erop ‘scoort’. De onpartijdigheid van rechters werd het belangrijkste gevonden. De deelnemers vonden dat de rechtbank goed tot zeer goed scoort op deze dimensie. De juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de behandeling en de uitspraak werd zeer belangrijk gevonden. Bijna alle deelnemers vonden dat de rechtbank goed scoort op deze dimensie; een paar deelnemers vonden de juridisch-inhoudelijke kwaliteit matig. De duur van de procedure en vooral de bejegening van procespartijen werden minder belangrijk gevonden. De bejegening van partijen door de rechtbank werd als goed tot zeer goed beoordeeld. De duur van de procedure werd door bijna alle deelnemers als matig beoordeeld.

Tijdens de expertmeeting zelf waren de deelnemers over het geheel genomen positief over de kwaliteit van de rechtspraak in mededingingszaken. Men roemde in het bijzonder de zittingen; die worden heel goed voorbereid, de rechters zijn heel actief, kennen het dossier echt en nemen het tijdens de zitting helemaal door. Een paar deelnemers signaleerden dat de motivering van uitspraken van de rechtbank soms te wensen overlaat; de overwegingen die tot het dictum leiden worden vaak heel kort uiteengezet. Ook werd geconstateerd dat bij vernietiging en terugverwijzing niet altijd voldoende wordt aangegeven wat het bestuursorgaan anders moet doen. Met name als de uitspraak inhoudt dat het bestuursorgaan nader onderzoek moet doen, is er behoefte aan meer instructie. De

doorlooptijden waren in het begin lang, maar de rechtbank heeft ze weten te verkorten. De huidige doorlooptijden (op ongeveer een jaar geschat) vond men in vergelijking met die bij andere rechtbanken niet slecht. Enkele deelnemers zouden een verdere verkorting niettemin zeer prettig vinden. Tussen een primair besluit van de NMa en de beslissing van het CBb zitten nu al gauw vijf jaar; dat is moeilijk uit te leggen aan partijen. Lof was er ten slotte voor de griffie van de rechtbank (zeer behulpzaam) en voor de pilot 'Digitaal dossier'.

6.6 Knelpunten en suggesties voor verbetering

6.6.1 Roulatiebeleid

Het nut van specialisatie en concentratie werd zowel in de interviews als in de expertmeeting onderschreven. Wel werd als keerzijde van concentratie genoemd dat een zeer beperkt aantal rechters in Nederland alle mededingingszaken behandelt. Tegelijkertijd bestond er enige zorg over het verloop onder de betrokken rechters – een zorg die overigens werd gedeeld door de geïnterviewde rechters. In de interviews suggereerden enkele respondenten dat het algemene roulatiebeleid zou moeten worden herzien om te voorkomen dat specialistische kennis te snel wordt 'weggerouleerd'. Het opbouwen van specialistische kennis en ervaring kost veel tijd. Het is een vorm van kapitaalvernietiging als een rechter dan na enkele jaren naar een andere

sector gaat. De deelnemers aan de expertmeeting waren het erover eens dat het goed zou zijn als gespecialiseerde rechters ten minste zes jaar kunnen blijven 'zitten' zonder dat dit schadelijke gevolgen heeft voor hun carrière. Overigens merkten enkele deelnemers op dat het roulatiebeleid de laatste jaren al niet meer zo rigide wordt toegepast als in het begin. De geïnterviewde rechters bevestigden dit. Ook zij waren van mening dat roulatie pas na vijf of zes jaar zou moeten plaatsvinden.

6.6.2 Economische kennis

Verschillende respondenten bij bedrijven vonden het wenselijk of zelfs noodzakelijk dat rechters die dit soort geschillen behandelen enige ervaring in het bedrijfsleven hebben. Rechters zouden dan beter kunnen oordelen over (bijvoorbeeld) 'onderling feitelijk afgestemde gedragingen'. In de opleiding van rechters zouden (meer) mogelijkheden voor stages in het bedrijfsleven kunnen worden gecreëerd. Het zou ook goed zijn als de rechtbank ten minste één rechter met een achtergrond in het bedrijfsleven zou hebben. Volgens enkele andere respondenten lijkt de rechtbank nu soms economische vraagstukken uit de weg te gaan. Deze respondenten opperden dat de rechtbank vaker een externe deskundige zou kunnen inschakelen voor deze vraagstukken, of dat ze een econoom in het ondersteunend personeel zou kunnen opnemen.

De deelnemers aan de expertmeeting waren het met de respondenten van de interviews eens dat rechters economische kennis of inzicht moeten hebben. Ze meenden ook dat het voor de rechtbank wellicht handig zou zijn om, zoals de Ondernemingskamer, een accountant-lid te hebben, maar noodzakelijk achtten ze dat niet. De deelnemers zagen ook niet veel in het op stage of excursie sturen van rechters ('dan is het eind al gauw zoek'). Een deelnemer suggereerde dat de rechtbank economen als bijzitters in de kamer zou kunnen zetten, bijvoorbeeld bij concentratiezaken. Enkele andere deelnemers voelden meer voor het inschakelen van economen in de ondersteuning, om zaken te helpen voorbereiden. Daartoe zou echter wel iets aan de status en beloning van ondersteunende medewerkers moeten worden gedaan. Na enige discussie kwam men tot de conclusie dat iedere rechter die dit soort zaken behandelt over een bepaalde basiskennis moet beschikken, liever dan dat rechters vertrouwen op medewerkers of bijzitters die econoom zijn. Daarnaast kan het in bepaalde zaken nuttig zijn om economen als deskundigen in te schakelen. Bijvoorbeeld als het om nog onontgonnen terrein gaat en het niet duidelijk is in hoeverre er empirisch bewijs is voor aangevoerde economische inzichten. Ook kan het in bepaalde zaken nuttig zijn om rechterplaatsvervangers met een bepaalde deskundigheid in te schakelen. Nog beter zou zijn als een of twee vaste rechters extra opgeleid worden voor (bijvoorbeeld) concentratiezaken.

6.6.3 De uitspraak

Bedrijven meten de kwaliteit van de rechtspraak in economisch-bestuursrechtelijke geschillen vooral aan de uitspraak af. Enkele respondenten bij bedrijven hadden kritiek op de motivering, ze vonden dat hun beroepsgronden onvoldoende besproken werden in de uitspraak. Andere punten van kritiek waren dat de uitspraak niet altijd een oplossing biedt voor het materiële geschil en dat in geval van vernietiging en terugverwijzing niet altijd voldoende wordt aangegeven wat het bestuursorgaan anders moet doen. Het laatste punt is ook tijdens de expertmeeting aan de orde gekomen. Met name als de uitspraak inhoudt dat het bestuursorgaan nader onderzoek moet doen, is er behoefte aan meer instructie. Tijdens de expertmeeting werden verschillende suggesties gedaan, waaronder overwegingen ten overvloede formuleren, een soort tussenvonnis geven, gebruik van de bestuurlijke lus. Een comparitieachtige zitting of bijeenkomst, waar de rechter nog eens met de partijen doorspreekt wat er van hen wordt verwacht, leek de deelnemers een aantrekkelijke optie.

6.6.4 Suggesties voor verdere concentratie

Tijdens de expertmeeting is uitgebreid stilgestaan bij de vraag of verdere concentratie van mededingingszaken bij de rechtbank Rotterdam wenselijk is, om te profiteren van de kennis die hier is opgebouwd en om verdere kennisopbouw te bevorderen. Een

mogelijkheid zou zijn om alle zaken die betrekking hebben op handelingen van de NMa bij de rechtbank Rotterdam te concentreren. Dit zou eenvoudig geregeld kunnen worden door alle besluiten en ook feitelijke handelingen van de NMa als besluit in de zin van de Awb aan te merken. Enkele deelnemers zagen als bezwaar van verdere concentratie het risico van verkokering – Wat wordt dan het toetsingscriterium? vroegen zij zich af – anderen relativeerden dit. Daarnaast werd opgemerkt dat zaken tegen de NMa nu bij de rechtbank Den Haag kunnen worden aangebracht, en dat een van de rechters daar zich al in deze zaken lijkt te hebben gespecialiseerd. De meeste deelnemers voelden echter wel voor deze mogelijkheid van concentratie van alle zaken tegen de NMa bij de rechtbank Rotterdam.

Enkele deelnemers opperden dat ook civiele mededingingszaken geconcentreerd zouden kunnen worden.²¹⁹ Concentratie van zaken in eerste aanleg lijkt echter niet goed mogelijk, omdat het mededingingsrecht meestal in combinatie met andere argumenten in stelling wordt gebracht. De deelnemers zagen meer in het concentreren van civiele beroepen bij één hof. Overwegingen die daarbij werden genoemd waren dat het risico van een niet-uniforme toepassing van artikel 81 van verordening 1/2003 zou worden verkleind, dat een gespecialiseerde hoger beroepsrechter kundiger zal zijn, en dat het niet efficiënt is om

alle hoven te laten investeren in de voor deze beroepen vereiste specialistische kennis.

Anderzijds vroegen sommige deelnemers zich af of het bij civiele appellens wél altijd duidelijk is dat ze over mededinging gaan, en of er nu zo veel ontevredenheid is over de behandeling van deze appellens. Als rechtseenheidsvoorziening is er de Hoge Raad. Toch voelde men al met al wel voor een gespecialiseerde appelrechter.

Overigens zou men graag zien dat andere rechters – zowel civiele als bestuursrechters – meer kennis van het mededingingsrecht en het Europese recht verwerven. De rechtbank Rotterdam kan daar wel een rol in spelen. Het kenniscentrum van de rechtbank organiseert al regelmatig expertbijeenkomsten met rechters uit het hele land. Alle rechters zijn ook plaatsvervanger in andere districten. Wellicht zouden ze ook aan civiele kamers kunnen worden uitgeleend.

6.6.5 Rechtspraak in één of twee instanties

Tijdens de expertmeeting werd opgemerkt dat de rechtsgang nu verschilt per wet. Voor hetzelfde type besluiten is in de ene wet rechtspraak in één instantie en in de andere rechtspraak in twee instanties vastgelegd. Eenheid zou beter zijn. De voornaamste 'rariteit' is dat tegen besluiten tot oplegging van een last onder dwangsom op grond van de Gaswet beroep in één instantie (bij het

²¹⁹ Dergelijke pleidooien zijn niet nieuw. In het onderzoek van Slot e.a. (2002) ten behoeve van de evaluatie van de Mededingingswet stelde een aantal respondenten voor om een forumkeuzemogelijkheid te creëren voor partijen in civielrechtelijke mededingingszaken. Volgens de onderzoekers zou daardoor echter op termijn de mededingingsrechtelijke expertise van civiele rechters alleen maar verder afnemen. Ook wezen ze erop dat het niet altijd goed mogelijk is om onderscheid te maken tussen zaken die overwegend wel en zaken die overwegend niet op mededingingsrechtelijke overwegingen gegrond zijn.

CBb) openstaat, terwijl in de Elektriciteitswet voor deze besluiten een rechtsgang in twee instanties is vastgelegd. De deelnemers hebben verder wel vrede met de bestaande regelingen. Wat betreft de reguliere mededingingszaken acht men het wenselijk om rechtspraak in twee instanties te houden. Men vindt ook dat de tweede instantie (CBb) geen cassatieachtige instantie moet worden, maar een feitelijke instantie moet blijven. Rechtsvragen zijn in deze zaken – en ook in reguleringszaken – vaak verweven met vragen over de waardering van feiten. Het is dus goed dat het CBb ook naar feitelijke vragen kijkt. In sectorspecifieke reguleringszaken zou rechtspraak in twee instanties ook voordelen hebben, maar het tijdsverloop is in deze zaken vaak (nog) belangrijker. De meeste reguleringsbesluiten hebben een werkingsspanne van één of drie jaar. Daarom geeft men uiteindelijk toch de voorkeur aan de bestaande rechtsgang met rechtspraak in één instantie. Die voorkeur werd gedeeld door respondenten van de interviews die in de telecom- en de energiesector werkzaam waren.

Bij enkele respondenten en ook bij deelnemers aan de expertmeeting bestond overigens de indruk dat tamelijk veel (een respondent sprak van 'onnodig veel') uitspraken van de rechtbank Rotterdam in hoger beroep worden vernietigd. Tijdens de expertmeeting werd als verklaring gegeven dat het om een nieuw terrein gaat. Dat leidt in ieder geval tot een hoog percentage appels; de posities moeten nog worden bepaald. Daarnaast is in

veel gevallen verschil van inzicht mogelijk over welke kant het op moet. Het aantal appels zal afnemen als de lijn van de jurisprudentie helder is geworden, zo werd als verwachting uitgesproken.

6.6.6 Vergelijking met het buitenland

De respondenten van de interviews hadden weinig of geen ervaring met rechtspraakvoorzieningen voor economisch-bestuursrechtelijke geschillen in andere landen. Enkele respondenten vonden dat gestimuleerd moet worden dat rechters in Europa onderling van gedachten wisselen (en jurisprudentie uitwisselen) over de toepassing en uitleg van Europees recht. Volgens enkele deelnemers aan de expertmeeting kan de rechtspraak van de rechtbank Rotterdam (en het CBb) de vergelijking met het buitenland doorstaan. Zij baseerden zich op contacten met buitenlandse collega's. Met name in landen zonder gespecialiseerde rechtspraakvoorziening lijken meer klachten over de rechtspraak in mededingings- en reguleringszaken te bestaan. De rechtsgangen lijken elders vaak langer te duren. En rechters elders – ook hoogste rechters – lijken veelal minder belangstelling te hebben voor het Europese recht. Het gaat om indrukken die in onderzoek zouden moeten worden getoetst. Er zijn echter geen signalen dat het elders beter gaat.

De rechtspraak in mededingingszaken is overal anders geregeld. Nederland is het enige land met een gespecialiseerde

bestuursrechter (CBb) als laatste instantie. Er zijn ook maar weinig andere landen met een laatste instantie die (zoals het CBb) een feitelijke instantie is. Elders zitten soms economen in de rechtbank. In Canada, Australië, Nieuw-Zeeland zijn daar goede ervaringen mee. Deze laatste constatering leidde tot de vraag of het een goed idee zou zijn om ook bij een eventuele speciale instantie voor appels in civiele mededingingszaken in Nederland (zie hiervoor) twee economen als (extra) bijzitters in de kamer te zetten. Met name voor concentratiezaken en voor de toepassing van artikel 6 leden 1 en 3 Mededingingswet werd deze vraag bevestigend beantwoord.

6.6.7 Specifieke verbeterpunten

Volgens de respondenten van de interviews en de deelnemers aan de expertmeeting bestaat er geen behoefte aan procederen in het Engels, ook niet bij internationale kantoren. Wel is het handig om bijvoorbeeld Engelstalige stukken van internationale economiebureaus te kunnen indienen. In de praktijk levert dat geen problemen op, maar wellicht is het nuttig om er afspraken over te maken. Een respondent uit de spoorsector merkte op dat de huidige spoorwetgeving geen mogelijkheid biedt voor een voorlopige voorziening hangende een klachtenprocedure bij de Vervoerkamer van de NMa. In 2007 is een succesvolle poging gedaan om een precedent te scheppen: een opening voor een kort geding bij de civiele rechter.²²⁰ Een andere

respondent uit de spoorsector pleitte voor een forumkeuzemogelijkheid voor bedrijven die een besluit van de Vervoerkamer over een klacht tegen de infrastructuurbeheerder willen aanvechten. Deze respondent meende dat bedrijven dan voor een civiele procedure bij de rechtbank Utrecht zouden kiezen – een civiele procedure omdat het om een privaatrechtelijke verhouding gaat en de rechtbank Utrecht omdat spoorse geschillen van oudsher daar worden uitvochten en die rechtbank dus meer ervaring met dergelijke geschillen heeft.

²²⁰ Voorzieningenrechter rechtbank Utrecht, 17 december 2007, LJN BC0283.

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven

Tetty Havinga

7.1 Inleiding

7.1.1 Ontstaan en achtergrond van het College van Beroep voor het bedrijfsleven

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) bestaat sinds 1 juli 1955.²²¹ Aanvankelijk was de taak van het CBb beperkt tot het oordelen over beroepen tegen besluiten van publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties.²²² De instelling van een aparte administratieve rechter werd gemotiveerd met de vaststelling dat de rechters niet alleen moeten beschikken over juridische, maar ook over sociaaleconomische kennis en kennis van bijzondere vraagstukken die zich in de afzonderlijke bedrijfstakken voordoen.²²³ Al snel werd de taak van het CBb uitgebreid: de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie (1955) belast het CBb met beoordeling van beroepen van tuchtgerechten en in de Wet economische mededinging is het CBb aangewezen als bevoegde rechter (wetsontwerp 1957). Een van de belangrijkste

argumenten hiervoor was de wenselijkheid van concentratie van administratieve rechtspraak op het gebied van sociaaleconomische wetgeving bij één rechter die rechtseenheid kan bevorderen.²²⁴ Volgens Mok waren het departement van Economische Zaken en de hele Haagse bureaucratie tegen de bemoeienis van de rechter met beleid van de centrale overheid. Men vreesde dat de rechter op de stoel van de minister zou gaan zitten.²²⁵ Dit is het beginpunt van een in de loop der jaren verder uitgebouwde gespecialiseerde sociaal-economische bestuursrechtspraak.

Tijdens de herziening van de rechterlijke organisatie halverwege de jaren 1990 is de toekomst van het CBb onzeker geweest. In het voorstel Mededingingswet was aanvankelijk gekozen voor de gebruikelijke rechtsgang: beroep op de rechtbank en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.²²⁶ Er is gesuggereerd dat dit verband hield met de kritische beoordeling door het CBb van een aantal beschikkingen van het ministerie van Economische Zaken (vier van de elf beschikkingen werden door het CBb vernietigd). Het kabinet ontkende deze samen-

221 KB 3 juni 1955, Stb. 226; Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, art. 4 lid 1: 'Er is een College van Beroep voor het bedrijfsleven.'

222 Het College oordeelt ingevolge de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie bij uitsluiting primair over beroepen tegen besluiten en handelingen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatielichamen (Sociaal-Economische Raad, productschappen, bedrijfsschappen).

223 Biesheuvel & Daalder 2005.

224 Winter 2006.

225 Mok stelt dat die vrees later niet geheel ongegrond bleek. Deze vrees was aanleiding voor art. 74 Wet arbo dat de minister het recht gaf onder bepaalde voorwaarden uitspraken van het CBb buiten toepassing te laten. Van dit artikel is nooit gebruikgemaakt, maar het heeft wel last veroorzaakt toen het EHRM oordeelde dat de procedure bij het CBb door dit artikel geen met voldoende waarborgen omklede rechtsgang was (Mok 2006; Biesheuvel & Daalder 2005, p. 1283).

226 TK 1996-1997, 24 707, nr. 6, p. 71.

hang: 'Uiteraard heeft het antwoord op deze vraag niets te maken met de oorspronkelijk in het wetsvoorstel gemaakte keuze ten aanzien van de regeling van de rechtsbescherming.'²²⁷ Naar aanleiding van kritiek vanuit de Tweede Kamer dat zo de bijzondere deskundigheid van het CBb op mededingingsterrein niet goed benut kan worden, hebben de ministers zich beraden. Voorgesteld werd om het CBb aan te wijzen als appelrechter van beslissingen van de rechtbank Rotterdam op grond van de Mededingingswet. Belangrijkste overweging hierbij is dat de ministers veel belang hechten aan het in stand houden en benutten van gespecialiseerde deskundigheid van het CBb. Het CBb is actief op het terrein van de sociaal-economische ordening en op dat terrein neemt de Mededingingswet een centrale plaats in. Daarnaast wordt overwogen dat in diverse wetten invoering van bestuurlijke boetes in de nabije toekomst is te verwachten. 'Gezien de bij het College aanwezige expertise verdient het de voorkeur toch te kiezen voor het College als appelrechter.'²²⁸

Zo ontstaat naast de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep een nieuwe bestuursrechtelijke appelrechter. Men verwachtte toen echter dat dit slechts tijdelijk zou zijn, omdat in het kader van de herziening van de rechterlijke organisatie onderbrenging van hoger beroep in bestuursrechtelijke zaken ten gronde aan de orde zou komen. In het kader van de discussie

over de reorganisatie van de bestuursrechtspraak is gesproken over de mogelijke samenvoeging van de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het CBb. Het toenmalige kabinet-Kok is echter van mening dat er aanzienlijke bezwaren kleven aan een dergelijke omvangrijke reorganisatie. Naar het oordeel van het kabinet is de kwaliteit van de bestuursrechtspraak gediend met een zekere mate van specialisatie in hoogste ressort.²²⁹ Het bestaande stelsel blijft daarom op hoofdlijnen gehandhaafd.

Bij aanpassing van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek aan de Europese richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt is een amendement van Tweede Kamerlid Marijke Vos aangenomen, inhoudende dat de procureur-generaal bij de Hoge Raad de bevoegdheid heeft cassatie in het belang der wet in te stellen wegens schending of verkeerde toepassing van artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming.²³⁰

Hiermee werd beoogd te voorkomen dat de civiele rechter en de bestuursrechter de open normen verschillend zouden uitleggen.

Aanvankelijk gingen de procedures bij het CBb over exportvergunningen, exportcontingenten voor uitvoer naar Duitsland en deviezencontroles aan de grens met België. In de jaren 1980 werd EEG-recht belangrijk en behandelde het CBb bijvoorbeeld een groot aantal beroepen in verband met de superheffing (boter-

227 TK 1996-1997, 24 707, nr. 6, p. 72.

228 TK 1996-1997, 24 707, nr. 6, p. 72.

229 TK 2003-2004, 25 425, nr. 7, p. 5. Het kabinet laat weten voornemens te zijn in 2004 een wetsvoorstel in te dienen voor een rechtseenheidskamer waaraan de hoogste bestuursrechters in voorkomende gevallen een prejudiciële vraag kunnen stellen (TK 2003-2004, 29279, nr. 16, p. 17).

230 TK 2007-2008, 30 928, nr. 14, p. 1; EK 2007-2008, 30 928, C, p. 5; Stb. 397.

berg en melkplas). De liberalisering van markten ging gepaard met de oprichting van markttoezichthouders; het CBb werd vrijwel altijd aangewezen als bevoegd te oordelen over geschillen tussen markttoezichthouders en marktdeelnemers. Sinds 1994 is sprake van een toename van het aantal wetten waarin een bestuurlijke boete is opgenomen. Doorgaans is het CBb hier de appelinstantie en de rechtbank Rotterdam rechter in eerste aanleg. De eerste 42 jaar van zijn bestaan was het CBb uitsluitend rechter in eerste en enige aanleg. Tot 1986 waren bij het College ook bijzondere leden betrokken die werden benoemd op voordracht van de lichamen waarvan het College de besluiten en handelingen moest beoordelen. Dit fenomeen werd in 1986 afgeschaft. In hetzelfde jaar deed tevens de enkelvoudige kamer zijn intrede. Het CBb heeft zich vervolgens ontwikkeld tot bestuursrechter die bij uitstek is gespecialiseerd op het terrein van het sociaaleconomische bestuursrecht.

Sinds 1 januari 1998 is het CBb ook rechter in hoger beroep voor de bijzondere competenties op het gebied van het economische bestuursrecht van de rechtbank Rotterdam. Het betreft bijvoorbeeld bestuurlijke boetes en mededingingszaken.²³¹

Mortelmans²³² vat bovenstaande ontwikkelingen als volgt samen. Gedurende de eerste periode van het CBb lag het accent op de beoordeling van sturend recht (beroepen tegen besluiten van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties en de centrale overheid:

deviezenbeperkingen, prijsmaatregelen en heffingen). Nadien verschuift het accent naar de beoordeling van ordenend recht (hoger beroepen tegen besluiten van marktautoriteiten).

Als een van de eerste bestuursrechtelijke colleges in Nederland heeft het CBb een grote rol gespeeld bij de ontwikkeling van de bestuursrechtspraak. In de jaren 1950 was nog vrijwel geen sprake van bestuursrecht, behalve op het terrein van belastingen, sociale verzekeringen en ambtenarenrecht. Het CBb heeft bijgedragen aan de rechtsbescherming tegen de overheid door de formulering van beginselen van behoorlijk bestuur (bijvoorbeeld het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel).²³³

Het CBb stelde in 1963 voor het eerst prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Biesheuvel en Daalder²³⁴ stellen dat het CBb een zeer actieve bijdrage heeft geleverd aan het Europese integratieproces en aan de ontwikkeling van het Europese recht in de periode tussen 1963-1990 door het stellen van vele prejudiciële vragen. Daarna ook door het zelf toepassen van Europees recht.

7.1.2 Organisatie rechtspraakvoorziening

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven is een betrekkelijk kleine zelfstandige organisatie en bestaat op 1 juli 2009 uit een voorzitter, zeven vicepresidenten, negen raadsheren en vijftientwintig plaatsvervangend raadsheren

231 Zie hoofdstuk 6, paragraaf 1.1 voor een omschrijving van de achtergrond van rechtspraak in twee instanties in het economisch bestuursrecht.

232 K.J.M. Mortelmans in *College van beroep voor het bedrijfsleven* 2006, p. 30.

233 Biesheuvel & Daalder 2005, p. 1284; Mulder 1980, p. 398.

234 Biesheuvel & Daalder 2005, p. 1287-1288.

die worden ondersteund door gerechtsauditeurs en het bedrijfsbureau. Het CBb bestaat uit twee secties, die ieder zaken behandelen over bepaalde wetgeving. Sectie II behandelt onder meer telecommunicatie- en energie-zaken, sectie I behandelt bijvoorbeeld zaken over mededinging, vervoer, gewasbeschermingsmiddelen en financieel toezicht. In vergelijking met de andere vier voorzieningen in dit onderzoek heeft het CBb te maken met veel verschillende wetten en regelingen. Het CBb wordt in 62 wetten aangewezen als competente rechter in eerste en enige aanleg (telecommunicatie, energie, pbo, landbouw-beleid EG, subsidies EZ, diergezondheid, mest, tarieven gezondheidszorg). Voor 27 wetten is het CBb de hoger beroepsinstantie; dit betreft vooral bestuurlijke boetes en mededingingszaken.²³⁵

Beide secties behandelen zowel zaken in eerste aanleg als zaken in hoger beroep. Raadsheren kunnen binnen hun sectie in principe alle zaken doen, maar er hebben zich wel een aantal specialismen ontwikkeld. Zo zijn er vijf raadsheren en drie gerechtsauditeurs die zich specifiek bezighouden met telecommunicatiezaken. Auditeurs richten zich meer dan raadsheren op een beperkt aantal deel-terreinen.

In beginsel worden zaken door het CBb meervoudig behandeld. Een meervoudige kamer kan beslissen dat een bepaalde zaak enkelvoudig kan worden afgedaan. Zaken waarin de feiten duidelijk zijn en de toepassing van het normatief kader bijzonder eenvoudig is

dan wel waarin een uitspraak uit een meervoudige kamer direct toepasbaar is, komen in aanmerking voor behandeling door één rechter.

Als bestuursrechter behandelt het CBb (hoger) beroepen betreffende besluiten van bestuursorganen. In de regel moet eerst bezwaar worden gemaakt bij het bestuursorgaan voordat men in beroep kan gaan bij de rechter. In sommige gevallen is dit niet vereist, bijvoorbeeld bij telecombesluiten van OPTA, of kan het bestuursorgaan instemmen met het verzoek de bezwaarprocedure achterwege te laten.²³⁶ Nadat een gemotiveerd beroepschrift bij het CBb is ingediend, worden veelal stukken bij het bestuursorgaan opgevraagd en krijgt het bestuursorgaan de gelegenheid om op het beroepschrift te reageren.

Zaken worden doorgaans ter zitting behandeld. Dit geldt niet wanneer het beroep kennelijk ongegrond, kennelijk gegrond of kennelijk niet-ontvankelijk is of wanneer het CBb kennelijk niet bevoegd is. Bij uitzondering kan ook in andere gevallen een zitting achterwege blijven. Dit is bijvoorbeeld gebeurd toen er veel zaken waren over het vetgehalte van melk in verband met de superheffing. Toen zijn de eerste zaken op zitting behandeld en is daarin uitspraak gedaan, in de resterende zaken is uitspraak gedaan zonder zitting. Doorgaans is er één zitting. Tijdens de zitting lichten partijen hun standpunten mondeling toe en stellen de raadsheren vragen aan partijen. Soms volgt een tweede zitting, bijvoorbeeld nadat prejudiciële vragen zijn gesteld aan het Hof van

²³⁵ Zie www.rechtspraak.nl/Gerechten/CBb/Over+het+CBb/Competentie+CBb voor een overzicht van alle wettelijke competenties van het CBb. Zie hoofdstuk 6 (par. 1.1) voor de verdeling tussen rechtbank Rotterdam en CBb.

²³⁶ Wet rechtstreeks beroep (in werking sinds 1 september 2004).

Justitie van de Europese Gemeenschappen of wanneer het onderzoek om andere redenen wordt heropend.

Een partij kan verzoeken een zaak versneld te behandelen. Wanneer 'onverwijlde spoed' nodig is kan gedurende de bezwaar- en beroepsprocedure een verzoek om een voorlopige voorziening worden ingediend bij de voorzieningenrechter van het CBb.

7.2 Rechtspraktijk CBb in cijfers

7.2.1 Aantal zaken

Als gespecialiseerde rechter op het terrein van het economische bestuursrecht behandelt het College van Beroep voor het bedrijfsleven vier soorten zaken: hoger beroepen tegen uitspraken van de rechtbank Rotterdam inzake bestuurseconomische geschillen, in eerste en enige instantie in geschillen met betrekking tot een aantal gespecialiseerde terreinen van economisch bestuursrecht (bijvoorbeeld telecommunicatie en marktordening gezondheidszorg),²³⁷ beroepen tegen besluiten en handelingen van lichamen van publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties,²³⁸ en in appel als tuchtrechter.²³⁹ Voor het onderhavige onderzoek zijn vooral de eerste twee genoemde categorieën zaken van belang.

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven behandelt per jaar gemiddeld 1223 zaken.²⁴⁰

Dat is aanmerkelijk meer dan de overige vier specialistische rechtspraakvoorzieningen waarop dit onderzoek betrekking heeft. Het College behandelt veel zaken van kleinere bedrijven. Het aandeel van grote ondernemingen is betrekkelijk klein. Bij ongeveer 7% van de zaken is een grote onderneming als eiser betrokken (gemiddeld 76 zaken per jaar). In een klein aantal gevallen is een grote onderneming als gedaagde betrokken (minder dan 1%, gemiddeld negen zaken per jaar).

In de meeste zaken is het CBb rechter in eerste en enige instantie. Ongeveer 5% van de zaken betreft een hoger beroep tegen een uitspraak van de rechtbank Rotterdam.

Een kwart van de zittingen is enkelvoudig, 60% meervoudig, terwijl 8% tuchtzaken betreft en 7% een voorlopige voorziening (zie tabel 2).

237 Zie bijvoorbeeld art. 17.1 lid 1 Telecommunicatiewet en art. 105 van de Wet Marktordening Gezondheidszorg.

238 Het betreft bepaalde besluiten en handelingen van de Sociaal-Economische Raad, productschappen en bedrijfsschappen.

239 Bijvoorbeeld ingevolge de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie, de Landbouwkwaliteitswet en de Wet op de registeraccountants.

240 Volgens informatie van het CBb is in 2009 de instroom sterk toegenomen. Het aantal zaken is nu aanzienlijk groter dan in het verleden. Mulder (1980: 399) stelt dat het aantal ingekomen zaken in 1959 een maximum bereikte van 653. De overige aantallen die Mulder noemt variëren tussen de 320 en 500 per jaar. Het College telde in die periode vier of vijf leden.

Tabel 1. Aantal afgehandelde zaken CBb naar betrokkenheid grote onderneming naar jaar

	Eiser groot bedrijf	Verweerder groot bedrijf	Eiser en/of verweerder groot bedrijf	Geen groot bedrijf betrokken	Totaal
2002	86	0	86 (6%)	1406 (94%)	1492 (100%)
2003	36	6	41 (3%)	1483 (97%)	1524 (100%)
2004	44	7	50 (4%)	1139 (96%)	1189 (100%)
2005	60	6	64 (6%)	1024 (94%)	1088 (100%)
2006	93	29	113 (11%)	885 (89%)	998 (100%)
2007	135	6	138 (13%)	909 (87%)	1047 (100%)
Totaal	453 (6%)	54 (1%)	492 (7%)	6846 (93%)	7338 (100%)

Tabel 2. Afgehandelde zaken CBb naar soort zitting per jaar

	Enkelvoudig	Meervoudig	Tuchtzaken	Voorlopige voorziening	Totaal ²⁴¹
2002	167	497	71	84	819
2003	248	704	90	97	1139
2004	197	616	101	37	957
2005	336	526	64	58	985
2006	285	544	83	46	958
2007	176	525	65	97	863
Totaal	1409 (25%)	3412 (60%)	474 (8%)	419 (7%)	5721 (100%)

²⁴¹ Optelling leidt in 2005 en 2006 tot een iets kleiner aantal dan het hier genoemde totale aantal zittingen. In die jaren is ook een gering aantal comparities geregistreerd, 6 in 2004 en 1 in 2005.

Tabel 3. Zaken CBb naar soort wetgeving en betrokkenheid groot bedrijf 2002-2007

Soort wetgeving	Eiser en/of verweerder groot bedrijf	Geen groot bedrijf betrokken	Totaal
Communicatiewetgeving	222 (45%)	115 (2%)	337 (5%)
Energiewetgeving	111 (23%)	205 (3%)	316 (4%)
Subsidies, heffingen, belasting	63 (13%)	2156 (32%)	2219 (30%)
Vervoerswetgeving	24 (5%)	453 (7%)	477 (7%)
Landbouwwetgeving	20 (4%)	1746 (26%)	1766 (24%)
Financiën (incl. verzekeringen, financieel toezicht, accountants)	13 (3%)	568 (8%)	581 (8%)
Mededinging ²⁴²	7 (1%)	269 (4%)	276 (4%)
Tuchtwetgeving	0	52 (1%)	52 (1%)
Overige wetgeving	32 (7%)	1282 (19%)	1314 (18%)
Totaal	494 (100%)	6844 (100%)	7338 (100%)

7.2.2 Soort wetgeving en verweerder

De zaken bij het CBb hebben betrekking op 122 verschillende wetten en regels. Meer dan de helft van alle zaken heeft betrekking op landbouwregelgeving en/of subsidies, heffingen, steunverlening en belastingen. Dit onderzoek heeft betrekking op grote ondernemingen. Vandaar dat in dit kwantitatieve overzicht, indien mogelijk, steeds onderscheid wordt gemaakt tussen zaken waarbij een groot bedrijf is betrokken en zaken waarbij dat niet het geval is.

Grote bedrijven zijn vooral betrokken bij procedures op het terrein van de telecommunicatie- en energiewetgeving, terwijl zaken over subsidies, belastingen en landbouwwetgeving meer voorkomen bij minder grote bedrijven. In meer dan de helft van alle zaken bij het CBb is een ministerie of een ministeriële dienst verweerder. Bij zaken waarbij een groot bedrijf is betrokken, is de verweerder meestal een marktautoriteit. De toezichthouder telecommunicatie OPTA is verweerder in een derde van de zaken waarbij een groot bedrijf betrokken is. De directeur DTe²⁴³ is in 15% van

242 Mededinging zijn zaken die te maken hebben met de Mededingingswet, de Wet economische mededinging, de Wet marktordening gezondheidszorg en de Wet tarieven gezondheidszorg. Vergelijking met cijfers Rotterdam.

243 De Dienst uitvoering en toezicht Energie (DTe) was tot 2004 een onderdeel van het ministerie van Economische Zaken en ondergebracht bij de NMa. Inmiddels heet dit de Energiekamer van de NMa. Sindsdien is NMa de verweerder. Volgens de website van de NMa is de Energiekamer een dienst die ressorteert onder de minister van Economische Zaken die als kamer is ondergebracht bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) (<http://www.energiekamer.nl/nederlands/energiekamer/index.asp>, 30 maart 2009). Volgens Duijkersloot (2007, p. 33) is het niet correct om te spreken van een kamer, maar zou moeten worden gesproken over een directie, omdat de taken en bevoegdheden zijn toebedeeld aan de Raad van Bestuur van de NMa.

Tabel 4. Zaken CBb naar soort verweerder en betrokkenheid groot bedrijf 2002-2007

Soort verweerder	Eiser en/of verweerder groot bedrijf	Geen groot bedrijf betrokken	Totaal
Marktautoriteit/toezichthouder	271 (55%)	602 (9%)	873 (13%)
Ministerie, min. dienst	115 (23%)	4162 (65%)	4277 (62%)
Pbo	21 (4%)	1083 (17%)	1114 (16%)
Lagere overheid	26 (5%)	377 (6%)	403 (6%)
Groot bedrijf ²⁴⁴	54 (11%)	0	54 (1%)
Overig (vereniging, persoon, klein bedrijf)	3 (1%)	201 (3%)	204 (3%)
Totaal	490 (100%)	6425 (100%)	6915 (100%)
Onbekend, n.v.t. (hoofdzakelijk tuchtzaken)	2	421	423

de zaken verweerder. De ministeries van Economische Zaken en van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit zijn verweerder in respectievelijk 57 en 37 zaken. De NMa (15x, betreft met name – 11x – energiezaken) en het College voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden (11x) zijn de andere verweerders die bij meer dan 10 zaken van grote bedrijven zijn betrokken.²⁴⁵

Na de oorlog is vanuit een corporatistisch idee een, niet helemaal geslaagde, poging gedaan om het Nederlandse bedrijfsleven onder bestuurlijke regie te brengen van bedrijfs- en productschappen (PBO). De restanten van dit stelsel bestaan nog steeds en tegen beslissingen van deze bestuursorganen staat beroep open bij het College. Doorgaans

zijn bij deze procedures geen grote ondernemingen betrokken (zie tabel 4). Grote bedrijven zijn evenmin rechtstreeks partij in tuchtzaken (tuchtgerechten, accountantswetgeving).

De procedures waarbij grote bedrijven zijn betrokken hebben vooral betrekking op gereguleerde markten. Ruim tweederde van de procedures gaat over telecommunicatie en energiewetgeving.

7.2.3 Soort procedure en duur behandeling

Ongeveer 9% van de zaken betreft een verzoek om voorlopige voorziening, 5% betreft een hoger beroep tegen een uitspraak van de rechtbank Rotterdam. Bij hoger beroepen is relatief vaak een groot bedrijf betrokken. Dit

²⁴⁴ Het betreft hier hoger beroepen tegen een uitspraak van de rechtbank Rotterdam (vrijwel alle communicatiewetgeving, 3 x mededinging, 1 toezicht effectenverkeer). De verzoeker is 36 x een bestuursorgaan: 32 marktautoriteit/toezichthouder (waarvan 29 OPTA), 3 ministerie (EZ), 1 lagere overheid (gemeente). De verzoeker is 18x een ander groot bedrijf.

²⁴⁵ Verweerders die meer dan 100 keer voorkomen bij alle zaken zijn (in aflopende volgorde) LNV, EZ, VW, Productschappen Zuivel en Vee en vlees, NZa, OPTA, Rijksdienst voor keuring van vee en vlees, DTe en Ctgb.

Tabel 5. Zaken CBb naar soort procedure en betrokkenheid groot bedrijf 2002-2007

Soort procedure	Eiser en/of verweerder groot bedrijf	Geen groot bedrijf betrokken	Totaal
Bodemzaak	326 (66%)	5892 (86%)	6218 (85%)
Voorlopige voorziening	55 (11%)	615 (9%)	670 (9%)
Hoger beroep	110 (23%)	264 (4%)	374 (5%)
Onbekend	2 (0%)	75 (1%)	77 (1%)
Totaal	492 (100%)	6846 (100%)	7338 (100%)

komt vooral door hoger beroep in telecom-municatiezaken. Bijna de helft van de hoger beroepen betreft telecommunicatiezaken; bij twee derde van alle communicatiezaken is een groot bedrijf betrokken. Hoger beroep waarbij een groot bedrijf is betrokken betreft vrijwel altijd communicatiewetgeving (86%). Bij hoger beroep in mededingingszaken is daarentegen juist zelden een groot bedrijf betrokken (2%).

Gemiddeld is de doorlooptijd van een (hoger) beroep bij het CBb ruim dertien maanden. De afhandeling van een voorlopige voorzienings-verzoek gaat aanzienlijk sneller, dit duurt gemiddeld ongeveer tweeënhalve maand. Op 77% van de verzoeken om een voorlopige voorziening die niet worden ingetrokken wordt binnen drie maanden beslist, 90% binnen zes maanden. De bodemprocedures duren langer, de meeste uitspraken duren tussen de zes maanden en twee jaar (71%), 4% is binnen drie maanden afgerond en 4% duurt langer dan drie jaar.

7.2.4 Aard uitspraak

In ongeveer driekwart van de zaken komt het CBb tot een uitspraak, een kwart van de zaken wordt voor die tijd ingetrokken. Bijna de helft van de verzoeken om voorlopige voorziening wordt ingetrokken voordat het CBb uitspraak heeft gedaan.

Ruim de helft van de bij het CBb aange-brachte zaken leidt tot een uitspraak van het CBb na een gewone behandeling. Bijna 5% leidt tot een uitspraak voorlopige voorziening. Het CBb heeft alleen over de jaren 2002 en 2003 geregistreerd hoe de uitspraak luidt. Over deze twee jaar kunnen we dus nagaan hoe een procedure afloopt. Bijna een derde van de zaken wordt ingetrokken voordat het CBb een uitspraak doet. In nog eens 11% doet het CBb geen inhoudelijke uitspraak, omdat de indiener niet-ontvankelijk of het CBb onbevoegd is. In de zaken waar het CBb wel tot een inhoudelijk oordeel komt, krijgt de eiser/verzoeker in meer dan twee derde van de

Tabel 6. Zaken CBb naar aard oordeel en betrokkenheid groot bedrijf 2002-2003

Aard oordeel	Eiser en/of verweerder groot bedrijf	Geen groot bedrijf betrokken	Totaal
Niet-ontvankelijk of CBb onbevoegd	4 (3%)	339 (12%)	343 (11%)
Zaak ingetrokken	73 (58%)	840 (29%)	913 (30%)
Beroep gegrond/verzoek toegewezen	27 (21%)	470 (16%)	497 (17%)
Beroep ongegrond/verzoek afgewezen	21 (17%)	1140 (40%)	1161 (39%)
Overig/onbekend	2 (2%)	100 (4%)	102 (3%)
Totaal	127 (100%)	2889 (100%)	3016 (100%)

gevallen ongelijk: het beroep wordt ongegrond verklaard of het verzoek om voorlopige voorziening wordt afgewezen. In vergelijking met het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam oordeelt het CBb minder vaak dat een beroep geheel of gedeeltelijk gegrond is (Rotterdam 37%, CBb 25%).²⁴⁶

Als aanvulling op de registratiegegevens hebben we op www.rechtspraak.nl de inhoud opgezocht van alle uitspraken in 2007 in procedures waarbij een groot bedrijf is betrokken (geen hoger beroep) en een even groot aantal uitspraken in zaken waarbij geen groot bedrijf is betrokken. Hier blijkt eveneens dat ongeveer twee derde van de ingestelde beroepen ongegrond wordt verklaard. Verzoeken om een voorlopige voorziening worden vrijwel altijd afgewezen.

We hebben eveneens de inhoud van de uitspraak opgezocht op www.rechtspraak.nl van alle hoger beroepen uit de jaren 2002, 2003, 2004 en 2007. Bij hoger beroep is de kans op succes wat groter: in ruim de helft van de gevallen bevestigt het CBb de uitspraak van de rechtbank Rotterdam, terwijl in 45% van de zaken de uitspraak van Rotterdam geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd.

7.2.5 Incidentele gebruikers en veelgebruikers

De eisers van twee derde van de zaken komen gedurende de zes bestudeerde jaren slechts met één geschil bij het CBb. Althans, dat is wat de registratiegegevens laten zien. Er is echter een belangrijke beperking, alleen de naam van de eerste eiser wordt in de registra-

²⁴⁶ Zie hoofdstuk 6, par. 2.3.

Tabel 7. Zaken CBb naar OS-RP eiser en betrokkenheid groot bedrijf 2002-2007

Aantal geschillen waarbij eiser is betrokken	Eiser groot bedrijf	Eiser geen groot bedrijf	Totaal
1-3	127 (28%)	6154 (89%)	6281 (86%)
4 of meer	326 (72%)	731 (11%)	1057 (14%)
Totaal	453 (100%)	6885 (100%)	7338 (100%)

Tabel 8. Zaken CBb naar OS-RP verweerder en betrokkenheid groot bedrijf 2002-2007

Aantal geschillen waarbij verweerder is betrokken	Eiser en/of verweerder groot bedrijf	Geen groot bedrijf betrokken	Totaal
1-3	14 (3%)	236 (4%)	250 (4%)
4-14	33 (7%)	275 (4%)	308 (4%)
15-99	96 (20%)	1044 (16%)	1140 (16%)
100 en meer	349 (71%)	4880 (76%)	5229 (75%)
Totaal	492 (100%)	6435 (100%)	6927 (100%)

tie opgenomen. Terwijl vooral in gereguleerde markten regelmatig procedures worden gevoerd door twee of meer bedrijven gezamenlijk, in het bijzonder in hoger beroep. Het kan dus voorkomen dat het aantal geschillen bij het CBb waarbij een bedrijf is betrokken, groter is dan op grond van de registratiegegevens blijkt. Volgens de registratiegegevens komt de eiser van 15% van de zaken met meer dan drie geschillen bij het CBb gedurende de zes jaar. Zaken waarbij een groot bedrijf als

eiser betrokken is, hebben vaker een eiser die veelgebruiker is bij het CBb (in 48% van de zaken is de eiser betrokken bij vijftien of meer geschillen bij het CBb in de periode 2002-2007).

De verweerders bij de procedures bij het CBb zijn bestuursorganen die in de meeste gevallen regelmatig te maken hebben met een procedure bij het CBb. De verweerder in driekwart van de zaken heeft honderd of meer procedures bij het CBb gehad in de periode

Tabel 9. Zaken CBb naar partijconstellatie OS-RP

Aantal geschillen waarbij is eiser betrokken	Aantal geschillen waarbij verweerder is betrokken		
	1-3	4 of meer	Totaal
1-3	194 (3%)	5706 (82%)	5900
4 of meer	56 (1%)	971 (14%)	1027
Totaal	250 (4%)	6677 (96%)	6927 (100%)

Tabel 10: Zaken CBb waarbij groot bedrijf is betrokken naar partijconstellatie OS-RP

Aantal geschillen waarbij is eiser betrokken	Aantal geschillen waarbij verweerder is betrokken		
	1-3	4 of meer	Totaal
1-3	1 (0%)	127 (26%)	128
4 of meer	11 (2%)	351 (72%)	362
Totaal	12 (2%)	478 (98%)	490 (100%)

2002 t/m 2007. In slechts 4% van de zaken komt de verweerder met één geschil bij het CBb, in 92% van de zaken komt de verweerder gedurende de zes jaar met vijftien geschillen of meer bij het CBb. Het maakt hier geen verschil of er een groot bedrijf bij de zaak is betrokken.

In verreweg de meeste zaken bij het CBb is de eiser aanzienlijk minder ervaren in CBb-proce-

dures dan de verweerder: een eiser die een of hooguit drie geschillen heeft gedurende zes jaar staat tegenover een verweerder die vier of meer geschillen heeft. Andersom komt een ervaren eiser tegenover een onervaren verweerder zeer zelden voor. In 14% van de zaken zijn beide partijen repeat player. Het beeld verandert wanneer we uitsluitend kijken naar de zaken waarbij een groot bedrijf

is betrokken. In de meeste zaken staat dan een repeat player tegenover een repeat player; een kwart van de zaken betreft een one-shotter als eiser tegenover een repeat player als verweerder (tabel 10).

7.2.6 Wie wint?

Galanter (1973) en vele andere auteurs veronderstellen dat repeat players vaker succes hebben in juridische procedures dan one-shotters. Ook wordt wel verondersteld dat grote bedrijven meer succesvol zijn in juridische procedures dan kleine bedrijven en dat overheidsinstanties vaak gelijk krijgen van de rechter. In hoeverre is dat bij het CBb ook het geval?

Het is lastig om eenduidige conclusies te trekken op basis van de ons ter beschikking staande gegevens. De registratiegegevens van het CBb over 2002 en 2003 laten een hoger succespercentage zien voor bedrijven die repeat player zijn, dat wil zeggen: vier keer of vaker betrokken bij een geschil bij CBb; in bodemprocedures en in voorlopige voorzieningenprocedures zijn bedrijven die repeat player zijn dubbel zo succesvol.²⁴⁷

De door ons via www.rechtspraak.nl verzamelde gegevens over 2007 zijn echter minder eenduidig (zie tabel 11). Twee bevindingen bevestigen de grotere kans op succes voor repeat players. Repeat players zijn namelijk de enigen die wel eens succes hebben in een voorlopige voorzieningenprocedure. Bij bodemprocedures hebben niet grote bedrijven die repeat player

zijn een wat hogere kans op succes dan one-shotters. Dit geldt echter niet voor grote bedrijven, hier hebben repeat players minder vaak succes dan grote bedrijven die slechts eenmaal bij het CBb kwamen. Bij de hoger beroepen lijkt het voor de kans op succes geen verschil te maken of het bedrijf slechts eenmalig of vaker procedures bij het CBb heeft.

Er moeten nog twee kanttekeningen worden geplaatst bij deze bevindingen. Met uitzondering van de registratie door het CBb over de 2002 en 2003 hebben de cijfers betrekking op tamelijk kleine aantallen zaken. Bovendien is als indicatie voor succes ervan uitgegaan dat een gerond beroep betekent dat het beroep succesvol is. Een beroep kan echter gegrond zijn bevonden maar toch het bestuursbesluit grotendeels in stand laten, bijvoorbeeld omdat slechts op een detailpunt het besluit ongegrond is of omdat uitsluitend de motivering als onvoldoende wordt aangemerkt. Zo constateren Glazener en Kroes²⁴⁸ dat in beroep bij het CBb veel OPTA-besluiten zijn gesneuveld, maar dat desondanks de meeste marktanalysebesluiten grotendeels in stand zijn gelaten en slechts op detailpunten vernietigd of als onvoldoende zijn beoordeeld.

247 De gegevens over hoger beroepen uit de registratie van het CBb zijn niet in dit overzicht opgenomen, omdat bij hoger beroep het percentage gegrond zijn geen goede indicatie is van wie succesvol is, dat hangt af van wie in hoger beroep ging (bedrijf of bestuursorgaan).

248 Glazener & Kroes 2007, p. 336.

Tabel 11. Successcore bij CBb van bedrijven naar repeat player (4x of vaker) of one-shotter (1x) naar soort procedure²⁴⁹

Bron	Soort procedure	% succes voor RP-bedrijf	% succes voor OS-bedrijf	Totaal % succes voor bedrijf
Registratie CBb 2002-2003	Bodemprocedures	50% (N = 113)	24% (N = 1068)	30% (N = 1519)
Registratie CBb 2002-2003	Voorlopige voorzieningen	42% (N = 24)	11% (N = 28)	23% (N = 103)
Uitspraken 2007 www.rechtspraak.nl: grote bedrijven plus vergelijkingsgroep niet grote bedrijven	Voorlopige voorzieningen	20% (N = 5)	- (N = 10)	4% (N = 23)
Uitspraken 2007 www.rechtspraak.nl: vergelijkingsgroep niet grote bedrijven	Bodemprocedures	55% (N = 11)	34% (N = 65)	33% (N = 109)
Uitspraken 2007 www.rechtspraak.nl: grote bedrijven	Bodemprocedures	28% (N = 82)	60% (N = 5)	26% (N = 112)
Uitspraken 2002, 2003, 2004 en 2007 www.rechtspraak.nl	Hoger beroepen	32% (N = 32)	30% (N = 37)	36% (N = 91)

In hoeverre hebben grote bedrijven meer kans op succes wanneer zij een zaak aanhangig maken bij het CBb? Ook hier zijn de gegevens niet eenduidig. Bij bodemprocedures in 2002 en 2003 en bij hoger beroepen is de successcore voor grote bedrijven hoger, bij bodemprocedures in 2007 en bij verzoeken om voorlopige voorziening 2002 en 2003 is de successcore juist voor niet grote bedrijven hoger (zie tabel 12).

Biesheuvel en Daalder²⁵⁰ melden dat in kringen van advocaten die veelvuldig voor ondernemingen bij het CBb optreden, het CBb wel is 'aangeduid als College van beroep tegen het bedrijfsleven'. Vervolgens merken zij op dat de jaarverslagen van het CBb geen gegevens bevatten op basis waarvan kan worden nagegaan hoe vaak appellanten van het CBb ongelijk krijgen. In hoeverre geeft het CBb het bestuursorgaan vaker gelijk dan het bedrijf?

²⁴⁹ Succes voor repeat players is geoperationaliseerd als het % gegrond en toegewezen van uitspraken CBb op beroepen ingesteld door een eiser die vier keer of vaker gedurende 2002 t/m 2007 een geschil aanhangig heeft bij CBb. Voor de berekening van het percentage zijn de zaken die zijn ingetrokken, waar de uitkomst onbekend is of waar het CBb kennelijk onbevoegd of niet-ontvankelijk is, niet meegerekend. Bij hoger beroepen is succes als volgt gedefinieerd: gegrond indien bedrijf hoger beroep heeft ingesteld en ongegrond indien bestuursorgaan hoger beroep heeft ingesteld. One-shotter is opgevat als slechts één geschil bij CBb gedurende de jaren 2002 t/m 2007. N = het totaal aantal uitspraken waarover successcore (%) is berekend.

²⁵⁰ Biesheuvel & Daalder 2005, p. 1286.

Tabel 12. Succes bij CBb van bedrijven naar 'groot bedrijf' of niet, naar soort procedure

Bron	Soort procedure	% succes voor grote bedrijven	% succes voor niet grote bedrijven	Totaal % succes
Registratie CBb 2002-2003	Bodemprocedures	66% (N = 38)	29% (N = 1481)	30% (N = 1519)
Registratie CBb 2002-2003	Voorlopige voorzieningen ²⁵¹	- (N = 4)	24% (N = 97)	23% (N = 101)
Uitspraken 2002, 2003, 2004 en 2007 www.rechtspraak.nl	Hoger beroepen 2007 en 2002 t/m 2004	56% (N = 16)	28% (N = 76)	36% (N = 91)
Uitspraken 2007 www.rechtspraak.nl	Bodemprocedures	26% (N = 112)	33% (N = 109)	onbekend

Uit alle beschikbare cijfers blijkt inderdaad dat het bestuursorgaan aanzienlijk vaker gelijk krijgt dan het bedrijf (zie tabel 13).

Tabel 13. Wie wint bij CBb?²⁵²

	Bedrijf	Bestuursorgaan	Beide deels	
Hoger beroepen 2002, 2003, 2004, 2007	20 (22%)	59 (64%)	13 (14%)	92 (100%)
Bodemprocedures 2002-2003	458 (30%)	1061 (70%)		1519 (100%)
Voorlopige voorzieningen 2002-2003	23 (23%)	78 (78%)		101 (100%)
Bodemprocedures 2007	64 (32%)	136 (68%)		200 (100%)
Voorlopige voorzieningen 2007	1	21		22

251 Ongeveer de helft van verzoeken om voorlopige voorziening wordt ingetrokken, vaker door grote bedrijven dan door niet grote bedrijven. Dit geeft een vertekening van successcore wanneer de intrekking volgt op een signaal van het CBb dat het verzoek geen kans maakt. Van alle ingediende verzoeken wordt slechts 7% toegewezen; het betreft uitsluitend verzoeken waarbij geen groot bedrijf is betrokken.

252 Bij de bodemprocedures en voorlopige voorzieningenprocedures is ervan uitgegaan dat het bedrijf heeft gewonnen wanneer het beroep geheel of gedeeltelijk gegrond resp. toegewezen is verklaard en dat het bestuur heeft gewonnen wanneer het beroep ongegrond resp. afgewezen is. Bij de hoger beroepen is rekening gehouden met wie er in hoger beroep is gegaan en is gedeeltelijk gegrond afzonderlijk in de tabel weergegeven.

Tabel 14. Beroep gegrond/ongegrond naar aard verweerder; op basis van www.rechtspraak.nl uitspraken bodemprocedures 2007

Bestuursorgaan	(Deels) gegrond	Ongegrond	Totaal gegrond en ongegrond
OPTA	24	61	85
Min. LNV	18	46	64
Overige bestuursorganen	27	28	55
Totaal	69	135	204

Beroepen tegen besluiten van de OPTA en het ministerie van LNV, bestuursorganen waar- tegen heel veelvuldig een beroepsprocedure loopt, worden relatief vaak als ongegrond beoordeeld (zie tabel 14).

Het CBb geeft OPTA vaker gelijk dan de rechtbank Rotterdam (vergelijk tabel 5, hoofdstuk 6).

7.3 Geschil- en procedeedrag van grote ondernemingen

7.3.1 Herkomst van empirische gegevens

In het kader van dit onderzoek hebben we functionarissen van veertien grote ondernemingen geïnterviewd die als procespartij betrokken zijn geweest bij een procedure bij het CBb. Vijf respondenten van andere bedrijven die we interviewden over hun ervaring met de rechtbank Rotterdam hadden op het moment van het interview een zaak lopen bij het CBb en hebben hierover summier

informatie gegeven. Deze paragraaf is in hoofdzaak gebaseerd op de vijftien interviews met veertien grote ondernemingen.²⁵³

De geïnterviewde bedrijven vormen een redelijke afspiegeling van alle grote bedrijven die in de periode 2002-2007 betrokken waren bij een procedure bij het CBb wanneer we kijken naar het soort wetgeving en het bij de procedure betrokken bestuursorgaan.²⁵⁴ In vergelijking met alle zaken (ook van niet grote bedrijven) betekent dit een oververtegenwoordiging van telecommunicatie- en energiebedrijven, en van procedures tegen een marktautoriteit of toezichthouder; en een ondervertegenwoordiging van procedures over subsidies, heffingen en belastingen en landbouwwetgeving en van procedures tegen een ministerie als bestuursorgaan. De acht geïnterviewde telecommunicatie- en energiebedrijven hadden te maken met sectie I van het CBb, de overige zes bedrijven hadden ervaring met sectie II. De helft van de geïnterviewde bedrijven zijn Nederlandse bedrijven (waarvan één multinational), de andere helft

²⁵³ Zie bijlage 3 voor meer informatie over veldwerk en respondenten.

²⁵⁴ Aard wetgeving: 5x communicatiewetgeving, 3x energiewetgeving, 2x landbouwwetgeving, 1x subsidies/heffingen, 1x vervoerswetgeving, 1x mededingingswetgeving, 1x overige wetgeving. Aard betrokken bestuursorgaan: 10x marktautoriteit/toezichthouder, 3x ministerie/ministeriële dienst, 1x lagere overheid.

betreft het Nederlandse deel van een internationale of buitenlandse onderneming. De helft van de respondenten van de bedrijven zijn duidelijk repeat player en hebben jaarlijks enkele malen een procedure bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Drie geïnterviewden hadden op het moment van het interview slechts ervaring met een of twee procedures bij het CBb, twee geïnterviewden waren betrokken geweest bij drie tot vijf CBb procedures.

Tevens zijn gesprekken gevoerd met drie bestuursorganen (OPTA, NMa en Ctgb), vier gespecialiseerde advocaten, twee belangenorganisaties en twee juridisch deskundigen.

7.3.2 De afdeling Legal & Regulatory

De helft van de respondenten van de bedrijven is werkzaam op een centrale bedrijfsjuridische afdeling, de anderen op een afdeling reguleringszaken. De bedrijfsjuridische afdelingen behandelen niet alleen economisch-bestuursrechtelijke zaken, maar ook contracten, consumentenklachten en ondernemingsrechtelijke zaken. Meestal zijn een of twee juristen speciaal belast met bestuursrecht of reguleringszaken. Vier van de vijftien respondenten zijn geen jurist; als directeur van het Nederlandse deel van een internationaal bedrijf of de medewerker die binnen het bedrijf verantwoordelijk is voor reguleringszaken hebben zij een technische achtergrond.

De meeste respondenten werkzaam in telecommunicatie- en energiebedrijven richten

zich op reguleringszaken. Dat betekent dat zij contacten onderhouden met OPTA en NMa, nieuwe wet- en regelgeving in de gaten houden, overleggen binnen het bedrijf over alles wat met die regelgeving en de toezichthouders te maken heeft. Ook zijn zij degenen die vanuit het bedrijf betrokken zijn bij geschillen en bezwaar- en beroepsprocedures.

'U bent hier bij de afdeling Legal & Public Affairs. En onderdeel daarvan maakt ook uit Regulatory Affairs. Mijn collega en ik doen allebei regulatory affairs binnen deze afdeling. Dus eigenlijk alles wat te maken heeft met toezichthouders, besluiten die daar vandaan komen, de vervolgstappen, zeg maar als dat eindigt in een beroep bij of de rechtbank Rotterdam of het CBb. Voor zover het gaat om telecom- en mededingingszaken. Daar houden wij ons mee bezig.'

Hoeveel van hun tijd de respondenten besteden aan de voorbereiding en begeleiding van juridische procedures verschilt sterk. Een directeur van de bedrijven in Nederland en België van een Amerikaans chemisch concern zei enkele jaren terug 30% van zijn tijd te besteden aan bezwaar- en beroepsprocedures. Op het moment van interview legden juridische procedures slechts een klein beslag op zijn tijd. Een bedrijfsjurist werkzaam op de centrale juridische afdeling van een concern omschrijft zijn functie als een 'inhouse lawyer'.

'90% van mijn werk is adviserend werk of contracten, overleg, fusies, overnames. En een relatief beperkt gedeelte van het werk resulteert uiteindelijk in een procedure bij de burgerlijk rechter of bij de bestuursrechter. Het is maar een zeer beperkt stuk [van het werk]. Want we proberen zoveel mogelijk het goede voorwerk te doen, zodat we zo weinig mogelijk bij die instellingen terechtkomen.'

Een andere bedrijfsjurist zei de helft van de tijd te besteden aan het begeleiden van procedures bij het CBb.

7.3.3 Preventie van geschillen en procedures

In hoeverre proberen de bedrijven te vermijden dat geschillen ontstaan of dat een geschil leidt tot een juridische procedure? Eén bedrijfsjurist gaf aan dat het bedrijf problemen met het overheidsbeleid op hoofdpunten bij voorkeur via politieke kanalen en overleg probeert op te lossen. Juridische procedures betreffen meer details.

'En wanneer het gaat over zaken die meer principieel van aard zijn. Dat zijn dan de zaken die op langere termijn toch weer negatieve financiële gevolgen voor ons kunnen meebrengen. Dan proberen we het meer te regelen via het overlegcircuit, want we zijn een redelijk grote onderneming. Dus als het echt zaken betreft die van beduidend belang zijn voor onze club, dan proberen we toch wel zelf of via overleg met andere bedrijven in de

branche met de overheid tot een goede oplossing te komen.'

Deze bedrijfsjurist is in zoverre een uitzondering dat de meeste grote bedrijven met ervaring met het CBb doorgaans weinig mogelijkheden zien om via overleg conflicten op te lossen.

'[Komt het ook voor dat er geschillen zijn en dat je probeert om tot een oplossing te komen via overleg of mediation of zulk soort manieren?] Mediation niet. Als er een besluit komt waarvan we denken, [het bestuursorgaan heeft] gewoon even een foutje gemaakt, dan bellen we op en zeggen we: Kijk er even naar, hier en hier en hierom, was dit bewust? Nou, soms is het bewust en soms is het een klein foutje en dan wordt dat gecorrigeerd. Het blijft aan twee kanten mensenwerk, dus we voeren eigenlijk standaard altijd overleg met het [bestuursorgaan] voordat we bezwaar in gaan dienen en de jurist en de inhoudelijk betrokkenen van het [bestuursorgaan] weten eigenlijk van tevoren of wij een bezwaar in gaan dienen ja of nee. En waarom dan. Dus dat gaat in redelijk overleg. Al jaren ben je met elkaar in discussie en het zijn soms hele langlopende zaken en soms zijn het verschillende zaken maar dezelfde mensen en ja, je zit aan de andere kant van de tafel, maar dat neemt nog niet weg dat je gewoon overleg kunt voeren met elkaar.'

Een advocaat vertelt dat tijdens de bezwaar-fase soms wordt geprobeerd om in overleg

met het bestuursorgaan tot een oplossing te komen.

‘Die bezwaarfase proberen we ook wel te benutten om tot overleg te komen om te kijken of we er zonder die verdere procedures uit kunnen komen.’

Bedrijven en advocaten die met OPTA en de NMa te maken hebben, vinden overleg met het bestuursorgaan zinloos. Een ander bedrijf heeft onlangs bij uitzondering op initiatief van een provincie mediation meegemaakt.

‘[Zijn er ook nog manieren waarop u juridische procedures kunt voorkomen?] Eigenlijk niet. We hebben recent, maar dat is zeer bijzonder, een geval van mediation doorgemaakt. Dat leidde overigens niet tot een oplossing, maar goed, dat kan gebeuren. Dat was in een geval tussen ons en de provincie dat zich naar zijn aard wel voor mediation leende.’

Bij geschillen tussen bedrijven onderling, zoals die in de telecommunicatie veel voorkomen, zijn de mogelijkheden voor een onderlinge oplossing vaak gering vanwege de ongelijke machtspositie van de bij het geschil betrokken partijen en omdat het voor een belangrijk deel gaat om het behouden of verkrijgen van een positie in de markt. Een bedrijf probeert soms wel eenmalige financiële kwesties te schikken, maar de andere partij is daartoe vaak niet bereid (heeft meer financiële armslag) tenzij het voor hen van belang is dat er geen

rechterlijke uitspraak komt (bijvoorbeeld vanwege de reikwijdte van een uitspraak door antidiscriminatieverplichting). Eén telecombedrijf heeft een goede ervaring met OPTA als mediator.

‘OPTA heeft in een eerder geval als mediator opgetreden, wat ons zeer goed bevallen is. (...) Bij OPTA was onduidelijkheid over bevoegdheden in dit geval, vandaar dat werd gekozen voor mediation. De OPTA werkte toen snel, en de arbiters waren deskundig. (...) We proberen nu OPTA te verleiden op te treden als mediator in een ander conflict.’

De bedrijfsjurist van een ander telecombedrijf ziet daarentegen niets in OPTA als mediator.

‘OPTA heeft gekeken of ze niet een rol als mediator zou kunnen vervullen. (...) Ze hebben daar gewoon geen wettelijke grondslag voor. En ze hebben er ook geen geld voor en dus mogen ze het ook niet doen. [Maar zouden er dan nog wel mogelijkheden zijn, dat dat zinnig zou kunnen zijn?] Als OPTA echt een onafhankelijke partij zou zijn, maar OPTA heeft altijd een eigen agenda. Kijk, een mediator heeft geen eigen agenda. Die zit daar volkomen blank in. OPTA heeft altijd een eigen agenda.’

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft een keer een mediationtraject geïnitieerd in een telecommunicatiezaak. De betrokken

partijen hebben daaraan meegewerkt, hoewel ze er geen perspectief in zagen.

‘Het CBb heeft gezegd: Jongens, dit gaat allemaal zo over het verleden, ik stel voor dat jullie eerst eens kijken of niet een mediation-traject mogelijk is. Dat was de eerste keer eigenlijk dat het CBb dat deed. Toen hebben wij een gesprek gehad. Maar ja, het is bij zo’n mediationtraject ook zo dat een mediator moet begrijpen waar het over gaat. En deze mediator – en dat kun je hem helemaal niet kwalijk nemen, dus dat is helemaal geen kritiek van mij op de mediator, maar de vaststelling van een feit – die kon zich absoluut geen voorstelling maken van wat partijen nou zo verdeeld hield. (...) Het probleem is natuurlijk toch dat telecom een beetje te moeilijk is. Dus eerlijk gezegd heb ik eigenlijk nog nooit een succesvolle mediation gezien in onze markt. Ik denk wel dat het technisch mogelijk zou moeten zijn, met name als het een klip en klaar iets is.’

‘Dat was bij één zaak, waarbij het volstrekt helder was dat mediation daar nooit een oplossing zou bieden. Toen kwam de uitnodiging van het CBb, daar zaten we eigenlijk een beetje mee in onze maag, want we wilden niet keihard zeggen: Daar werken we niet aan mee. Dus we hebben het CBb laten weten dat we best bereid waren daar aan mee te werken. (...) De partijen zagen er helemaal niks in. Dat werd dus ook helemaal niks. [Waarom zagen jullie er helemaal niks in?] Omdat de belangen gigantisch groot waren

en de belangen van beide bedrijven volkomen tegengesteld. En dat ging om miljoenen. (...) We hebben ieder apart met de mediator gesproken en we hebben nog één keer een gezamenlijke bijeenkomst gehad, maar dat werd dus niets. (...) Mediation werkt prima (..) in de relatie tussen twee partijen die een conflict hebben over iets, maar die wel met elkaar door willen blijven gaan, op andere terreinen. Een juridische procedure kan dan de relatie beschadigen en mediation is dan een mooie manier om de relatie te handhaven en er samen uit te komen met behulp van een mediator. Wij treffen ook wel eens schikkingen. Mijn ervaring is dat je daar geen mediator voor nodig hebt. Als je allebei wilt, kom je er samen uit, want je bent volwassen partijen en je bent heel goed in staat om elkaars belangen in te schatten en tot een vergelijk te komen als je allebei die wens hebt. [Dus als het niet lukt, dan wil één van de twee op zijn minst niet?] Ja, of dan zijn de belangen te groot. Dus dan wil inderdaad één van tweeën niet. (...) In een normale zaak, waar twee partijen bij betrokken zijn, denk ik dat mediation een heel goed alternatief kan bieden. Maar bij ons gaat het nooit om een zaak tussen twee partijen. Er speelt altijd nog een derde partij een rol, namelijk OPTA, de toezichthouder. En in zo’n conflict speelt dus altijd op de achtergrond mee: Wat gaat OPTA doen? Over het algemeen kun je zeggen dat OPTA eerder de marktpartijen, dus onze concurrenten, steunt, dus die wederpartijen van ons, die zitten vaak toch in de comfortabele positie, dat als de

zaak alsnog bij OPTA komt, dat zij bij OPTA dan wel gaan winnen. En dat maakt het heel erg lastig om tot een vergelijk te komen met z'n tweeën. Ongeacht of daar een mediator bij zit.'

Een telecommunicatieadvocaat wijst eveneens op de complexe partijconstellatie als belemmering voor schikkingen en mediation.

'Waarom komt er eigenlijk geen arbitrage en mediation aan te pas? Het probleem is natuurlijk dat er in die gereguleerde sectoren altijd een driepartijenverhouding is tussen een toezichthouder, die besluiten neemt en in deze sector specifiek mededingingsrecht, dus er zijn altijd klachten van concurrenten en er is vaak een dominante partij. Dat geeft een driehoeksverhouding waarin het heel erg lastig is om iedereen op één lijn te krijgen. Soms zijn er zelfs er vier partijen. (...) De toezichthouder die verwisselt zijn pet, want in een geschil tussen twee partijen is hij geschilbeslechters, is hij een soort rechter, maar zijn besluit is een bestuursrechtelijk besluit wat je op zich kunt aanvallen en dan wordt hij tegenpartij. Het punt is, hij is dus niet objectief als geschilbeslechters, want hij heeft een beleidsdoelstelling, hij wil concurrentie bevorderen, dus als je een geschil hebt tussen een dominante partij en een nieuwe toetreders, dan heeft de nieuwe toetreders altijd een streepje voor, dus er is eigenlijk geen onpartijdigheid. Ik bedoel dat niet in de kwade zin, want die beleidsdoelstelling heeft de toezichthouder op grond van de

wet, maar het maakt dus wel dat geschillenbeslechters door de toezichthouder niet te vergelijken is met arbitrage en dan heb je dus echt die rechterlijke toets nog wel nodig. Waarom wordt er dan geschikt? a) Is het dus moeilijk in een driepartijenverhouding en b) is het vaak voor een bestuursorgaan ook lastig om in een achterkamertje een deal te maken met een partij waar dan uiteindelijk een besluit over moet komen waar rekening en verantwoording over wordt afgelegd. Dus het gebeurt wel, maar dan moeten dus echt alle partijen het eens worden. (...) Maar dan zal er toch altijd nog weer een partij op kunnen staan die zegt: Daar ben ik het niet mee eens, (...) en dan zegt het CBB: Oké, dan gaat het toch onderuit. En dan gaat OPTA bewegen. (...) Dan gaat alles weer schuiven.'

Binnen de energiesector lijken de onderlinge relaties (tot nu toe) meer gericht op samenwerking, bijvoorbeeld binnen belangenorganisaties zoals Netbeheer Nederland (vereniging van alle netbeheerders in Nederland) en EnergieNed (sinds juli 2008 de vereniging van commerciële energiebedrijven in Nederland: energieproducenten, -handelaren en -retailbedrijven). Niet alle energiebedrijven zijn lid van EnergieNed. Vier bedrijven (alle vier met buitenlandse moederbedrijven) hebben de Vereniging voor Marktwerving en Energie (VME) opgericht. Er wordt wel geprobeerd om samen te werken.

'[Kunt u misschien iets vertellen over de afweging om al dan niet in beroep te gaan bij het CBb? In wat voor zaken doet u dat?] Ja, als we het belangrijk vinden. We zullen natuurlijk eerst altijd proberen om in de voorfase overeenstemming te bereiken. Voorstellen worden eerst besproken met de gezamenlijke netbeheerders. Zij voeren, dat moet ook op grond van de wet, over hun voorstellen overleg met representatieve organisaties. Dat zijn eigenlijk alle afnemersorganisaties. Er wordt toch wel geprobeerd om voorstellen in te dienen met zoveel mogelijk draagvlak. En vervolgens, in het besluitvormingsproces, probeer je toch dat er iets uitkomt waar iedereen zich in kan vinden. Bij sommige dingen zul je, als het je eigenlijk niet aanstaat maar je wel kunt zien dat je het gaat verliezen, natuurlijk niet gaan procederen. Maar sommige dingen zijn zo belangrijk, dan ga je wel procederen.'

Een besluit van bijvoorbeeld OPTA heeft vaak consequenties voor ten minste twee en soms meer telecombedrijven. Vanwege het grote aantal belanghebbenden is het lastig om een geschil via overleg tot een goed einde te brengen. Respondenten uit de telecommunicatie- en de energiesector verhalen van situaties waarin het bestuursorgaan met een aantal betrokken bedrijven overeenstemming heeft bereikt. De betrokken partijen werden echter verrast door een niet bij het overleg betrokken partij die het oneens is met het besluit en daartegen in beroep gaat bij het CBb. Het via

overleg bereikte resultaat blijkt daar niet tegen bestand.

'Wij sluiten wel eens deals met OPTA. (...) Maar we hebben natuurlijk de andere partijen niet in de hand en andere partijen kunnen dan wel in beroep gaan. We hebben nu achter elkaar drie uitspraken gehad waar OPTA dus alleen met ons of een groep partijen een afspraak had gemaakt en dat die partijen ook hadden toegezegd niet in beroep te gaan en dat een ander in beroep gaat en dat het CBb dan die deal onderuithaalt. En daarvan kun je je ook afvragen van, wie is daar nou blij mee? Dan heb je die onzekerheid alsnog.'

Deze ervaring leidde er ook toe dat het bedrijf terughoudender is geworden met het maken van dit soort afspraken.

'[Als juristen] adviseren wij nu ook, een deal is prima, maar alleen als de hele markt meedoet. En we doen het niet meer alleen of met maar een paar partijen. Dat doen we gewoon niet meer, want je bent veel te kwetsbaar.'

7.3.4 Overwegingen en afwegingen

De wijze waarop de besluitvorming over al dan niet procederen verloopt, verschilt per bedrijf en is ook afhankelijk van de aard en het gewicht van de zaak. De beslissing om in bezwaar of in beroep te gaan wordt meestal genomen door de directie na advies van de bedrijfsjurist/regulatory counsel en de

advocaat. Bij de Nederlandse vestiging van buitenlandse bedrijven wordt deze beslissing doorgaans in Nederland genomen. De rol van het hoofdkantoor of de juridische afdeling in het buitenland bij dit soort beslissingen is bij de meeste bedrijven tamelijk beperkt. Het hoofdkantoor wordt op de hoogte gehouden van wat er in Nederland gebeurt, een enkele keer vindt overleg plaats over de te kiezen strategie.

Voor veel bedrijven in gereguleerde markten hebben bepaalde besluiten van de toezichthouder/marktautoriteit zulke grote gevolgen voor de financiële positie, de overlevingskansen of de marktmogelijkheden dat bedrijven al snel in beroep gaan tegen een besluit. Een extreem geval zijn besluiten die kunnen leiden tot sluiting van het bedrijf of een deel van het bedrijf.

'Wij zijn 100% aandeelhouder van een bus-bedrijf. Dat reed tot twee jaar geleden in een bepaalde regio. Die twee concessies hebben we verloren, einde bedrijf. Dus dat heeft wel tot gevolg dat alle betrokkenen tot het uiterste gaan en ook wel moeten gaan. [Maar dat is dan iets wat juridische procedures aanjaagt. Als je daar nog een kans ziet, dan zul je dat zeker ook doen.] Als je de kans reëel acht, zul je het doen. We hebben geen terughoudendheid.'

'Het [besluit om in bezwaar of in beroep te gaan] is een relatief eenvoudige beslissing. Dit bedrijf bestaat omdat er toelatingen zijn die

ervoor zorgen dat we het middel op de markt kunnen brengen. Zonder toelating geen bedrijf. Dus ja, je kunt kiezen, als je het niet doet, dan kan dat (...) ertoe leiden dat een bedrijf gesloten wordt en in sommige gevallen dat een hele bedrijfstak gesloten wordt. Dus dat zijn besluiten met een behoorlijke reikwijdte.'

In gereguleerde markten zoals de telecomunicatie en de energiesector zijn de financiële belangen die zijn gemoeid met een besluit van de toezichthouder vaak (zeer) groot.

'Het [bedrijf] kan zich eigenlijk niet veroorloven niet te procederen. Want dan worden we meteen onder gesneeuwd. [Het gaat om honderden miljoenen euro's.] In het licht van dat soort bedragen is het natuurlijk van groot belang om onze posities goed in de gaten te houden.'

'[Welke overwegingen spelen een rol bij de start van een procedure?] Het kan principieel zijn, dat je denkt op lange termijn last van een bepaald besluit te zullen hebben. Alle besluiten hebben een enorme spin-off op de omzet. Wij hebben vijftig miljoen gereguleerde omzet. Een besluit dat de tarieven met een of twee procent naar beneden moeten, leidt vervolgens al tot een heel groot bedrag. Voor zo'n groot bedrag is het gemakkelijk vechten. Dus dat geldt eigenlijk voor ieder besluit. Ieder besluit kan de basis zijn voor een procedure. Je moet dan inschatten, hebben we een punt of niet.'

'We zijn het doorgaans niet eens met OPTA. Daar clashen de belangen te veel voor. Dus wij opteren er toch vaak voor om een rechter daar naar te laten kijken en dan moet je dus wel verder procederen.'

Sanctiebesluiten kunnen eveneens aanleiding zijn om in beroep te gaan bij de rechter wanneer het bedrijf van oordeel is dat de sanctie onterecht is opgelegd of te zwaar (te hoge boete). De belangrijkste reden om geen beroepsprocedure te starten is wanneer het bedrijf in overleg met de advocaat tot het oordeel komt dat een procedure geen schijn van kans heeft.

'[Wat zijn dan de redenen om niet in beroep te gaan?] Het kan zijn dat een besluit ons niet bevalt, maar wij zien geen mogelijkheden om dat in bezwaar of beroep omver te gooien. Dat is het belangrijkste.'

Een variant is de situatie dat de mogelijkheid bestaat dat eventueel verlies van de beroepszaak zeer negatieve consequenties kan hebben voor het bedrijf.

'Je kijkt vooral naar de omvang van je belang en dat kan dus heel groot zijn. (...) Je kijkt ook: is er een downside? Als ik het verlies, wat betekent dat? Dat is een hele belangrijke overweging.'

Met name in de telecommunicatie- en energie-sector worden zeer veel procedures gestart.

Bedrijven lijken hierin weinig terughoudend te zijn. Er worden door bedrijven een aantal redenen genoemd voor dit grote aantal juridische procedures. Zowel de telecommunicatie- als de energiesector betreft geliberaliseerde markten die sterk in ontwikkeling zijn. Voor zowel de voormalige monopolisten als voor nieuwkomers op de markt gaat het om heel grote belangen waarmee veel geld is gemoeid. Sommige (nieuwe) telecombedrijven wijzen ook op de opstelling van KPN die uit eigen beweging geen ruimte zou willen prijsgeven. Bedrijven in de telecommunicatie wereld, maar ook energienetbeheerders, zijn sterk van elkaar afhankelijk. Enkele respondenten wijzen ook op onduidelijke regelgeving of de neiging om nieuwe markten te sterk te reguleren als oorzaak voor juridische procedures.

'Dus het gaat over veel geld en het is ingewikkeld met een onduidelijke regelgeving. Dat kan de NMa niet helpen. Dus daar zit ook heel veel voer in voor juristen om over te hakketakken. En de belangen zijn groot genoeg om ook daadwerkelijk naar de rechter te gaan.'

'De concurrentie is hevig. Wellicht heviger dan in andere gereguleerde sectoren en de afhankelijkheid van één partij is ook groot. Er is een grote afhankelijkheid van KPN voor andere bedrijven om hun diensten de markt op te krijgen en dat geeft een spanningsveld wat leidt tot procedures. Want ik denk dat 80-90% van de procedures, daar is KPN bij betrokken. En dat is natuurlijk wel apart van deze sector

dat je een hele grote partij hebt waar mensen iets mee moeten.'

Marktpartijen in gereguleerde sectoren bundelen soms hun belangen. Met het oog op een sterkere positie in een juridische procedure coördineren ze hun procedeedrag. In geschillen met KPN en met OPTA treden nieuwe telecombedrijven soms gezamenlijk op in de Associatie van Competitieve Telecombedrijven of de TAP. De (gezamenlijke) strijd tegen de macht van KPN is dan kennelijk belangrijker dan de onderlinge concurrentie over de verdeling van de markt.

'Wat ons belang bij ACT is, wij zien dat OPTA rekening moet houden met heel veel verschillende belangen. Als je echt alleen opereert dan kan het wel eens zijn dat je toch niet succesvol bent omdat in de afweging van alle belangen ... [Dan word je tegen elkaar uitgespeeld.] Precies. Dan is het vaak beter om van tevoren te kijken of je het zo kunt neerleggen bij OPTA dat het een gemeenschappelijk belang is. Dat is eigenlijk de belangrijkste rol van ACT.'

'Je hebt nu ook weer de TAP, dat is Tele2, Atlantic Telecom en Pretium. Dat zijn de partijen die op basis van carrier prijsselectie en line rental de markt bedienen en die hebben geen eigen netwerk en die hebben heel andere belangen dan de ACT-partijen die wel een eigen netwerk hebben.'

Door telecombedrijven is ook een stichting opgericht om bewijsproblemen bij civielrechtelijke schadeclaims op te lossen.

'Het is echter erg moeilijk om de schade van individuele bedrijven te bewijzen. Speciaal hiervoor hebben we een stichting opgericht. Wij dragen onze vorderingen over aan die stichting en dat doen andere bedrijven ook. De stichting vertegenwoordigt 99% van de markt. De stichting eist schadevergoeding, die kunnen we dan in abstracto berekenen. Het is dan niet moeilijk te bewijzen dat schade is geleden. De verdeling van het geld doen we vervolgens zelf binnen de stichting, daarvoor is een verdeelsleutel afgesproken. (...) Samen sta je juridisch en onderhandelingsstechnisch veel sterker.'

Zoals gezegd hebben de energiebedrijven hun krachten gebundeld in EnergieNed, VME en Netbeheer.

'Er zijn ook allerlei branchegerichte initiatieven. Vroeger had je alleen EnergieNed, dat is de federatie van energiebedrijven in Nederland. Nu is daar ook door die splitsing een beetje een verbroekeling ontstaan en de leveringsbedrijven, de retailbedrijven zoals wij, zijn als een eigen club verdergegaan. Dat is de VME, de Vereniging voor Markwerking en Energie. En de meer traditioneel verticaal geïntegreerde bedrijven van vroeger zitten nog steeds bij EnergieNed.'

De belangenorganisaties proberen eveneens via politieke lobby en overleg in Den Haag en Brussel hun belangen te behartigen.

'Wij zijn primair een lobbyorganisatie. Wij proberen komende wetgeving te beïnvloeden en andere regelgeving. Dus we hebben veel contacten in Den Haag en ook in Brussel. En verder proberen wij mee vorm te geven aan de implementatie van wet- en regelgeving. (...) Wij voeren met name gezamenlijke procedures, dus als bijvoorbeeld nu het methodebesluit wordt aangepast, dan wordt dat gezamenlijk opgepakt. Netbeheerders moeten op grond van de wet gezamenlijk voorstellen doen voor de tarievcodes en de technische codes en dat zijn hele pakken. En dat leidt heel vaak tot bezwaarprocedures en uiteindelijk beroep. Het zijn grote besluiten, het hele pakket aan voorstellen wordt gedaan en daar volgen dan één of twee procedures uit. We doen veel bezwaarprocedures. Het aantal procedures bij het CBb valt nog wel mee de laatste tijd.'

Enkele respondenten geven echter aan dat inmiddels iets minder snel een beroepsprocedure wordt gestart dan in het verleden.

'Er moet wel een bedrijfsbelang bij zijn. De afgelopen jaren bekijken we elke procedure heel kritisch, of we hem wel moeten voeren. En er is een soort kentering gekomen in de samenwerking met OPTA (...), omdat we toch proberen met OPTA door één deur te gaan

voor zover dat kan. En dat betekent dat we een iets minder litigieuze opstelling hebben ingenomen. Meer het overleg zijn aangegaan om dingen naar beider voordeel geregeld te krijgen. Waardoor wij gewoon iets meer moeten accepteren en de OPTA ook af en toe wat water bij de wijn doet. Dus elke procedure wordt wel tegen het licht gehouden: gaan we hiervoor procederen? Zeker ook omdat we in de markt niet te boek willen staan als een partij die voortdurend overal een proces voor gaat voeren.'

De Energiekamer, toen nog DTE, was vrij nieuw.

'Die lieten nogal veel ballonnetjes op. Ze waren hun bevoegdheden aan het afbakenen. Dat is nu wat ingedaald. De relatie tussen de sector en de Energiekamer is veel beter geworden. Dat vertaalt zich erin dat het aantal procedures ook minder is geworden.'

Het is echter nog de vraag in hoeverre de hoeveelheid juridische procedures in de gereguleerde sectoren snel zal afnemen.

'Men zegt: het moet uiteindelijk een markt worden die zelfstandig bestaat. Maar eerlijk gezegd denk ik dat dat een beetje een utopie is. Ik denk niet dat dat makkelijk haalbaar zal zijn. Dus we zullen nog wel heel lang met regelgeving en met procedures te maken hebben.'

Uit de ons ter beschikking staande cijfers blijkt niet dat het aantal beroepsprocedures in 2007 (het laatste jaar waarop onze cijfers betrekking hebben) lager is dan in de daaraan voorafgaande jaren. Deze cijfers hebben betrekking op in 2007 afgesloten zaken; wellicht is het aantal ingediende beroepen in 2008 wel teruggelopen.

7.3.5 Intrekking procedures

Uit de reeds gepresenteerde cijfers bleek dat een kwart van de bij het CBb aangebrachte zaken wordt ingetrokken voordat het CBb tot een uitspraak is gekomen. Overname of fusie van het bedrijf wordt door respondenten genoemd als een van de redenen om een lopende procedure in te trekken. Door overname of fusie kunnen de belangen anders zijn komen te liggen. Andere genoemde redenen zijn dat de zaak is achtergehaald, dat een schikking is bereikt of dat de kansen om de zaak te winnen bij nader inzien te klein worden geacht.

'Het kan zijn, als je een geschil hebt met een andere partij, dat je de zaak hebt kunnen schikken. Dan trek je het in. Of nu met de overname bijvoorbeeld, die is ook reden voor ons geweest om bepaalde zaken in te trekken. Omdat je op een andere manier in de markt staat, en het niet meer in ons belang is om zo'n zaak door te zetten.'

Door de lange duur van sommige procedures is het materiële belang van een zaak soms achterhaald.

'We hadden een beroepszaak die hebben we in 2000 aanhangig gemaakt en die kwam pas in 2005 of 2006 op de rol. We wonnen die zaak toen ook en dat wisten we van tevoren. Maar wat heb je daar dan nog aan? Die zaak ging over de reguleringsmethodiek. Inmiddels zit je dan al lang in een nieuwe reguleringsronde met de nieuwe methodiek.'

Het wegvallen van het materiële belang leidt er lang niet altijd toe dat de zaak wordt ingetrokken. Hierbij lijkt vooral van belang dat de procedures ook gaan over de bevoegdheden en werkwijze van de marktautoriteit. Er zitten dan ook vaak principiële aspecten aan de procedures.

'Het materiële belang verdwijnt in de tijd. Dan gaat het alleen nog over de principes. Maar als je dan de zaak laat vallen, dan denderen ze helemaal door.'

7.3.6 Bereikt het bedrijf wat het met beroep wil bereiken?

Bedrijven beogen met een beroepsprocedure financieel voordeel te behalen en zekerheid op langere termijn.

'[Wat beoogt u als u in beroep gaat?] Misschien maak ik u een illusie armer, maar het gaat

altijd om geld. (...) Een bevoegdheidsvraag van OPTA vertaalt zich namelijk ook altijd in geld.'

'Wat wilde u eigenlijk bereiken met die procedure? Uitstel dat het in Nederland op de markt kwam, of helemaal afstel of gewoon lastig maken dat ze op de markt kwamen?]
Ja, alles eigenlijk. Onze insteek was dat de registratie die was gegeven, dat die er niet had mogen zijn. Dus wat we eigenlijk in eerste instantie wilden was dat die bestaande registratie zou worden doorgehaald. Maar we realiseerden ons tegelijkertijd dat op termijn er onvermijdelijk een registratie zou komen. Dus we kunnen ze in het beste geval voorlopig van de markt houden, maar op de lange termijn gaat het er wel komen. (...) Het enige wat we uiteindelijk denk ik bereikt hebben, hoewel ik dat niet kan hardmaken, is dat het Bureau registratie diergeneesmiddelen in onze ogen nadien zorgvuldiger is omgegaan met de wederzijdse erkenningsprocedure.'

'Met een juridische procedure kun je verschillende doelen hebben: heel concreet, meer principieel, en misschien is het ook wel eens een drukmiddel. Kunt u daar iets over zeggen?]
Het hangt heel erg van de zaak af. Het kan allerlei redenen hebben. In het geval van die kartelzaak bijvoorbeeld, kregen we een boete opgelegd. Daar moet je je dan tegen verweren, als je vindt dat het ten onrechte is. En in andere zaken, zoals marktanalyses, daar is het juist meer principieel: we vinden dat het niet

goed is gedaan, en dat heeft natuurlijk consequenties op allerlei vlakken voor ons. Ook financiële consequenties. En je hebt weer andere zaken waarbij je gewoon een geschil hebt met een andere partij. Dus het hangt heel erg van de zaak af.'

Soms heeft een beroepsprocedure geen direct materieel belang, maar gaat het om het veiligstellen van toekomstige mogelijkheden of om een principekwestie.

Een bedrijf gaat in beroep tegen het besluit van de NMa om het bedrijf uit te sluiten van een veiling vanwege de vermeende dominante positie op de markt.

'Ook al zouden wij niet mee willen doen met die veiling. We hebben er toen toch voor gekozen om in beroep te gaan, omdat wij principieel op tafel wilden hebben dat ons bedrijf niet zomaar uitgesloten zou kunnen worden van een veiling. En dat is ook gelukt. (...) Dit was ook een mooie gelegenheid om nog eens aan te geven dat wij het niet eens waren met de marktafbakening van de NMa.'

Een bedrijf is van plan om in beroep te gaan tegen erkenning van de toezichthouder dat bepaalde kosten in de tarieven kunnen worden verwerkt.

'Nu gaat het bij ons om een niet hoog bedrag namelijk €25.000. Wij gaan hiertegen procederen om de deur hiervoor dicht te houden. Dat is een principe kwestie.'

In gereguleerde sectoren hebben veel procedures te maken met getouwtrek over de bevoegdheden van toezichthoudende instanties en de mogelijkheden en beperkingen van de verschillende marktpartijen. Zo wil de toezichthouder doorgaans ruime bevoegdheden of veel beleidsvrijheid, de dominante marktpartij wil een licht reguleringsregime om de 'grootste mate van vrije bewegingsruimte' voor het uitoefenen van het bedrijf te bewaren, terwijl nieuwkomers op de markt vaak streven naar strakke regulering van de dominante marktleider en realistische toegang tot de markt.

'We zijn natuurlijk een partij die zwaar gereguleerd is. Maar we zoeken het minimum op van wat we moeten binnen die regulering, want alles wat we meer doen verzwakt onze eigen positie.'

De bemoeienis van belangenorganisaties van telecombedrijven en energiebedrijven met juridische procedures is een indicatie voor het grote belang dat voor de bedrijven is gemoeid met deze procedures.

Uiteraard willen bedrijven dat hun beroep gegrond wordt verklaard. In dat geval is een van hun doeleinden bereikt. Maar het verkrijgen van duidelijkheid is in veel gevallen ook een belangrijk doel.

'Wanneer we een negatieve uitspraak krijgen, dan hebben we ons doel niet bereikt. Maar dan is de zaak wel getest, en dat is ook een

doelstelling. Ik heb nog nooit meegemaakt dat ik een zaak had waarvan ik achteraf zeg: dat hadden we net zo goed niet kunnen doen.'

'Het bedrijf wil gewoon weten waar het aan toe is. Het gaat er vaker om dat je weet waar je aan toe bent dan dat je materieel in het gelijk wordt gesteld. Natuurlijk word je het liefst materieel in het gelijk gesteld.'

7.4 Ervaringen bedrijven met CBb

Hoe ervaren grote ondernemingen de procedure bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven?

Bedrijven raadplegen vrijwel altijd een gespecialiseerde advocaat. Dit gebeurt vaak al in de fase van bezwaar of bij het formuleren van 'zienswijzen' in een consultatieprocedure. Enkele bedrijven doen sommige bezwaaren/of beroepsprocedures intern of deden dit in het verleden. Kostenbesparing en efficiëntie zijn hiervoor belangrijke redenen. In een aantal gevallen wordt na enige jaren toch weer besloten om een beroep te doen op externe advocaten of juist om het weer meer intern te gaan doen. Dit vereist wel dat intern ook de processuele kennis en ervaring voldoende aanwezig is om 'fouten' te vermijden.

'De kans op vormfouten is er gewoon. Dat hadden we recentelijk een keer. Toen hebben we iets fout gedaan en dan ben je de hele procedure kwijt. Het zit zo: de Energiekamer

neemt meerdere besluiten, een besluit over de methode, ze stellen de X-factor vast, en ze stellen de tarieven vast. Dat zijn allemaal afzonderlijke besluiten. Wij hadden beroep aangetekend tegen het methodebesluit. Wij veronderstelden dat daarmee ook de X-factor wordt veranderd, maar nu blijkt dat dat niet zo is. De X- factor krijgt direct rechtskracht en wordt dan niet meer aangepast, ook niet wanneer je gelijk krijgt op het punt van de methode. Nu zijn we in ons bezwaar tegen het methodebesluit niet meer ontvankelijk, omdat we niet ook bezwaar hebben aangetekend tegen de X-factor. Dat is fout gelopen. Sindsdien hebben we weer afgesproken: alle zaken via de advocaat.'

Ook wanneer een externe advocaat is ingeschakeld, is iemand uit het bedrijf nauw bij de voorbereiding van de procedure betrokken. In veel gevallen wordt samengewerkt met de technische deskundigen binnen het bedrijf. De bedrijfsjurist of directeur gaat vrijwel altijd mee naar de zitting bij het CBb. Een bedrijfsjurist vertelt hoe het er tijdens de zitting aan toegaat.

'Dat gaat over het algemeen heel gestructureerd en geordend eigenlijk. Het gaat altijd volgens een vaste systematiek. Partijen krijgen allemaal hun eerste termijn om hun verhaal te doen, vervolgens gaat het CBb vragen stellen aan alle partijen en dan is er nog een tweede termijn waarin iedereen weer kan reageren op wat de ander heeft gezegd en ook nog op de

vragen van het CBb. En juist die vragen van het CBb zijn heel verhelderend, want dan krijg je enigszins een beeld van welke kant gaat het op en waar zitten volgens het CBb nog de issues.'

De meeste respondenten vinden dat de rechters van het CBb goed voorbereid op de zitting komen, scherpe vragen stellen en er blijk van geven dat ze snappen waarover het geschil gaat.

Een advocaat is aangenaam verrast door het hoge niveau tijdens de zitting.

'Als wij naar het CBb gaan voor een zitting, dat is een selectie uit een groep van tien mensen die daar in wisselende samenstelling staan. Dus die mensen die kennen elkaar allemaal. Wij weten hoe het CBb werkt in dit soort zaken, dus dat betekent dat we niet bij de oerknal zo'n zaak gaan toelichten maar, (...) we gaan meteen tot de kern van de zaak. En dat is vaak met tekst van de richtlijn op tafel, van hoe zit dit nou in elkaar. Dat is wat ik er zelf ook heel leuk aan vind, dat er op heel hoog niveau wordt geprocedeerd. Het gaat echt inhoudelijk heel diep. En dat is heel specifiek voor het CBb. (...) Wat ik altijd erg plezierig vind, is dat ze over het algemeen inhoudelijk heel goed voorbereid zijn. Dat maakt het ook mogelijk om echt to the point te discussiëren met elkaar over die punten die als probleempunt nog moeten worden beoordeeld. De zittingen zijn over het algemeen helder gestructureerd en professioneel.'

Een bedrijfsjurist die onlangs zijn eerste ervaring bij het CBb had in een hoger beroepsprocedure, is echter zeer teleurgesteld over het CBb en over de zitting. Tijdens de zitting werden vooral kritische vragen gesteld aan het ministerie.

‘Wij gingen toch met het gevoel naar buiten een soortgelijke uitspraak te krijgen als bij de Rotterdamse rechter [die oordeelde het beroep van het bedrijf tegen de opgelegde boetes gegrond]. Onze verbazing was groot toen wij een uitspraak kregen die bijna een kopie leek te zijn van het betoog wat de minister in alle zaken al voert sinds het eerste bezwaar. (...) Wij hebben nauwelijks het woord gekregen en we hebben nauwelijks vragen gekregen.’

Deze respondent is niet alleen teleurgesteld in de uitspraak van het CBb, maar vindt tevens dat het bedrijf onvoldoende in de gelegenheid is gesteld om tijdens de zitting het standpunt toe te lichten en te verdedigen en dat het CBb tijdens de zitting niet heeft aangeduid in welke richting de uitspraak zou gaan. Ook enkele andere respondenten vertellen dat het erg lastig is om op basis van de zitting te voorspellen wat de uitspraak zal zijn. Bij sommigen leidt dit, evenals bij de hiervoor genoemde bedrijfsjurist, tot teleurstelling wanneer de uitspraak tegenvalt en ze dit niet hebben zien aankomen. Een reguleringsmedewerker heeft eveneens de ervaring dat de zitting geen uitsluitsel geeft over de uitspraak, maar houdt hier inmiddels rekening mee.

‘Na zo’n hoorzitting, dan zit je je af te vragen: kan ik uit de vragen die ik heb gekregen iets afleiden? Ik kan u verzekeren, het antwoord daarop is nee. (...) In het begin kon ik me dat helemaal niet voorstellen wanneer een advocaat zei: Het is niet duidelijk waar het heen gaat. Die hadden die ervaring natuurlijk die ik op dat moment nog niet had.’

Enkele respondenten vinden dat tijdens de zitting een raadsheer soms te veel aandacht besteedt aan details die niet echt ter zake doen.

‘Dan gaat de rechter soms op een heel erg pietepeuterig klein juridisch puntje zitten dat je in de zaal zit en denkt: Hé jongens, hij laat het toch niet op dit punt fout gaan? En dan maakt het mij nog niet eens uit of dat nou in ons voordeel of in ons nadeel is, maar dan heeft het met de materialiteit van de zaak zo weinig meer te maken. En dan vraag ik me af of je daar nou de markt een plezier mee doet, met dat hobbyisme?’

7.5 Opvattingen over specialisatie en concentratie

7.5.1 Is specialisatie wenselijk?

Naast interviews met personen werkzaam bij een grote onderneming die een of meer procedures bij het CBb hebben gehad, is gesproken met enkele rechters, bestuursorganen, advocaten en andere betrokkenen

met een ruime ervaring met procedures bij het CBb.

Specialistische rechtspraak wordt door vrijwel alle respondenten noodzakelijk geacht. Bij behandeling door een algemene bestuursrechter zou erg veel tijd nodig zijn om de inhoudelijke materie uit te leggen voordat de juridische kwesties aan bod kunnen komen. 'Zonder specialistische rechtspraak,' zo zegt een respondent, 'kom ik op allerlei verschillende plaatsen terecht en dan moet ik het iedere keer opnieuw uitleggen.'

Ook de deelnemers aan de expertmeeting onderschrijven de behoefte aan een specialistische rechtspraakvoorziening op het gebied van het economisch bestuursrecht. Zeker voor de zaken waarover het CBb in eerste en enige aanleg beslist, is zeer gedetailleerde kennis van het regelgevend kader nodig. Het gaat bijvoorbeeld om energie, gas en telecommunicatie. Dit is specifieke regelgeving die vaak wijzigt.

'Maar die telecomsector, het mededingingsrecht, dat is zo specifiek, daar moet je echt verstand van zaken van hebben, wil je daarover kunnen oordelen.'

7.5.2 Kanttekeningen bij specialisatie

Bij specialisatie worden enkele kanttekeningen geplaatst. Sommige respondenten hebben de indruk dat bepaalde specifieke deskundigheid slechts bij een of enkele rechters aanwezig is waardoor de continuïteit onvoldoende is

gewaarborgd en rechtspraak sterk afhankelijk is van de persoon van de rechter.

'Ik hoop dat (...) het hoge niveau dat [deze rechter] naar mijn mening heeft, zowel als jurist als qua kennis – uit zijn vraagstelling kan je zo goed proeven hoe materiedeskundig hij is – dat dat misschien ook nog verbreed wordt, zodat je niet al te veel afhankelijkheid hebt. Maar binnen het College vindt ook niet iedereen [deze specifieke wet] even interessant.'

Wanneer slechts een of enkele rechters beschikken over specifieke deskundigheid betekent dat ook dat de persoon een groot stempel drukt op de uitspraken. Dat wordt soms als problematisch ervaren.

'De grote stempel die een individu kan drukken op een lijn is een nadeel. Maar volgens mij weegt dat niet op tegen het verlies aan kwaliteit, expertise en continuïteit die het zou hebben als je het zou spreiden.'

'Je hebt econoom A, die zegt dit en econoom B zegt dat. Hoe kun je dat tegen elkaar afwegen? En als er dan maar één econoom in het CBb zit die dus alles bepaalt, dan wordt het natuurlijk wel heel magetjes.'

Het CBb is een niet erg grote organisatie en dat geldt voor het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam in versterkte mate. Vertrek van rechters en de komst van andere

rechters kan in zo'n situatie leiden tot een andere aanpak. Volgens deelnemers aan de expertmeetings is de opstelling van zowel het CBb als van de rechtbank Rotterdam in de loop der jaren veranderd, dit heeft te maken met wisseling van personen.

Tijdens de expertmeeting wordt eveneens opgemerkt dat economische kennis bij veel zaken erg belangrijk is. Het CBb heeft één raadsheer met deze kennis en dit wordt gezien als een te wankel basis voor de continuïteit van deze deskundigheid. Specialisatie kan er ook toe leiden dat andere aspecten onderbelicht blijven. Een respondent van een bedrijf vindt het noodzakelijk dat er een specialistisch gerecht is, maar ziet ook voordelen in een algemene rechter.

'Tegelijkertijd is [er] ook wat voor te zeggen om een generieke rechter daarop toezicht te laten houden, die vervolgens beiden partijen dwingt om in glashelder Nederlands een eenvoudige argument neer te leggen waarop je ook een helder oordeel kunt vellen. Het moet ook maar ergens over gaan. Want op het moment dat je verliest in interpretatie van een detail van een groter geheel...'

7.5.3 Vereiste specialistische deskundigheid

Rechters van het CBb moeten volgens de geïnterviewden beschikken over kennis van de specifieke regelgeving, enige economische expertise, belangstelling voor technische aspecten en marktkennis.

'Je moet belangstelling hebben voor het technische en voor het economische. Dus je moet echt breder kijken dan alleen het strikt juridische. Dus je moet willen snappen hoe zo'n telecommunicatienetwerk in elkaar zit.'

'Dit soort besluiten en vervolgens de uitspraak hebben een enorme impact op de business van in dit geval telecomaanbieders. Het is wel heel belangrijk dat daar door specialisten heel goed en heel zorgvuldig naar gekeken wordt. En zeker bij het CBb is het voordeel dat één van de rechters naast jurist ook econoom is. (...) Kijk, de marktanalyses zijn natuurlijk, er zitten juridische aspecten in, maar voor het grootste deel is het een economische analyse. Hoe ziet de markt eruit? Is er een dominante partij? Dat zijn allemaal economische analyses. Maar ook vervolgens de verplichtingen die worden opgelegd. OPTA moet een welvaartsanalyse maken. Ook dat is weer geen juristenwerk, dat is ook weer een economische analyse. Dus ik denk juist dat het heel goed is dat er specialistische instanties zijn, maar zeker ook dat die instanties voldoende economische kennis hebben.'

'Kijk het CBb daar zitten niet veel mensen in met specifieke mededingingsdeskundigheid. Er is er eigenlijk maar één en die gaat nog weg. En de anderen, dat zijn gewoon slimme bestuursrechtjuristen die zich voldoende het mededingingsrecht eigen maken om daar een mooie uitspraak over te schrijven.'

Een aantal respondenten, vooral van bedrijven, vindt het van groot belang dat sommige rechters een achtergrond hebben in het bedrijfsleven of gevoel hebben voor de belangen die met een zaak zijn verbonden.

'Mijn indruk is dat ze [rechters CBb] dan zeggen: Ik wil niet dat mijn besluit leidt tot een enorme consternatie in de markt. Daar moet je ook gevoel voor hebben, dat is niet alleen maar dossierkennis. En ik moet zeggen, dat gevoel ervaar ik wel bij het CBb.'

Verschillende respondenten zijn van mening dat rechters vooral in staat moeten zijn om de kernpunten uit een omvangrijk dossier te halen. Zo zegt een jurist van een bestuursorgaan naar aanleiding van een bepaalde procedure bij het CBb:

'De expertise zat hem er vooral in dat feilloos de grote vraagpunten uit het dossier naar voren werden gehaald. En de zwakke punten, zowel bij de wederpartij als bij ons, door de betreffende rechter naar voren werden gehaald en in een breder perspectief werden geplaatst. En dan is het niet eens zozeer de materiële kennis die de betreffende rechter had als wel de dossierkennis en het op dat moment kunnen sturen van waar gaan we naartoe? Ik vond dat bewonderenswaardig. (...) Over het algemeen vind ik de kwaliteit van de rechters heel goed, maar dit was wat mij betreft wel champions league werk.'

Overigens zijn de respondenten niet altijd dezelfde mening toegedaan over de noodzaak van specifieke juridische kennis. Zo vindt de respondent van een energiebedrijf het van belang dat de rechter beschikt over inhoudelijke kennis van de steeds wijzigende wetgeving en van de daarin gebruikte begrippen.

'[De rechters] moeten inhoudelijk op de hoogte zijn van de elektriciteitswet en de gaswet inclusief de memories van toelichting en de parlementaire behandeling. En ze moeten een beetje thuis zijn in de begrippen: X-factor en Q-factor en methodebesluit enzovoort. Ze moeten op hoofdlijnen weten hoe dat werkt. Ze moeten het methodebesluit goed bestudeerd hebben, dat is toch heel anders dan in een andere zaak. Er is sprake van heel brokkelige wetgeving. Dat blijkt ook keer op keer. Komt er weer een aanpassing of een veegwet of een amendement. Het heet de Elektriciteitswet 1999, maar het kon beter Elektriciteitswet 2008 heten. Zo vaak worden er dingen veranderd en aangepast.'

Een respondent van een ander energiebedrijf is daarentegen van oordeel dat energierecht tamelijk eenvoudig is en geen specifieke kennis vereist.

'Als ik kijk naar de uitspraken zoals die er nu liggen, dan heb ik het even over energiezaken, dan geloof ik niet dat je daar specialistische rechters voor hoeft te hebben. Het energierecht is in die zin toch vrij ... simpel is misschien

het verkeerde woord. Je kijkt in de Gas- en Elektriciteitswet: wat is er bepaald en je toetst aan de wet. Je kijkt wat er in de memorie van toelichting staat, en ook al zijn daar vaak hele technische discussies, als je daar juridisch boven staat, dan hoef je daar geen specialist voor te zijn. (...) [Geschillen] zijn wel complexer, maar ze zijn vaak complexer in maatschappelijke zin. Maar of ze nou juridisch ook veel complexer zijn? Je moet wel meer dingen meewegen. (...) Dat zijn ook heel veel politieke, maatschappelijke en strategische dingen die meegewogen moeten worden. Dat zie je heel veel in energiezaken.'

Evenals deze respondent vinden ook enkele andere respondenten dat rechters niet zozeer over specifieke kennis moeten beschikken, maar dat het vooral belangrijk is dat rechters voldoende vergelijkbare zaken doen om ervaring en deskundigheid te kunnen opbouwen. Een advocaat weet dit uit eigen ervaring.

'Ik weet natuurlijk door mijn eigen ontwikkeling hier dat het gewoon tijd kost voordat je een beetje gevoel krijgt bij die procedure. Dus ga jij dat bij rechters neerleggen die misschien een keer of twee keer per jaar zo'n dossier moeten bekijken, dan kun je dat bijna niet opbouwen.'

Enkele respondenten suggereren dat het CBb wanneer een technische kwestie aan de orde is daarvoor een externe deskundige zou kunnen inschakelen (zoals de Raad van State

dat wel doet). Als nadeel daarvan wordt genoemd dat in veel gevallen sprake is van een beperkte kring deskundigen, zodat het moeilijk is om een van partijen onafhankelijke deskundige te vinden. Sommigen bepleiten daarom dat partijen elk hun eigen deskundige meenemen naar de zitting en op elkaar en op vragen van rechters reageren. De meeste deelnemers aan de expertmeeting zien niets in het inschakelen van technische deskundigen door het CBb, omdat onafhankelijke deskundigen moeilijk te vinden zullen zijn. Datzelfde bezwaar wordt gezien voor rechter-plaatsvervangers met bepaalde specifieke deskundigheid. Voor zover bekend heeft het CBb nooit gebruikgemaakt van de mogelijkheid om een deskundige in te schakelen. Volgens de geïnterviewde raadsheren van het CBb zijn de meeste zaken terug te voeren op een juridisch geschilpunt waarover de rechter kan beslissen op basis van door partijen naar voren gebrachte inhoudelijk technische informatie. Het CBb ziet als gevaar bij inschakeling van een deskundige dat beslechting van een geschil wordt uitbesteed aan de deskundige die tot een bepaalde 'school' behoort.

7.5.4 Deskundigheid CBb

Over het algemeen zijn de respondenten van mening dat de raadsheren van het CBb over voldoende deskundigheid beschikken.

'Daar verbaas ik mij wel over. Omdat zij zich niet alleen op telecommunicatie richten, maar

mij valt wel op dat de rechters van het CBb bijna zonder uitzondering door de vragen die ze stellen in de hoorzitting en de wijze waarop ze de stukken bestuderen en tot zich nemen, valt mij elke keer op dat ze heel goed tot de kern door kunnen dringen. En misschien is het ook wel juist omdat ze meerdere zaken doen dat ze gewend zijn om het kaf zo snel mogelijk van het koren te scheiden. En ook in de breedte te kijken, wat is nou het effect van zo'n uitspraak voor de hele markt? Dus ik heb eigenlijk geen voorbeeld waarbij ik kan zeggen: Het CBb heeft het eigenlijk niet begrepen. Van de eigen zaken die wij hebben aangedragen, heb ik daarvan geen voorbeeld. Ik vind dat ook zelf heel bijzonder, dat dat kan, maar ik moet dat gewoon vaststellen.'

Ook tijdens de expertmeeting wordt de kwaliteit van de rechters wat betreft telecommunicatie zeer goed genoemd. De deskundigheid van de rechters wordt niet door alle aanwezigen aan de expertmeeting als voldoende aangemerkt. Zo heeft een van de deelnemers de ervaring dat het CBb niet veel begrijpt van de tarieven in de gezondheidszorg. Overigens realiseren de deelnemers zich dat het CBb een breed terrein heeft en dat raadsheren niet alle details kunnen beheersen. Aan de andere kant is deskundigheid wel de legitimatie van een specialistische economische bestuursrechter. Het wordt als taak van de advocaat en van partijen gezien om uit te leggen waar het om gaat. Het gaat dan ook niet zozeer om specifieke technische kennis maar om ervaring

als rechter met ingewikkelde economische constellaties.

Meerdere respondenten constateren een ontwikkeling in de deskundigheid van de raadsheren. Aanvankelijk vond men dat de rechters onvoldoende kennis van zaken hadden. Na verloop van tijd wordt dit echter beter en wordt specifieke deskundigheid opgebouwd. Dit wordt opgemerkt over bijvoorbeeld telecommunicatiezaken, energie-zaken en zaken over gewasbeschermingsmiddelen.

'Het niveau van de rechters is wel omhooggegaan. Ze zijn in staat om verschillende dossiers aan elkaar te knopen. Bovendien geven ze geen afwijkende uitspraken. En ze durven soms geen uitspraak te doen omdat ze eerst wachten op een ander dossier. En dat is verstandig want anders zet de rechter zichzelf klem. Ook de vragen die de rechters tijdens de zitting stellen zijn inhoudelijk goed. Uit die vragen blijkt dat ze begrijpen waar het probleem zit.'

'De laatste jaren is het, zeker bij het CBb, echt zienderogen vooruitgegaan. (...) Dat is wel bijzonder prettig, dat ze een telecomteam hebben samengesteld die door gewoon veel zaken te doen die expertise opbouwt. (...) En dat heb je echt nodig. Als je met een verse bestuursrechter zit die veel weet van het bestuursrecht maar niet van het telecomrecht en weinig van de sector, dan is het behelpen.'

Misschien dat het CBb die specifieke deskundigheid nog moet opbouwen op de rechtsgebieden waarover respondenten minder te spreken zijn over de bij het CBb aanwezige deskundigheid. Bovendien heeft het CBb soms te maken met een zaak die wetgeving betreft waar weinig of geen procedures over plaatsvinden. Een advocaat heeft de suggestie meer rekening te houden met specifieke deskundigheden van rechters bij de toedeling van zaken.

'Ik heb de indruk dat ze bij de samenstelling van de kamer geen rekening houden met bijzondere expertise of achtergrond van de rechters. Zoals dat bij arbitrage wel gebeurt, bijvoorbeeld: we willen een accountant, iemand met kennis of ervaring in de sector en een gespecialiseerd jurist. Mijn indruk is dat ze dat bij CBb en rechtbank niet zo doen. Een rechter met een achtergrond in het bedrijfsleven, dat zou waardevol zijn. Dat missen ze nu is mijn indruk.'

Verschillende respondenten constateren echter dat ze steeds dezelfde raadsheren zien op de zittingen. Volgens het CBb wordt wel degelijk rekening gehouden met specifieke deskundigheid van de betreffende raadsheren en plaatsvervangers bij het toedelen van zaken.²⁵⁵ Het gaat daarbij vooral om kennis en ervaring met de specifieke regelgeving en de sector, en niet zozeer om technische kennis van zaken. De rechters van het CBb zeggen dat ze de juridische geschilpunten goed

kunnen beslissen zonder gedetailleerde inhoudelijke technische kennis; ze baseren zich daarbij op wat partijen inbrengen. Een raadsheer verwoordt dit als volgt:

'De partijen zijn inhoudelijk meer deskundig dan wij, dat kan niet anders. (...) Maar goed, je moet er ook niet naar streven om dat te evenaren. (...) Onze taak is ook niet om evenveel deskundigheid op te bouwen als zij, maar vooral om te kunnen beslissen wat juridisch wel en niet kan. En daarbij maken we heel graag gebruik van de expertise van alle partijen die voor ons staan. Omdat die netjes aandragen waar het over gaat en waar ze zich op beroepen. (...) Dat is zó uitgebreid gedocumenteerd dat je heel vaak gewoon aangereikt krijgt waar de kennis te vinden is, dus zoveel hoeft je zelf allemaal niet te weten. Maar je moet wel kunnen oordelen over: is het voldoende wat er wordt aangedragen om het besluit op te baseren, en is het goed gemotiveerd, is het zorgvuldig voorbereid en gaat het uit van de goede doelstellingen, zeg maar wordt het doel van de wet in acht genomen, is de evenredigheid niet geschonden, überhaupt is het in overeenstemming met de wet? Dat is iets wat toch nog wel behoorlijk vaak speelt, dat gewoon partijen in hun deskundigheid hun eigen weg gaan en dan gaan eigen gedachten leven en die zitten zo in de hoofden dat er wel eens vergeten wordt: wat staat er eigenlijk in de wet? Ben je daar nog wel mee in overeenstemming? De juridische toetsing, die kunnen wij wel aan. En als we iets niet

²⁵⁵ In art. 3 van het Reglement verdeling van zaken worden als criterium vermeld 'ervaring en bekendheid met het onderwerp of de zaak' (CBb 2005, <http://www.rechtspraak.nl/Gerechten/CBb/Voor+juristen/Regelingen/Verdeling+zaken+College+van+Beroep+voor+het+bedrijfsleven.htm>).

snappen, dan kunnen we het vragen. Dan is het aan partijen om het ons uit te leggen.'

7.6 Opvattingen over kwaliteit CBb

7.6.1 Wat is kwalitatief goede rechtspraak?

Gevraagd naar de criteria waaraan zij de kwaliteit van rechtspraak afmeten, noemden respondenten uit het bedrijfsleven dat de uitspraak vooral duidelijk moet zijn en goed gemotiveerd.

'Ik denk dat het in ieder geval belangrijk is dat de uitspraak helder en zo eenduidig mogelijk is. Dat je niet allerlei interpretatiediscussies nog weer krijgt. Ook omdat je natuurlijk maar één beroepsmogelijkheid hebt.'

'Een goede uitspraak is er één die je kunt begrijpen en accepteren. Maar dan wel allebei.'

'[Rechtspraak van goede kwaliteit betekent] dat de beslissing fair is. Er is natuurlijk niet één juiste beslissing vaak. Maar een faire beslissing, die goed is gemotiveerd zodat de justitiabelen kunnen zien hoe de rechter aan die beslissing komt. Ja, het zijn een beetje dooddoeners, maar dat is toch de kern van alle rechtspraak.'

Veel respondenten uiten hun waardering voor de gedegen voorbereiding, de grondige dossierkennis en de adequate vragen tijdens

de zitting. De raadsheren van het CBb worden gekenschetst als kundige juristen van niveau.

7.6.2 Onpartijdigheid

We hebben de respondenten en de deelnemers aan de expertmeeting gevraagd van vier kenmerken aan te geven hoe belangrijk zij die vinden voor de kwaliteit van de rechtspraak. De onpartijdigheid van rechters wordt door veel respondenten als vanzelfsprekend aangenomen of het wordt als belangrijkste kenmerk genoemd. Dit geldt voor alle betrokkenen (bedrijfsjuristen, andere respondenten, deelnemers expertmeeting).

'Ik heb onpartijdigheid niet genoemd, omdat ik er eigenlijk van uitga dat dat boven elke twijfel is verheven. Maar dat is natuurlijk wel een punt. Als je daaraan zou twijfelen, is dat een zeer ernstige aantasting van kwaliteitsgevoel.'

Vrijwel iedereen vindt dat het CBb goed tot zeer goed scoort op dit kenmerk. Een enkeling laat zich kritisch uit over de weinig kritische houding ten opzichte van het bestuur of partijen met aanmerkelijke marktmacht.

'Er bestaat toch wel de neiging om heel veel begrip te hebben voor de bestaande macht in Nederland.'

Een van de bedrijfsjuristen vertelt dat het CBb daarom in de sector ook wel *College van*

Beleid wordt genoemd. Bij energiezaken wordt door een deelnemer tijdens de expertmeeting een basishouding opgemerkt bij het CBb dat het besluit van het bestuurorgaan wel niet zal deugen. Overigens vinden enkele respondenten vanuit de hoek van bestuursorganen juist dat het CBb de bestuursorganen (te) weinig ruimte laat.

‘Men is wat zuinig in de interpretatie van de bevoegdheden van de NMa en de OPTA. Dat speelt de laatste tijd minder. Maar dat speelde in de beginjaren heel erg.’

Volgens een jurist van een dominante marktpartij is het CBb vooral pro kleine partijen. Kortom, verschillende respondenten vinden dat het CBb het henzelf of hun cliënten soms te lastig maakt.

7.6.3 Goed gemotiveerde uitspraken

De juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de behandeling en de uitspraak wordt door de meeste respondenten en deelnemers aan de expertmeeting het belangrijkste kenmerk van kwaliteit gevonden. Het oordeel over de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van het CBb varieert sterk en loopt uiteen van heel goed tot matig. De respondenten oordelen hierover minder kritisch dan de deelnemers aan de expertmeeting.

‘De deskundigheid [van het CBb] acht ik groot. (...) Je kunt het niet eens zijn met de

uitspraak, maar (...) ik heb tot heden geen gevallen meegemaakt waarbij ik dacht: [dit is] een onbegrijpelijke motivering.’

Bij juridisch-inhoudelijk goede kwaliteit van rechtspraak denken veel respondenten in de eerste plaats aan een goede motivering van de uitspraak, waarin wordt ingegaan op alle aangevoerde argumenten. Sommige respondenten vinden dat op dit punt verbetering mogelijk of wenselijk is. In dit verband wordt er door verschillende respondenten op gewezen dat in de motivering door het CBb niet altijd op alle beroepsgronden wordt ingegaan.

‘In de vorige ronde marktanalysebesluiten, dat waren een hele hoop besluiten en daar was inderdaad door de hele wereld beroep aange-tekend en iedere partij had natuurlijk een heel rijtje beroepsgronden. En dan zie je in zo’n uitspraak dat het CBb de belangrijke dingen aanpakt en daar vrij uitvoerig overwegingen aan wijdt en dan vervolgens het beroep wel of niet gegrond verklaart. Prima, maar bij de wat kleinere beroepsgronden, dan zeggen ze wel eens één zin: Wat partij [X] daarover naar voren heeft gebracht, is niet overtuigend, beroep ongegrond. Dan denk je: nou, ze hadden er geen zin meer in. Daar kan ik me ook wel wat bij voorstellen, want het is een hele berg beroepsgronden. [Maar eigenlijk hadden ze daar toch wat uitgebreider moeten argumenteren?] Ja, eigenlijk wel. Want de marktpartij heeft dan wel haar best gedaan om een beroepsmiddel te formuleren en te

onderbouwen. Dat wordt dan in één zin weggeschreven, zonder dat er inhoudelijk naar gekeken is.'

Zowel bestuursorganen als bedrijven en hun advocaten vinden dat ook na een uitspraak van het CBb soms onvoldoende duidelijk is wat de uitspraak nu precies betekent.

'Ik zou zeggen dat [de motivering] soms wat diepgaander kan zijn, zodat je ook meer richtsnoer krijgt.'

'De motivering kan wel wat extra: waarom valt het binnen de beleidsvrijheid? (...) Ik vind de uitspraken [van het CBb] de laatste tijd soms kort door de bocht. Dat is voor ons heel vervelend wanneer je een bedrijf moet runnen. Ik heb liever een uitspraak over het inhoudelijke probleem, dan krijg ik gelijk of niet, in plaats van de uitspraak dat de Energiekamer de beleidsvrijheid heeft om dat te doen.'

Voor de juridisch-inhoudelijke kwaliteit is eveneens belangrijk volgens respondenten dat de raadsheren blijken geven goed op de hoogte te zijn van de relevante wet- en regelgeving en dat de uitspraken consistent en voorspelbaar zijn. Een 'goede' uitspraak is binnen het bedrijf uit te leggen, aan bijvoorbeeld de directie. Sommige bedrijfsjuristen vinden dat niet elke CBb-uitspraak hieraan voldoet.

'Goede kwaliteit is motivatie: er moet uitgebreid en goed gemotiveerd worden. Dat er een uitspraak komt die men niet prettig vindt of die indruist tegen het gevoel, dat is één ding, of die indruist tegen een trend, dat is één ding. Maar als het vervolgens niet uitgelegd wordt, dan a) kun je het niet begrijpen, b) je kunt je niet voorbereiden op wat gaat komen. Er moet beter worden uitgelegd. Dat (...) is ook noodzakelijk voor het bedrijfsleven, want (...) alleen juristen kunnen dit soort dingen lezen en begrijpen en interpreteren. Als een jurist terug moet naar zijn eigen organisatie, naar zijn algemeen directeur en zeggen: We hebben verloren. Ja, waarom dan? Ik heb geen idee. Dat is niet goed en dat vinden we niet prettig.'

Een goed gemotiveerde uitspraak betekent ook dat de betrokkenen de redenering van de rechters kunnen volgen.

'Dat ze voorspelbaar zijn, dat is denk ik wel een heel belangrijk aspect voor ons. Dat de dingen die je zelf naar voren hebt gebracht, of daar op een voor mij begrijpelijke manier een ander argument tegenover is gezet.'

'Tijdens de zitting maakte het CBb een heel deskundige indruk op mij, maar de uitspraak heeft me echt verbaasd. Want ik dacht echt: (...) Dit gaan we winnen. Omdat dit een vrij flagrante overtreding was van de regelgeving.'

7.6.4 Bejegening van procespartijen

De bejegening van procespartijen en de duur van de procedure worden minder belangrijk gevonden voor de kwaliteit van rechtspraak. Respondenten vinden bejegening van procespartijen tijdens de zitting iets belangrijker dan de doorlooptijden, bij de deelnemers aan de expertmeeting was het andersom. De geïnterviewden zijn over het algemeen tevreden over de manier waarop het CBb partijen bejegt. Zo vertelt een respondent zeer tevreden te zijn over de zitting waarop hun zaak in hoger beroep door het CBb werd behandeld.

‘Hele scherpe vragen. Zij gingen dieper door op – het ging eigenlijk over een onderling afgestemde feitelijke gedraging – wat je dan wel mag en wat je niet mag: NMa, mag dan dit wel, mag dan dat niet? Dat waren hele goede vragen.’

Een bedrijfsjurist van een telecommunicatiebedrijf is het hiermee eens.

‘Ik wil het gevoel hebben begrepen te zijn. Het CBb is daar erg goed in. Bij het CBb heb je veel meer contact dan bij de rechtbank in Rotterdam of Amsterdam. De voorzitter snijdt dwars door de cake heen, hij snapt het. (...) Vooral met KPN, die gebaat is bij veel rookgordijnen, is dat geweldig.’

Een respondent van een bedrijf die slechts een enkele maal met een procedure bij het CBb te maken heeft, oordeelt eveneens positief over de zitting.

‘Ik herinner me niet meer alle juridische ins en outs, maar ik herinner me wel dat ik bij de zitting echt aangenaam verrast was door het kennisniveau van de rechters. Ze hadden zich naar mijn idee wel heel goed ingelezen en hadden kennis van zaken. En ik had eigenlijk verwacht dat ze het veel meer op de juridische kant zouden afdoen. Maar ze hadden ook behoorlijk grote specifieke feitenkennis van deze zaak. Toch aardig, ondanks dat we verloren hebben een positief oordeel.’

De deelnemers aan de expertmeeting oordelen wat minder positief over de bejegening van procespartijen door het CBb, ruim een derde van hen vindt dit matig tot slecht.²⁵⁶ Een deelnemer zegt tijdens de expertmeeting de bejegening door het CBb niet prettig te vinden. De zitting wordt soms zelfs als ‘vuurpeloton’ ervaren. Het CBb lijkt op voorhand kritisch ten opzichte van het bestuursorgaan, soms cynisch en soms zelf zeer onaangenaam. Een andere deelnemer herkent dit beeld en voegt daar aan toe dat bij de rechtbank Rotterdam sprake is van een prettiger en evenwichtiger sfeer op de zitting dan bij het CBb. Men bepleit een vriendelijke bejegening van partijen die waar nodig kritisch is.

²⁵⁶ Er zijn 13 ingevulde formulieren van de expertmeeting en 13 bedrijfsjuristen en 9 andere respondenten hebben zich in het interview hierover uitgesproken.

Onpartijdigheid van rechters: 7x1, 1x1/2, 2x2, 1x3, 1x3/4 en 1x4. Oordeel CBb: 9x goed, 3x zeer goed, 1x matig.

Juridisch-inhoudelijke kwaliteit: 3x1, 2x1/2, 7x2 en 1x4. Oordeel CBb: 7x goed, 5x matig en 1x zeer goed.

Duur procedure: 1x1/2, 2x2, 5x3, 1x3/4 en 4x4. Oordeel CBb: 5x matig, 5x goed en 3x slecht.

Bejegening procespartijen: 1x1, 5x3, 2x3/4 en 5x4. Oordeel CBb: 7x goed, 3x matig, 2x slecht en 1x zeer goed.

7.6.5 Lange doorlooptijden

De doorlooptijden zouden volgens velen korter moeten (hoewel sommigen van mening zijn dat het CBb snel werkt en velen die verbetering wensen zich realiseren dat een grondige behandeling tijd vergt). Voor één respondent zijn de doorlooptijden zelfs het belangrijkste voor de kwaliteit van het CBb, vooral omdat hier het grootste knelpunt zit.

‘Doorlooptijden zijn het belangrijkste. Dat is al jaren het allergrootste probleem. De rest moet ook goed zijn natuurlijk.’

Respondenten begrijpen doorgaans wel dat dit soort zaken niet heel snel kunnen worden afgehandeld, omdat het gaat om omvangrijke en complexe dossiers. Een bedrijfsjurist beschrijft dit als volgt:

‘Ze worden ook wel bedolven onder een lading papierwerk. Zo’n OPTA-besluit telt tussen de 200 en 400 bladzijden. Bij een procedure is het vaak niet één partij, maar zijn er vaak drie of vier partijen bij betrokken, die ook allemaal een zienswijze indienen van 50 bladzijden plus nog een extern economisch onderzoek of iets dergelijks. Het dossier is al snel een paar duizend bladzijden dik. Ik kan me heel goed indenken dat het voor het CBb de nodige voorbereidingstijd kost om je dat dossier eigen te kunnen maken en om er op een hoger niveau over na te kunnen denken. Dus de doorlooptijden zijn soms lang, maar je

kunt het het CBb niet helemaal kwalijk nemen, omdat het gewoon een hoop tijd kost om je goed in te lezen in een dossier.’

Zoals gezegd, de (te lange) doorlooptijden zijn voor de meeste geraadpleegde personen niet doorslaggevend voor hun oordeel over de kwaliteit van de rechtspraak van het CBb.

‘Uiteindelijk heb ik liever een goede uitspraak, of die nou positief of negatief uitvalt, ik heb liever een goed gemotiveerde uitspraak dan een uitspraak die heel snel wordt gedaan maar waarvan iedereen zich afvraagt: wat moeten we hier in godsnaam mee?’

De meeste respondenten en deelnemers aan de expertmeeting vinden de doorlooptijd te lang. Enkele respondenten van bedrijven wijzen er ook op dat het ten opzichte van de aandeelhouders vervelend is dat zaken jaren onbeslist blijven.

‘De meeste telecompartijen hebben aandeelhouders en die aandeelhouders schrikken natuurlijk iedere keer als ze weer een besluit van de OPTA zien komen met allerlei nieuwe verplichtingen erin. (...) In tijden van kredietcrisis, zoals nu, is het des te belangrijker dat die aandeelhouders er vertrouwen in houden. Dat merken wij ook, wij moeten ook rapportages opleveren voor de aandeelhouders. Elke maand moeten we de status aangeven van alle lopende procedures. En in dat licht zijn doorlooptijden ook wel van belang.’

Respondenten vinden het zeer onplezierig wanneer ze ook na de zitting nog lang op de uitspraak moeten wachten.

‘Wat soms vervelend is, als er eenmaal een zitting is geweest, dan zegt het CBb: We streven ernaar om binnen zes weken uitspraak te doen. Maar dat is nog nooit gelukt. Maar het telkens verlengen, dat wordt op een gegeven moment voor partijen wel vervelend.’

‘Ik vind dat je bij het CBb lang op je uitspraken moet wachten, want dan is de mondelinge zitting al geweest en doen hoeven ze dus niks meer te weten en je moet vaak al enorm lang wachten voordat de zitting is.’

De deelnemers aan de expertmeeting hebben de ervaring dat telecomunicatiezaken vaak prioriteit krijgen. Zo zouden bijvoorbeeld telecomunicatiezaken relatief vlot worden behandeld, terwijl energiezaken van de NMa lang blijven liggen. Uit de registratiegegevens over 2002 t/m 2007 blijkt overigens niet dat telecomunicatiezaken sneller worden behandeld dan andere zaken. Misschien wordt specifiek bedoeld op de behandeling van beroepen tegen marktanalysebesluiten telecomunicatie waar het CBb had gekozen voor een langetermijnplanning. Enkele respondenten wijzen ook op de langdurige procedure bij bijvoorbeeld de NMa als oorzaak van de langdurige periode van onzekerheid.

‘Maar bij de NMa duurt het natuurlijk veel langer. Ik heb veel meer moeite met de duur van de procedures bij de NMa dan bij het CBb.’

Overigens merken sommige respondenten op dat het CBb het wat betreft de duur van de behandeling niet slechter doet dan andere gerechtelijke instanties, soms zelfs beter. Als afschrikwekkend voorbeeld vertelt een bedrijfsjurist over het hof Den Haag.

‘Ik heb ervaringen met het hof in Den Haag, maar die zijn nog veel erger. Ik heb in 2007 een uitspraak gekregen van het hof in Den Haag over een rechtbankvonnis uit 1997. Tien jaar. (...) Dat is niet te verdedigen. Ik heb een spoedappel (...) tegen een kort gedinguitspraak. Gewoon van de rechtbank, dus civiele zaken. (...) De uitspraak van het hof duurde absurd lang, meer dan twee jaar na de zitting. Spoedappel in kort geding! Een beetje bizar, hè? Bij het hof maken ze het echt heel bont.’

Ook over de doorlooptijd zijn de ervaringen en meningen echter niet eensluidend. Een advocaat vindt de doorlooptijden geen probleem.

‘Allemaal onzin, dat gezeur over doorlooptijden. Dat is ook typisch de Raad voor de rechtspraak, die altijd zeurt over doorlooptijden. Het valt allemaal best mee. Er is wel eens een zaak die te lang ligt. (...) Maar op zich vind ik die doorlooptijd heel netjes. Met

name de periode tussen zitting en uitspraak vind ik heel netjes. Zes weken, twaalf weken, achttien weken, ik vind eigenlijk altijd dat er niets op aan te merken valt. (...) Maar eigenlijk vind ik het volstrekt irrelevant binnen grenzen. De rechters moeten gewoon hun werk goed kunnen doen en ik heb veel liever een rechter die goed is voorbereid en heeft nagedacht en dan die zitting maar twee maanden later doet dan een rechter die zegt: Ik moet nog zoveel zittingen draaien dit jaar om mijn productie-targets te halen. Daar worden we echt niet vrolijk van. Er is wel eens een zaak die heel lang ligt. Maar ik heb over de doorlooptijden eigenlijk geen klachten.'

Een bedrijf dat enkele keren het CBb om een voorlopige voorziening verzocht, vindt de doorlooptijd niet te lang.

'Ik zou eerlijk gezegd reëel genomen niet sneller kunnen wensen, want anders dan krijg je een doorlooptijd die zo kort is dat je je zorgen moet maken over hetzij de kwaliteit dan wel het bestaan, het soort leven van de rechter. Ja, ik vind het toch al knap zoals ze in zeer korte tijd tot een verantwoord vonnis kunnen komen.'

Over het algemeen vinden de respondenten de kwaliteit van het CBb (zeer) goed. Desondanks vinden sommige respondenten dat verbetering van de kwaliteit mogelijk of noodzakelijk is op het punt van de motivering van de uitspraak. Enkelen zouden graag zien dat

het CBb ingaat op alle aangevoerde gronden, anderen vinden dat het CBb soms een onderdeel geeft (bijvoorbeeld dat iets behoort tot de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan) zonder daarvoor voldoende argumenten te geven.

7.7 Knelpunten en suggesties voor verbetering

Deze slotparagraaf biedt een overzicht van de door respondenten en experts naar voren gebrachte knelpunten in de procedure bij het CBb en de suggesties die zijn gedaan ter verbetering van de procedure. In het algemeen zijn de meeste respondenten en experts tevreden of zeer tevreden over de procedure bij het CBb. Bedrijven willen graag een zo duidelijk mogelijke uitspraak over de materiële kwestie op zo kort mogelijke termijn. Met betrekking tot beide aspecten zijn volgens de respondenten en experts verbeteringen wenselijk. Verbeteringen zijn volgens sommigen ook wenselijk ten aanzien van de toegang tot de voorlopige voorzieningenprocedure, het gebruik van Europees recht en de opstelling als rechter in hoger beroep. Ook zijn enkele andere suggesties gedaan.

7.7.1 Verkorting doorlooptijden

Volgens velen zijn de doorlooptijden te lang. We hebben tijdens de expertmeeting gevraagd welke suggesties er zijn om de doorlooptijden te verkorten zonder afbreuk te

doen aan de inhoudelijke kwaliteit van de behandeling. De suggestie is gedaan om zittingen en uitspraken bij aanvang van de zaak meer te plannen en die planning te handhaven. De manier waarop het CBb de beroepszaken over de vorige ronde marktanalysebesluiten van de OPTA heeft georganiseerd, wordt door zowel bedrijven als advocaten zeer gewaardeerd. Partijen vinden het prettig om in een vroegtijdig stadium te weten wanneer hun zaak zal worden behandeld en wanneer ze de uitspraak kunnen verwachten.

‘Toen kwamen eind 2005 de marktanalysebesluiten van OPTA. Wat het CBb daar heel goed heeft gedaan, is een plan van behandeling. (...) Ze hadden dus gewoon per besluit een tijdsplanning gemaakt: voor dit besluit moeten dan de beroepschriften binnen zijn, moeten dan de zienswijzen binnen zijn en die komen dan op zitting en voor dit besluit... En dat niet alles tegelijkertijd op zitting kwam. Juist niet, want je wilt het een beetje spreiden in de tijd, zodat je je capaciteit efficiënt kunt inzetten. En dat was heel prettig. Het duurde wel lang hoor. (...) De uitspraken die kwamen eigenlijk pas anderhalf jaar later. Dat is wel heel lang. Maar ik denk dat we daar allemaal begrip voor hadden, want dit waren mega-projecten voor iedereen. Voor alle spelers, voor OPTA, voor de landsadvocaat, voor het CBb. Dus daar had iedereen begrip voor.’

Omdat telecombedrijven grote problemen hadden met de langdurige onzekerheid

vanwege lopende bezwaar- en beroepsprocedures, hebben ze bij het ministerie bepleit dat de procedures zouden worden vereenvoudigd. Sinds 2004 kan een bedrijf rechtstreeks bij het CBb in beroep gaan tegen een besluit van de OPTA (in plaats van eerst bezwaar te maken bij de OPTA en vervolgens in beroep te gaan bij de rechtbank Rotterdam en daarna in hoger beroep naar het CBb). Alleen voor sanctiebesluiten van OPTA is rechtstreeks beroep op het CBb niet mogelijk. De telecombedrijven in ons onderzoek en de daarbij betrokken advocaten zijn zeer tevreden met deze snellere procedure. Het CBb is ook in veel andere gevallen rechter in eerste en enige instantie (energie, gezondheidszorg). Geen van de bij deze zaken betrokken respondenten en experts bepleit rechtspraak in twee instanties. In het algemeen zijn de aanwezigen tijdens de expertmeeting voorstander van één goede feitelijke instantie.

Respondenten signaleren echter ook nadelen van procederen bij het CBb als eerste en enige instantie. Enkelen vinden het soms jammer dat er nu geen hoger beroep meer mogelijk is, een ander vindt gevoelsmatig twee instanties veiliger. Als nadeel van rechtstreeks beroep bij het CBb wordt genoemd dat sommige zaken onvoldoende zijn uitgekristalliseerd. Door een bezwaarprocedure en beroep in eerste instantie voorafgaand aan de procedure bij het CBb wordt een geschil teruggebracht tot de kern. Dit nadeel wordt overigens door iedereen op de koop toe genomen vanwege de tijdwinst. Geen van de

geïnterviewden is voorstander van (terugkeer naar) een systeem van beroep en hoger beroep. Er worden in de interviews en tijdens de expertmeeting enkele suggesties gedaan om dit nadeel te compenseren. Het CBb zou zo nodig een extra ronde kunnen inlassen. De procedure zou doelgerichter kunnen worden wanneer het CBb het onderzoek actiever leidt, bijvoorbeeld door het stellen van schriftelijke vragen voorafgaand aan de zitting over onduidelijkheden en vragen die rechters hebben, zodat de pleidooien daarop gericht kunnen worden.

Volgens de deelnemers aan de expertmeeting zou het helpen wanneer de rechter voorafgaand aan de zitting de wezenlijke vragen aan partijen kenbaar zou maken (bijvoorbeeld twee tot drie dagen voor de zitting per e-mail, dan is nog ruggespraak mogelijk tussen advocaat en cliënt). Het wordt als algemeen probleem gezien dat de Nederlandse bestuursrechter dit stelselmatig nalaat. Volgens de deelnemers aan de expertmeeting zou dit geen extra belasting van het gerecht betekenen door dubbele voorbereiding. Gesuggereerd wordt om gebruik te maken van een rechter-rapporteur, zoals in Luxemburg gebruikelijk is: een van de raadsheren bestudeert het dossier en stelt op basis daarvan schriftelijk vragen waarop partijen tijdens de zitting reageren. Voor partijen moet duidelijk zijn welke feiten vaststaan; dit zou kunnen worden bereikt door het feitelijk deel van de uitspraak eerder te doen en partijen de gelegenheid te bieden daarop te reageren. Bij voorkeur zien de deel-

nemers een snel rondje vaststelling van de feiten en vragen voorafgaand aan de zitting. De deelnemers zouden het niet erg vinden wanneer dit soms leidt tot een enkele maanden langere procedure. Advocaten van partijen zouden de verplichting kunnen krijgen om de relevante vraagpunten te bespreken in de processtukken.

Verschillende respondenten wijzen erop dat de bezwaarprocedure die in veel gevallen aan een beroep op de rechter voorafgaat, veel tijd in beslag neemt, een respondent noemt twee jaar. De meeste respondenten zijn van mening dat een bezwaarprocedure bij de OPTA en de NMa weinig zin heeft. Dat zou ook blijken uit het resultaat, zelden of nooit neemt het bestuursorgaan een ander besluit, aldus deze respondenten. Bij veel besluiten van de NMa en de OPTA is aan het besluit al een consultatieronde voorafgegaan. Een respondent zegt echter dat het energiebedrijf veel bezwaarprocedures voert en slechts weinig in beroep gaat.

Op basis van de jaarverslagen van de OPTA is nagegaan hoe vaak een bezwaar gegrond of deels gegrond is verklaard.²⁵⁷ In de periode 2002 t/m 2007 blijkt 5% van de bezwaren gegrond te zijn bevonden. Wanneer ook gedeeltelijk gegronde bezwaren worden meegeteld, is 14% van de bezwaren succesvol geweest. De beslissing op bezwaar bij de NMa laat een vergelijkbaar beeld zien.²⁵⁸ Van de 357 bezwaren in de periode 2000 t/m 2004 werd 3% gegrond bevonden en 17% geheel of gedeeltelijk gegrond. Geconcludeerd kan

²⁵⁷ Gebaseerd op informatie uit jaarverslagen OPTA 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 en 2007 (<http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties>).

²⁵⁸ Gebaseerd op informatie uit jaarverslagen van de NMa 2000, 2001, 2002, 2003 en 2004 (www.nmanet.nl). De jaarverslagen over 2005 t/m 2008 bevatten geen cijfers met betrekking tot de afloop van bezwaarprocedures.

worden dat bezwaar maken bij de OPTA en de NMa inderdaad in verreweg de meeste gevallen niet veel zin lijkt te hebben gehad. Bedrijven die te maken hebben met andere bestuursorganen dan de NMa en de OPTA zijn meestal iets positiever. Zo zegt een bedrijfsjurist dat de bezwaarprocedure bij het ministerie in een enkel geval zinvol is, omdat het bedrijf in persoon kan uitleggen waar het om gaat en misverstanden kunnen worden rechtgezet. De bezwaarprocedure bij het Ctgb wordt door betrokkenen zinvol geacht (zowel bedrijf, advocaat, milieuorganisatie).²⁵⁹ Een onafhankelijke commissie bestaande uit juristen en technisch deskundigen buigt zich nog een keer over de zaak en de tegenover elkaar staande standpunten.

‘De functie van de bezwaarschriftprocedure is namelijk dat het ook gewoon nog een correctiemechanisme kan zijn. Nog eens een keer met elkaar goed kijken: klopt dit nou allemaal? En ook de zaak in de stand brengen dat je voor een rechter kunt procederen. Want dat is natuurlijk ook een van de functies van die bezwaarschriftprocedure. (...) Het heeft een behoorlijke filterwerking. Want er zijn ook zaken die gewoon in die bezwaarfase worden afgedaan en daar komen vervolgens ook nooit procedures over. (...) [Zaken] bij het CBb zijn (...) vaak heel fundamenteel van aard. En je ziet, denk ik, in al die zaken waar een bezwaarprocedure voorziet, dat dat een enorme filterwerking zal hebben op het aantal procedures dat bij het CBb aanhangig wordt gemaakt.’

Wanneer het CBb een bestuursbesluit vernietigt, verdient het volgens enkele respondenten aanbeveling het bestuursorgaan aan een termijn te binden waarbinnen een nieuw besluit moet worden genomen (bijvoorbeeld twee maanden), zodat de onzekerheid niet langer duurt dan nodig.

7.7.2 Formalisme

Bedrijven willen doorgaans dat het CBb de knoop doorhakt en beslist over het materiële geschil. Het wordt dan ook op prijs gesteld wanneer het CBb de zaak zelf afdoet, terwijl terugwijzing naar het bestuursorgaan tot onvrede aanleiding geeft. Dit komt overeen met de aanbeveling van de Commissie verbetervoorstellen bestuursrecht²⁶⁰ dat de bestuursrechter zijn bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien optimaal dient te benutten. De aanwezigen bij de expertmeeting bepleiten een duidelijker instructie aan het bestuursorgaan. Nu komt het soms voor dat het bestuursorgaan een uitspraak van het CBb – naar later blijkt – onjuist interpreteert en dus nogmaals een besluit neemt dat niet in overeenstemming is met de CBb-uitspraak in een eerdere procedure. Dit is zeer onwenselijk en tijdverslindend. Het CBb moet behulpzaam zijn bij de vertaalslag van de uitspraak naar het bestuursorgaan. Medewerkers van een bestuursorgaan bepleiten eveneens meer sturing door het CBb wanneer hun besluit wordt vernietigd.

²⁵⁹ Vergelijk ook Recht op bezwaar 2006.

²⁶⁰ Commissie verbetervoorstellen bestuursrecht 2007, p. 17.

'[Het CBb moet] gewoon de goede balans zoeken: wat kunnen wij zelf als rechter meteen oplossen of waar moeten wij dat bestuursorgaan weer ruimte geven? En nu is het heel vaak vernietiging en een motivering waarbij je dan denkt: wat moeten we nu, moeten we links- of rechtsom? Dus daar zouden ze soms toch wat meer sturing kunnen geven. En ook kunnen aangeven wát de ruimte is voor een bestuursorgaan.'

Het inlassen van een tussenmoment wordt ook bepleit. Het CBb kan een voorlopig dictum geven dat ze de uitspraak gaan vernietigen en daarna het bestuursorgaan de gelegenheid bieden om hun beslissing aan te passen en vervolgens de zaak eventueel heropenen. Zeker bij vernietiging op formele gronden zou een dergelijke bestuurlijke lus de voorkeur verdienen.²⁶¹ Als voordeel wordt ook gezien dat dit het CBb dwingt na te denken over de gevolgen van zijn uitspraak. Het CBb kan ook een uitspraak vernietigen en een voorlopige voorziening treffen; deze mogelijkheid heeft het CBb wel maar het wordt nooit gebruikt. De deelnemers hebben behoefte aan meer aandacht voor de vraag hoe het verder moet nadat een bestuursbesluit door het CBb is vernietigd. Geopperd wordt hierover een gesprek of overleg in te lassen. Tevens wordt opgemerkt dat een betere op de praktijk afgestemde onderbouwing van de motivering door het CBb de behoefte hieraan zou verminderen.

Bedrijven willen vaak vooral duidelijk weten waar ze aan toe zijn, hoe de regelgeving moet worden geïnterpreteerd. Vanuit die optiek kan vernietiging van een besluit van het bestuursorgaan soms ongewenst zijn.

'In deze zaak heeft het CBb het onderzoek heropend en OPTA moet nu opnieuw iets gaan beslissen. Maar ze dreigen het dus te vernietigen en dan ligt er dus weer gewoon drie jaar onzekerheid. En de markt heeft liever rust dan onzekerheid. Heeft liever zekerheid.'

Een van de respondenten vindt het daarom ook onwenselijk dat het CBb een besluit vernietigt zonder op alle belangrijke beroepsgronden in te gaan.

'We hebben in een bodemprocedure drie van belang zijnde argumenten, en het Ctgb heeft op drie punten zijn besluit genomen. Als eentje daarvan wegvalt, blijven er twee over. Op het moment dat het CBb zegt: Eén van die drie argumenten vind ik zwaarwegend, en op basis daarvan valt het besluit van het Ctgb om en op die grond verwijs ik het al terug naar het Ctgb. Dan lopen we een risico dat het Ctgb zegt: Nou, dat is dan mooi, (...) ik heb nog twee redenen over waarom het besluit blijft staan. Dus ze nemen een nieuw besluit op basis van twee motivaties en ik kom bij het CBb en ik heb nog twee argumenten over. Dus ik sta met exact dezelfde zaak, met exact dezelfde redeneringen voor dezelfde mensen en dan kan ik hopen dat ze in hun

²⁶¹ Als voorbeeld van het gebruik van een bestuurlijke lus door het CBb wordt de uitspraak genoemd van 23 juli 2008 over mobiele gespreksafgifte (www.rechtspraak.nl, LJN: BD8280, ABW 07/674 e.a.). Het CBb tracht in deze uitspraak te vermijden dat langer dan nodig onzekerheid blijft bestaan.

besluit, ik vind nog steeds dat ik gelijk heb, dan kan ik hopen dat in het vonnis van het CBb nu niet één argument, maar allebei behandeld worden. Want pas als alle drie de argumenten weg zijn, wordt het Ctgb gedwongen zijn besluit inderdaad volledig te herzien. En het is wel eens gebeurd dat ik van het CBb terugging naar het Ctgb, terugging naar het CBb, weer terug naar het Ctgb. [Nee, dat is inderdaad niet vruchtbaar zoiets. En dat komt onder andere omdat er niet op alle argumenten in de uitspraak wordt ingegaan?] Ik heb het nog wel eens gezien dat als er één zwaarwegend argument is om het besluit te vernietigen, dan wordt ervoor gekozen om de rest niet te behandelen. Ze zullen nog wel meer te doen hebben, dat neem ik onmiddellijk aan, maar met het maken van die keus, wordt het leven van appellant bemoeilijkt. [Waarschijnlijk van het bestuursorgaan eigenlijk ook, want uiteindelijk is het voor hen natuurlijk ook niet prettig om dan weer een besluit te nemen en dan weer terug en dan weer...] Zij hebben ook geen reden gekregen om hun besluit te herzien. En een bestuursorgaan wat de knip voor zijn neus waard is, daarvan hoop ik dat die bij zijn besluiten blijft. Hij heeft een besluit genomen op drie gronden, één grond valt er weg, heb ik er nog twee over, dan blijft mijn besluit staan. (...) Dat is denk ik het grootste probleem wat ik heb gehad in de praktijk met de uitspraken van het CBb.'

In een reactie geeft de president van het CBb aan dat het beeld uit het vorige citaat niet overeenkomst met de gebruikelijke benadering van het CBb. Bij de toetsing van een besluit dat is gebaseerd op verschillende motieven die ieder voor zich het besluit zouden kunnen dragen, streeft het CBb ernaar al die gronden te bespreken.

De aanwezigen bij de expertmeeting zien een verschil tussen de telecommunicatiezaken en de andere gereguleerde sectoren. Volgens de experts is het CBb bij de telecommunicatiezaken niet te formalistisch,²⁶² zeer deskundig en (bij de laatste marktanalysebesluiten) redelijk snel. Bij de productschappen, de zorgautoriteit, energie- en vervoerszaken is het CBb vaak wel formalistisch (marginale toetsing is soms wel erg marginaal in deze zaken), ontbreekt soms deskundigheid (bijvoorbeeld over tarieven gezondheidszorg) en marktinzicht en duren procedures soms erg lang. De behandeling van zaken op het terrein van energierecht en reguliere mededingingsrecht zou achterblijven ten gevolge van de voorrang die het CBb geeft aan de telecommunicatiesector.

7.7.3 Europees recht

Vooraf tijdens de expertmeeting is veel aandacht besteed aan de manier waarop het CBb omgaat met Europees recht. Volgens enkele bij de expertmeeting aanwezige advocaten stelt het CBb niet vaak prejudiciële vragen bij het EHVJ, terwijl regelmatig de uitleg van

²⁶² Op basis van een analyse van uitspraken van het CBb over marktanalysebesluiten van OPTA constateren Pietermaat & Ottow (2007) 'dat de bestuursrechter in de aanmerkelijke marktmachtszaken niet het verwijt kan worden gemaakt dat hij zich terugtrekt op een formele toetsing en de zaken afdoet op procedurele aspecten'.

nieuwe Europese regels in het geding is. Een aantal advocaten heeft behoefte aan meer prejudiciële vragen. In België zouden meer prejudiciële vragen worden gesteld (misschien te veel). Van de kant van de aanwezige bedrijven wordt deze wens echter niet ondersteund; de route via Luxemburg betekent drie jaar onzekerheid, voor een bedrijf is snelheid belangrijker. Bovendien is uitleg door Luxemburg van een richtlijn die inmiddels niet meer van toepassing is, niet zinvol. Enkele aanwezige advocaten vinden dat snelheid niet altijd doorslaggevend moet zijn.

De neiging om het stellen van prejudiciële vragen te vermijden, leidt volgens enkele aanwezigen tot een grote onzekerheid over de uitspraak van het CBb, er wordt gesproken over een 'tombola'. Dit wordt als niet-bevreemdend ervaren. De aanwezigen hebben overigens eveneens kritiek op het Hof in Luxemburg: uitspraken zijn onvoorspelbaar, geen oog voor de nationale context en procespartijen praten tegen een muur.

In het algemeen vinden de deelnemers dat het CBb te vaak het Europees recht tracht te vermijden en in uitspraken onvoldoende aandacht besteedt aan de rol van Europees recht. Een aanwezige advocaat stelt dat het een goede processtrategie is om de processtukken op nationaal recht te baseren, dat zou een grotere kans bieden op succes bij het CBb dan het verzoek prejudiciële vragen te stellen. Het CBb doet heel veel zaken af binnen nationale kaders, i.c. de Algemene wet bestuursrecht. Het CBb heeft in de periode 1998-2008 43

keer een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen te Luxemburg. Vooral in de jaren 2003 t/m 2005 werden veel vragen gesteld. Het CBb stelde absoluut en relatief meer prejudiciële vragen dan de beide andere hoogste bestuursrechterlijke colleges in Nederland. In dezelfde periode stelde de Raad van State 29 keer een prejudiciële vraag en de Centrale Raad van Beroep 8 keer.²⁶³

In de interviews is niet systematisch gevraagd naar de Europees rechtelijke component. In de interviews is niet gebleken van onvrede over de manier waarop het CBb gebruikmaakt van Europees recht. Enkele geïnterviewden zijn juist erg tevreden over de wijze waarop het CBb Europees recht hanteert. Zo heeft een bedrijf de ervaring dat het CBb het bestuursorgaan corrigeert wanneer de interpretatie die het bestuursorgaan geeft aan de Nederlandse wetgeving niet strookt met het Europees recht.

'Dus dan is het wenselijk dat de rechter zicht heeft op milieurecht en niet alleen Nederlands, maar zeker ook Europees recht. Want we zien nog wel eens dat Nederland maatregelen treft die een interpretatie zijn van het Nederlands recht, maar strijdig met Europees recht. (...) De uitleg die gekozen wordt van een artikel is strijdig met bovenliggend Europees recht. [En dat is dan een interpretatie van bijvoorbeeld [het bestuursorgaan]?] Ja, altijd. [Of ook het CBb zelf?] Dat is onze ervaring niet. Die corrigeren dat.'

263 Cijfers over 1998 t/m 2008 gebaseerd op jaarverslagen van het Hof van Justitie van de EG.

Een van de deelnemers tijdens de expertmeeting vraagt zich af of het CBb voldoende initiatief neemt om via onderlinge contacten met rechters elders in Europa kennis te nemen van de uitleg die andere nationale rechters geven aan Europees recht. Er wordt gewezen op een initiatief van de Europese Commissie om een overleg tot stand te brengen tussen rechters op het terrein van de telecommunicatie. Bij mededingingsrecht zou een dergelijk netwerk al bestaan en vruchten afwerpen. Als kanttekening wordt opgemerkt dat het onwenselijk is dat de Europese Commissie bij dit informeel overleg aanwezig is en dat de informatie waarop de rechter zich baseert voor partijen zichtbaar moet zijn. Een databank met relevante uitspraken van nationale rechtspraak waarin Europees recht wordt toegepast, is volgens de deelnemers zinvol.

7.7.4 CBb als voorzieningenrechter

Tijdens de expertmeeting komt naar voren dat er behoefte is aan een royalere toegang tot de voorlopige voorzieningenprocedure. Het CBb vindt in te veel gevallen een spoedeisend belang niet aanwezig. Dat betekent dat partijen doorgaans geen voorlopige voorzieningenprocedures starten. Het is een wereld van verschil met het civiele kort geding waar de drempel juist heel laag is. De respondenten geven eveneens aan dat het CBb zeer terughoudend is bij het toewijzen van een voorlopige voorziening. Wanneer een bestuursbesluit alleen financiële gevolgen

heeft voor een bedrijf, is dit volgens de geïnterviewden onvoldoende spoedeisend voor het CBb. Het bedrijf zelf ziet dit doorgaans anders, omdat de financiële belangen voor een bedrijf zeer groot kunnen zijn en eenmaal in gang gezette ontwikkelingen vaak niet meer zijn terug te draaien. Ook wordt gewezen op het ontbreken van schorsende werking bij het instellen van bezwaar of beroep. Een respondent zegt dat de sector geschokt was dat het CBb geen spoedeisend belang aanwezig achtte bij een bedrijf dat op de rand van faillissement stond.

'Voorlopige voorzieningen worden bij het College van Beroep vrijwel standaard afgewezen. Dat loopt telkens dood op het spoedeisend belang. Zoals onlangs, de zaak van Z. Zelfs die konden het spoedeisend belang niet hard maken, terwijl het ging om een boete van tientallen miljoenen. Terwijl die mensen op de rand van het faillissement stonden. Voor zover ik weet heeft niemand van ons ooit een voorlopige voorziening bij het College van Beroep gekregen. Terwijl er wel situaties zijn waarin dat echt nodig is. (...) Z. stond op het randje van faillissement. (...) Ook in die situatie werd door het College van Beroep een voorlopige voorziening botweg geweigerd. Daar is de sector toen erg van geschrokken. We hadden verwacht dat hier toch door een voorlopige voorziening uitstel zou worden gegeven van het betalen van die boete, maar dat is niet gehonoreerd.'

Nieuwe regels van bestuursorganen sturen de marktontwikkeling, waarbij een lange procesgang niet zinvol is, omdat die marktontwikkeling later niet meer terug te draaien is. Door de hoge drempel van de voorlopige voorzieningenprocedure hebben partijen in feite geen rechtsbescherming naar de mening van sommige betrokkenen.

De deskundigen realiseren zich overigens dat een voorlopige voorziening soms lastig is, omdat het altijd gaat om twee partijen en de afweging van hun belangen. Sommige dossiers zijn ook te uitgebreid voor een voorlopige voorzieningenprocedure. Dan is een versnelde behandeling wenselijk. Het zou dan belangrijk zijn dat het besluit waartegen beroep wordt ingesteld geschorst wordt. Enkele deelnemers vinden dat de uitspraak in voorlopige voorzieningen vaak te lang op zich laat wachten. Zo wordt gesproken over een uitspraak in een voorlopige voorzieningenprocedure die pas na acht maanden komt, terwijl het besluit een looptijd heeft van een jaar. De meeste deelnemers vinden echter dat voorlopige voorzieningen wel binnen redelijke termijn worden behandeld. Vermoed wordt dat dit te maken heeft met het specifieke beleidsterrein van de zaak.

Tijdens de interviews is nog een ander probleem naar voren gebracht met betrekking tot de toegang tot de voorlopige voorzieningenprocedure. Een bedrijfsjurist is in een voorlopige voorzieningenprocedure niet-ontvankelijk verklaard, omdat het bedrijf niet had ingeschreven bij een aanbesteding. Het

bedrijf wilde niet inschrijven, omdat daarmee de verplichting zou ontstaan een bepaalde dienst te verlenen die volgens het bedrijf economisch niet mogelijk zou zijn.

'Wij konden niet inschrijven, omdat inschrijving betekent aanvaarding van de opdracht. (...). En naar onze mening voldoet [het bedrijf dat opdracht gegund is] niet aan de eisen die het bestek stelt. [En daar heeft het College zich niet over uitgesproken eigenlijk...] Nee, het CBb is helemaal niet aan toetsing toegekomen.'

7.7.5 CBb als instantie van hoger beroep

Sommige deelnemers aan de expertmeeting signaleren dat het CBb de rol van rechter in hoger beroep op dezelfde manier invult als die van een rechter in eerste en enige instantie. De rol van de appelrechter zou echter volgens hen terughoudender moeten zijn. De meningen verschillen over de vraag hoe bezwaarlijk het is dat het CBb de zaak opnieuw ten gronde beoordeelt.

Een van de aanwezige advocaten merkt op dat het CBb bijna alle uitspraken van de rechtbank Rotterdam in hoger beroep vernietigt. Ook een geïnterviewde advocaat vindt het problematisch dat te veel uitspraken van de rechtbank Rotterdam worden vernietigd in hoger beroep.

'Het CBb heeft de neiging te eigenwijs te zijn. Laat ik het maar even bot zeggen. Ze willen het altijd beter weten. Ze weten het altijd

Tabel 15. Vernietiging of bevestiging van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in hoger beroep door het CBb (op basis van www.rechtspraak.nl) naar rechtsgebied

	Telecom	Mededinging	Overig	Totaal
Bevestigd ²⁶⁴	34 (62%)	9 (43%)	27 (59%)	70 (57%)
Deels vernietigd	13 (24%)	6 (29%)	5 (11%)	24 (20%)
Vernietigd	8 (15%)	6 (29%)	14 (30%)	28 (23%)
Totaal	55 (100%)	21 (100%)	46 (100%)	122 (100%)

beter dan de NMa. En luisteren weinig naar de eisers. En ze weten het altijd beter dan de rechtbank Rotterdam. Mijn grootste zorg is eigenlijk dat er veel te veel vernietigd wordt door het CBb wat Rotterdam doet. Vaak heeft het CBb wel een punt, maar niet dat ik zeg: De rechtbank zat echt mis, goed dat dat is gecorrigeerd. Helemaal niet. (...) Ze nemen de uitspraak van Rotterdam niet als het vertrekpunt. Hoewel je dat als appelrechter wel moet doen, is mijn mening.'

Op basis van www.rechtspraak.nl zijn we voor de jaren 2002-2004 en 2007 nagegaan hoe vaak het CBb in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank Rotterdam heeft vernietigd. Het CBb bevestigt in ruim de helft (57%) van de hoger beroepen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam. In bijna een kwart van de hoger beroepen (23%) wordt de uitspraak vernietigd en in de resterende 20% wordt de uitspraak gedeeltelijk vernietigd. Bij hoger beroep in mededingingszaken wordt de

uitspraak van Rotterdam vaker vernietigd dan bij telecommunicatiezaken (zie tabel 15).

Hoewel uit de cijfers dus niet blijkt dat het CBb elke uitspraak van de rechtbank Rotterdam in hoger beroep vernietigt, maken de deelnemers aan de expertmeeting zich zorgen over het hoge aantal vernietigingen. Men vreest dat het gezag van de rechter wordt aangetast als een hogere rechter voortdurend de lagere rechter corrigeert. Bovendien is het een aanmoediging om van een uitspraak van de rechtbank in hoger beroep te gaan. Als voorbeeld wordt een uitspraak over de tarieven van mobiele telefonie genoemd; na vele jaren komt de uitspraak dat OPTA niet bevoegd is. Dat is een formele opstelling die niet bijdraagt aan conflictbeslechting en niets toevoegt. Veel uitspraken van de rechtbank Rotterdam worden vernietigd zonder dat daarvoor volgens de aanwezigen een duidelijke verklaring is. Dit is des te meer een aandachtspunt, omdat op dit terrein interpretaties sterk

²⁶⁴ Inclusief tweemaal bevestiging van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam met een verbetering van de gronden.

kunnen verschillen en kennelijk ook verschillen tussen CBb en rechtbank Rotterdam. Procedures gaan vaak over nieuwe wetgeving waar de interpretaties nog niet vastliggen; het algemene mededingingsrecht is al ouder, verschillen betreffen hier de uitleg en toepassing van arresten van het Europese Hof van Justitie.

7.7.6 Overige voorstellen ter verbetering van de procedure

Tijdens de interviews en de expertmeeting zijn nog enkele andere suggesties gedaan voor verbetering van de procedure bij het CBb.

Genoemd worden:

- Verschillende respondenten zouden graag meer mogelijkheden krijgen om technisch relevante zaken toe te lichten, bijvoorbeeld door gebruik van een whiteboard of powerpoint in de rechtszaal of door toelichting door een technisch expert.

‘Wat ik altijd nog jammer vind, is dat je in de rechtszaal niet een whiteboard hebt staan en dat je dingen even kunt tekenen. Soms zitten ze je aan te kijken, het kwartje valt totaal niet.’

- Partijen en hun advocaten zouden graag meer duidelijkheid hebben over wanneer een bedrijf een deskundigenrapport moet laten maken. Bovendien weet men graag voor de zitting welke vragen er zijn met betrekking tot technische bijzonderheden, zodat men een deskundige kan meenemen naar de zitting. Tijdens de zitting wil men

graag meer gelegenheid voor de aanwezige technisch-deskundige om zaken toe te lichten.²⁶⁵

- Diverse respondenten doen de suggestie dat raadsheren zich tijdens een excursie naar relevante bedrijven laten tonen en uitleggen hoe dingen technisch werken (bijvoorbeeld KPN, energienetwerkbeheerder, energieleverancier). Ook excursies naar bestuursorganen over wier besluiten het CBb moet oordelen worden genoemd.
- Bij de samenstelling van de kamer zou meer rekening moeten worden gehouden met de bijzondere expertise of achtergrond van de rechters, zoals dat bij arbitrage gebeurt. Volgens de president van het CBb gebeurt dit overigens al.
- Een bedrijfsjurist van een energiebedrijf bepleit gespecialiseerde rechters voor civiele geschillen op energiegebied, bijvoorbeeld over overeenkomsten. Dit is gebaseerd op de ervaring dat een gewone civiele rechter onvoldoende kennis heeft om de essentie van het geschil te bevatten.
- Verschillende advocaten bepleiten een extra rondje wanneer een zaak nog niet rijp is voor beslissing (door rechtstreeks beroep). De deelnemers aan de expertmeeting zien bij voorkeur een snel rondje vaststelling van de feiten en vragen voorafgaand aan de zitting.
- Soms wordt de wet- en regelgeving aangemerkt als bron van problemen/onvrede. Zo wordt bijvoorbeeld door een respondent opgemerkt dat er te ruime mogelijk-

²⁶⁵ Vergelijk aanbeveling 30 van Gerbrandy (2009, p. 482) aan de mededingingsrechter.

heid bestaat voor representatieve organisaties, zoals de consumentenbond, om in bezwaar en beroep te gaan tegen besluiten van de Energiekamer. Belangenorganisaties zijn uiteraard juist blij met deze ruime mogelijkheid.

- De telecommunicatierichtlijn is heel erg ingewikkeld. Aan besluiten van OPTA is al een heel traject voorafgegaan (artikel 7-procedure bij de Europese Commissie). De vraag is of de nationale rechter met die voorprocedure rekening moet houden. Het CBb maakt volgens deelnemers aan de expertmeeting onvoldoende zichtbaar hoe rekening is gehouden met de voorprocedure.²⁶⁶ Het CBb zou dit beter zichtbaar kunnen maken.
- Tijdens de expertmeeting is gesproken over de suggestie een AG te introduceren, zoals bij de Hoge Raad. Voordeel is dat een AG in conclusie alles meeneemt. Als voorwaarde wordt gezien dat het een heel goede AG is, die snel kan schrijven en die specifieke deskundigheid heeft. De vraag wordt opgeworpen of een AG-systeem bij een feitelijke instantie wel kan werken. Als alternatieve mogelijkheid wordt gewezen op een beperkte vorm van cassatieberoep, zoals bij de CRvB bestaat. Dit zou helpen om een rechter uit een eenmaal ingeslagen spoor te krijgen, eventueel ook bij kennelijke dwaling. Wel is een stevige drempel noodzakelijk. Aan beide mogelijkheden zitten ook nadelen en er zou vooraf goed over moeten worden nagedacht.

Wanneer het erom gaat rechtspraak in twee instanties te creëren, zou ook gekozen kunnen worden voor de rechtbank Rotterdam als eerste aanleg. Echter, dit zou leiden tot een aanzienlijke verlening van de proceduretijd en zowel in de interviews als tijdens de expertmeeting vond niemand het voordeel van twee instanties opwegen tegen het nadeel van de langdurige onzekerheid.

De Commissie verbetervoorstellen bestuursrecht wijst op de problemen die het ontbreken van één appelcollege in het bestuursrecht met zich brengt. In dit onderzoek is dit door geen van de respondenten of deelnemers aan de expertmeeting als knelpunt naar voren gebracht.²⁶⁷

²⁶⁶ Pietermaat & Ottow (2007) bespreken hoe het CBb omgaat met nationale en Europese consultatie en notificatie.

²⁶⁷ Commissie verbetervoorstellen bestuursrecht 2007, p. 19-20.

Deel 3

Vergelijkingen en conclusies

Geschil- en procedeergedrag van grote ondernemingen

Alex Jettinghoff

8.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is onder andere de manier aan de orde geweest waarop grote ondernemingen met geschillen en procedures omgaan. De centrale vraag van dit hoofdstuk is wat er te leren valt van een vergelijking van dit gedrag van de ondernemingen bij de verschillende specialistische gerechtelijke voorzieningen. Zijn er opmerkelijke overeenkomsten en verschillen te signaleren? En wat is de mogelijke achtergrond van die overeenkomsten en verschillen?

De wijze waarop bedrijven met bezwaren tegen besluiten van overheidsorganen of met interne geschillen omgaan, is in de rechts-sociologie nog een betrekkelijk onontgonnen terrein. In de rechtssociologische literatuur worden aan repeat players bepaalde gemeenschappelijke capaciteiten toegedicht.²⁶⁸ Daarbij valt in dit verband te denken aan de mogelijkheid om geschillen en procedures enigszins planmatig te benaderen. Grote ondernemingen zullen over het algemeen juridische repeat players zijn. Ze hebben bedrijfsjuridische afdelingen die zich bezighouden met juridische risico's en de afhandeling van gerezen geschillen. Geschillen en procedures zijn met enige regelmaat te verwachten en dat maakt het theoretisch mogelijk er enigszins planmatig mee om te gaan. Ontwikkelen de in dit onderzoek ondervraagde grote bedrijven een vaste aanpak voor de complexe geschillen die hier

aan de orde komen? Worden pogingen ondernomen om deze geschillen te voorkomen?

De houding van ondernemingen tegenover deze typen geschillen en procedures kan ook variatie te zien geven. Dergelijke verschillen zijn mogelijk terug te voeren op de aard van de partijverhoudingen. De literatuur suggereert daarbij enkele grove vuistregels.²⁶⁹ Geschil- en procedeergedrag tussen bedrijven onderling kunnen uiteenlopende tendenties te zien geven. Zo wordt gesteld dat geschillen met duurzame zakelijke relaties tussen ondernemingen (bijvoorbeeld als toeleveranciers en klanten) zoveel mogelijk worden bijgelegd en dat gerechtelijke procedures daarmee worden vermeden. Als men er samen (door een schikking) niet uitkomt, hebben mediation en arbitrage de voorkeur boven de gang naar de overheidsrechter. Er zal ook aandacht besteed worden aan de preventie van geschillen. Bij incidentele contractuele relaties tussen ondernemingen zal de toekomst van de zakenrelatie minder in de weg staan aan een meer confronterende opstelling, al zal er niettemin een voorkeur zijn geschillen te voorkomen of onderling op te lossen. Dergelijke klantenrelaties vormen de achtergrond voor de geschillen die bij de natte kamer van de rechtbank Rotterdam ter tafel komen. De vraag is of betrokken bedrijven inderdaad indicaties geven van dergelijk geschil- en procedeergedrag. Bij relaties tussen concurrerende ondernemingen valt doorgaans weinig terughoudendheid te verwachten in geschil- en procedeergedrag,

²⁶⁸ Galanter 1973; Jettinghoff 2001; Susskind 2009.

²⁶⁹ Macaulay 1963, 1977; Galanter & Rogers 1991; Rooks 2001; Jettinghoff 2001.

want daarbij gaat het vaak om bedrijfsmatig lijfsbehoud. Dit is de logica van geschil- en procedeedrag die bij de IE-kamer van de rechtbank Den Haag verwacht kan worden, want daar staan in hoofdzaak ondernemingen die elkaars concurrenten zijn tegenover elkaar. In dit hoofdstuk wordt het omgaan van grote ondernemingen met de verschillende typen complexe geschillen en de specialistische gerechtelijke procedures, die in het voorgaande aan de orde zijn geweest, samenvattend vergeleken en op overeenkomsten en verschillen onderzocht. Achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan het voorkomen van geschillen en procedures, aan het behandelen van gerezen geschillen door andere instanties dan de specialistische gerechtelijke voorzieningen en aan de wijze waarop bij de specialistische voorzieningen geprocedeerd wordt.

8.2 Het voorkomen van geschillen en gerechtelijke procedures

Kijken we eerst naar de privaatrechtelijke sector, waar inderdaad uiteenlopende gedragspatronen te signaleren zijn rond geschillen en procedures.

De respondenten die bij een procedure bij de natte kamer van de rechtbank Rotterdam betrokken waren, handelen in grote trekken overeenkomstig de logica van de zakelijke ruiltransacties. In deze verhoudingen worden voor zover mogelijk geschillen en gerechtelijke procedures daarover bij voorkeur voor-

komen. Daarbij speelt een diversiteit van motieven een rol. Het behouden van een zakenrelatie speelt een grote rol en ook het beschermen van een goede reputatie en de aandelenkoers. Voorts is men soms beducht voor de onzekerheid over de afloop en de kosten van een gerechtelijke procedure. Een manier om geschillen te voorkomen, is bijvoorbeeld het besteden van aandacht aan de contracten met klanten. Als een geschil eenmaal is ontstaan, wordt er de voorkeur aan gegeven te trachten met de tegenpartij tot een vergelijk te komen.

Vennootschappen die onenigheid hebben met één van de stakeholders (zoals kapitaalverschaffers of werknemers) binnen hun onderneming, hebben ook tal van motieven om een procedure bij de Ondernemingskamer te voorkomen door te trachten met de stakeholder een vergelijk te treffen. Men is bijvoorbeeld beducht dat een procedure schadelijk zal zijn voor de reputatie van de onderneming, de ontwikkeling van de aandelenkoers of een slechte verhouding met werknemers. Voorts kan een procedure bij de Ondernemingskamer bedrijfsinterne processen verstoren, bijvoorbeeld omdat strategische beslissingen worden uitgesteld. Voor beursvennootschappen die in een enquêteprocedure worden betrokken zijn de mogelijkheden om met stakeholders een vergelijk te treffen tegenwoordig echter beperkt. Zij hebben de afgelopen jaren te maken gekregen met kapitaalverschaffers (zoals georganiseerde aandeelhouders en *corporate raiders*) die een

procedure bij de Ondernemingskamer soms juist zoeken, bijvoorbeeld omdat een principe-uitspraak geprefereerd wordt boven een schikking. Een respondent die in een WOR-procedure was betrokken, gaf aan in beginsel door middel van open communicatie met het personeel te trachten geschillen en procedures te voorkomen.

Voor de concerns die bij de IE-kamer van de rechtbank Den Haag procederen speelt de angst voor het verlies van zakenrelaties geen rol, omdat men daar vooral te maken heeft met het gedrag van concurrenten. Het lijkt erop dat de laatste tijd meer gekozen wordt voor een offensieve opstelling tegenover concurrenten die IE-rechten niet of niet genoeg respecteren. Als men een inbreuk denkt te signaleren wordt de inbreukmaker eerst gewaarschuwd. Eventuele misverstanden kunnen dan uit de weg worden geruimd en men kan ook proberen met de inbreukmaker tot een vergelijk te komen, bijvoorbeeld door een licentie aan te bieden. Dit is uiteraard profijtelijker dan het voeren van een procedure of in het geval van octrooikwesties een serie van procedures. Maar als deze ouvertures niet het gewenste resultaat sorteren staat er weinig in de weg aan het doen van gerechtelijke stappen. In de farmaceutische industrie lijken octrooien en het procederen daarover zelfs belangrijke wapens geworden te zijn in de concurrentieslagen tussen de wereldwijd opererende farmareuzen.

Kijken we nu naar de publiekrechtelijke sector. Respondenten die een beroep hadden

gedaan op het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam of het College van Beroep voor het bedrijfsleven zeggen eveneens te proberen geschillen en juridische procedures te voorkomen. Enkele bedrijven trachten door het geven van voorlichting over de regelgeving binnen de onderneming (nieuwe) geschillen te vermijden (samengevat onder de noemer *compliance*). Soms gebeurt dit naar aanleiding van een eerder conflict of gerechtelijke uitspraak, bijvoorbeeld een boete vanwege overtreding van de mededingingswetgeving. In gereguleerde sectoren als de telecomsector wordt naast het geven van voorlichting soms ook gekozen voor het ondernemen van proactieve initiatieven in de richting van de toezichthouders. Bedrijven trachten dan geschillen te voorkomen door bijvoorbeeld de toezichthouders te consulteren of kwesties aan de toezichthouder voor te leggen.

Sommige conflicten en geschillen zijn in deze sectoren echter moeilijk te vermijden. Met name in de gereguleerde sectoren zijn de bedrijven elkaars concurrent en wil ieder voor zich een zo goed mogelijke positie op de (nieuwe) markt veroveren of behouden. Men zegt dat de mogelijkheden om een geschil middels overleg op te lossen bovendien beperkt zijn door het feit dat er meestal veel marktpartijen belanghebbend zijn. Als niet iedere marktpartij met het onderhandelingsresultaat instemt, kan één dissident de bereikte overeenstemming weer ongedaan maken. Nadat een bestuursorgaan een

bepaald standpunt heeft ingenomen, achten sommige bedrijfsjuristen en advocaten overleg met het bestuursorgaan zinloos, omdat het dan geneigd is in dat standpunt te volharden. De fase van de bezwaarprocedure wordt dan indien mogelijk overgeslagen, omdat men daarvan weinig toegevoegde waarde verwacht.

8.3 Geschiloplossing: anders dan rechtspraak

8.3.1 Alternatieve oplossing van individuele geschillen

Al enkele jaren is justitiebeleid erop gericht te bewerkstelligen dat 'geschillen die zich lenen voor andere vormen van conflictoplossing dan een beslissing door de rechter, bij voorkeur op een andere wijze tot een oplossing worden gebracht'.²⁷⁰ Daarbij wordt gedacht aan mediation, bindend advies en arbitrage. Ook van de kant van het bedrijfsleven komen pleidooien voor dergelijke vormen van geschilbeslechting.²⁷¹ Het zijn vormen van bemiddeling en private (al dan niet afdwingbare) rechtspraak die gemeen hebben dat beide partijen met die vorm van geschiloplossing moeten instemmen. De vraag is hoe het in de hier onderzochte sectoren is gesteld met de zogenoemde *Alternative Dispute Resolution* (ADR). In de publiekrechtelijke sector die hier aan de orde is, blijkt ADR niet erg vaak gepraktiseerd te worden. Een enkele keer wordt melding gemaakt van een door het CBb geïnitieerde

mediation. Maar respondenten zien er om verschillende redenen weinig heil in. De mediator mist vaak de nodige kennis van de sector, de belangen zijn te groot en de partijconstellatie is te ingewikkeld om met alle betrokkenen effectief tot een vergelijk te komen. Mogelijk legt ook het mededingingsrecht aan het gebruik van ADR beperkingen op.

In de privaatrechtelijke sectoren lijken mediation en arbitrage evenmin erg in zwang bij de grote ondernemingen. In het praktijkveld rond octrooien en merken komt ADR nauwelijks voor. De reden is waarschijnlijk dat het hier gaat om geschillen tussen concurrenten. In dergelijke verhoudingen heeft men ten opzichte van elkaar niet zoveel te verliezen. Bovendien gaat het meestal om zeer grote belangen.

Ook in het praktijkveld rond de Ondernemingskamer wordt door de beursondernemingen weinig gedaan met ADR. Dat komt mogelijk doordat in enquêtezaken de eisende partijen soms meer te winnen hebben bij een procedure dan bij mediation of arbitrage. Soms ook wordt gesteld dat de enquêtekwesties zich niet voor ADR lenen. Voorts zou het moeilijk zijn in de kleine kring van deskundigen echt onafhankelijke arbiters en mediators te vinden. Mogelijk bestaat er meer ruimte voor ADR voor andere ondernemingen, maar experts betwijfelen dat. Er lijkt meer empoloi voor een poging tot schikking, eventueel onder begeleiding van de Ondernemingskamer. Nu gaat het bij de laatste twee instanties in hoofdzaak niet om geschillen die rijzen in

²⁷⁰ TK 2004-2005, 29 528 en 29 279, nr. 4, p. 1.

²⁷¹ Cf. Goldsmith, Ingen-Houtz & Pointon 2006.

relaties met klanten. Bij de natte kamer, waar het behoud van klantenrelaties een grotere rol speelt, is in theorie meer ADR te verwachten. Het blijkt dat ADR vooral voorkomt in transacties met buitenlandse partijen. In contracten tussen internationale partijen wordt meestal arbitrage in Londen opgenomen. Arbitrage wordt vanwege de snelheid verkozen boven gerechtelijke procedures, en Londen is de meest bekende locatie. Arbitrage in Londen wordt weliswaar als snel en degelijk gezien, maar ook als erg duur. Naast Londen zijn daarom vooral de laatste jaren wereldwijd alternatieve locaties voor arbitrage opgekomen, maar Rotterdam hoort daar niet bij, omdat het als locatie voor arbitrage weinig bekend is.

Voor Nederlandse partijen zijn in Rotterdam voorzieningen voor arbitrage voorhanden, zoals bij TAMARA. Daar is ook voldoende expertise beschikbaar en zijn de kosten lager dan in Londen. Arbitrage wordt geprefereerd wanneer geheimhouding essentieel is of de tegenpartij gevestigd is in een land waarmee Nederland geen executieverdrag heeft. Voor het overige lijkt arbitrage de laatste tijd aan populariteit te winnen. In de natte wereld is arbitrage doorgaans meer in zwang dan mediation, wat men als te vrijblijvend beschouwt, omdat de uitkomst niet rechtstreeks afdwingbaar is. Maar de meeste respondenten en deelnemers aan expertmeetings maken in feite weinig gebruik van arbitrage en mediation.

8.3.2 Playing for the rules

Bekend is het verhaal van een jonge advocaat die verbaasd opkeek toen een oudere kantoorgenoot, die in derde instantie bot had gevangen bij de Hoge Raad, verkondigde zich nu te zullen wenden tot wat hij de 'vierde instantie' noemde. Toen deze oudere collega vervolgens zijn politieke relaties begon te bellen, werd duidelijk dat hij de wetgever op het oog had. Verschillende bedrijven in de onderzochte sectoren geven aan zich zo nodig te wenden tot de 'vierde instantie'. De inzet is dan niet zozeer het winnen van een individueel geval, maar meer de verandering van de – materiële of formele – regels van het spel. Gebruikers van het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven uit de geregeleerde sectoren gaven in de interviews uitdrukkelijk aan gebruik te maken van politieke lobby voor nieuwe of verandering van bestaande regels zowel in Brussel als Den Haag.

De tekenen van lobbyactiviteiten in de andere sectoren zijn niet zo direct, maar laten zich raden, zoals ten aanzien van de Ondernemingskamer. Ongenoegen bij beursgenoteerde ondernemingen over de lage drempel van de enquêteprocedure en het ontbreken van een tweede feitelijke instantie, is waarschijnlijk via de geijkte kanalen tot uitdrukking gekomen in het recente SER-advies 'Evenwichtig Ondernemingsbestuur'.²⁷²

272 Sociaal-Economische Raad 2008.

Lobbyactiviteiten op het terrein van de intellectuele eigendom komen minder in de publiek en zijn alleen zichtbaar voor een kleine kring van insiders. Respondenten uit deze kring geven bijvoorbeeld aan dat grote Europese bedrijven op verschillende manieren direct betrokken worden bij de ontwikkeling van voorstellen voor een Gemeenschaps-octrooi en de daarbij behorende rechtspraakvoorziening.

8.4 Beslechting van geschillen: procederen

8.4.1 De keuze voor procederen

Wat beweegt grote ondernemingen een procedure aan te spannen bij een van de specialistische gerechtelijke voorzieningen die in dit onderzoek zijn betrokken? Voor de Ondernemingskamer is die vraag niet zo relevant, omdat de bedrijven in het merendeel van de zaken (bij de enquêteprocedure, de WOR-procedure en de jaarrekeningsprocedure) bij deze instantie de gedaagden zijn. Voor de procedures bij de overige instanties kunnen ze als eiser optreden en daar is de vraag naar de overwegingen bij de keuze voor procederen meer op zijn plaats. Het is in het voorgaande gebleken dat in feite de omvang van het financiële belang en de winstkans meestal de doorslaggevende factoren zijn. Voor de klanten van de natte kamer komt daar duidelijk bij dat al het mogelijke wordt gedaan de relatie met de klant niet te beschadigen. Hier

is – anders dan bij de overige sectoren – het ontzien van commerciële relaties een belang dat gewicht in de schaal legt.

De traditionele terughoudendheid bij grotere bedrijven ten opzichte van procederen lijkt overigens de afgelopen jaren iets aan het afkalven te zijn. In de bestuursrechtelijke sector is dat een direct uitvloeisel van de liberalisering van de telecom- en energiesector. Ten aanzien van de andere gerechtelijke instanties heeft het mogelijk te maken met globalisering. Dat kan gebeuren doordat buitenlandse bedrijven met een meer ‘adversarial’ opstelling gaan procederen in Nederland of doordat Nederlandse multinationals hun buitenlandse ervaringen toepassen in eigen land.²⁷³

8.4.2 Routines en strategieën van procederen

Wil er ten aanzien van geschilbeslechting iets van een routine of strategie ontstaan, dan moet de onderneming met een zekere regelmaat met vergelijkbare geschillen geconfronteerd worden.

Daarvan is om te beginnen geen sprake in de meeste kwesties die door de Ondernemingskamer worden behandeld, omdat het daar doorgaans om eenmalige gebeurtenissen gaat. Bedrijven hebben doorgaans ook slechts eenmaal te maken met een mededingingszaak bij de rechtbank Rotterdam. Voor dergelijke zaken hebben de ondernemingen dan ook meestal geen vaste aanpak. Er is voorts enige variatie in de houding waarmee men aan de

273 Cf. Van Waarden 2009, p. 208. Van Waarden brengt het oprukken van ‘adversarial legalism’ in Nederland in kaart. Voor zover daarvan sprake is, moet het volgens zijn analyse vooral zijn ingebracht door inheemse actoren. Hij ziet in zijn analyse de mogelijke invloed van multinationals (Nederlandse en buitenlandse) over het hoofd.

procedure deelneemt. Soms geeft een onderneming aan tijdens een enquêteprocedure een veel assertiever houding te kiezen dan bij andere ondernemingen gebruikelijk is.

In bestuursrechtelijke geschillen in gereguleerde sectoren wordt wel frequent geprocedeerd. Met name telecom- en energiebedrijven geven te kennen niet terughoudend te zijn bij het initiëren van een gerechtelijke procedure. Procederen is daar meer een routinematige kwestie, met name omdat men meent het zich niet te kunnen veroorloven om niet te procederen. De marktpositie van de bedrijven is bij veel besluiten van de toezichthouder in het geding. Een opmerkelijke procedeerstrategie van de telecom- en energiebedrijven is het bundelen van belangen. Dat gebeurt bijvoorbeeld om te voorkomen dat men door een sterke tegenpartij (zoals KPN) tegen elkaar wordt uitgespeeld of om schadeclaims te incasseren die in individuele acties op bewijsproblemen stuiten.

In natte geschillen zijn twee verschillende tendensen zichtbaar. Voor veel zakelijke bedrijven in de competitieve vervoerswereld is het voeren van een juridische procedure niet de eerste keuze vanwege de lange doorlooptijd, de kosten en de mogelijke schade die het zakelijke relaties berokkent. Ook als procedures al wel in gang zijn gezet, probeert men vaak nog voor de uitspraak tot een minnelijke schikking te komen. Niettemin lukt dit in ruim een derde van de aangebrachte zaken niet, en hier wil men dan ook een uitspraak van de rechter hebben. Voor verzekeraars in natte

zaken ligt de situatie echter anders. Voor deze bedrijven zijn zakelijke relaties minder van belang en speelt tijd een ondergeschikte rol.

In zaken waar één of beide partijen een verzekeraar is, is de kans op een gerechtelijke procedure dan ook navenant groter.

De grote bedrijven die zich voor geschillen tot de IE-kamer wendden, hebben meestal met enige regelmaat met deze geschillen te maken en kunnen een keuze maken ten aanzien van de vraag of er geprocedeerd moet worden en, zo ja, in welk land. Het procederen voor de IE-kamer van de rechtbank Den Haag heeft soms duidelijk strategische trekken. In bepaalde industriële sectoren, zoals de chemische industrie, farmaceutische industrie, de voedingsindustrie, de elektrotechnische industrie en de kledingindustrie, heeft procederen over een octrooi of merk soms het karakter van een internationale campagne, waarbij procederen bij de rechtbank Den Haag een optie is. De vraag waar en hoe geprocedeerd wordt is dan geen routinekwestie, maar voorwerp van zorgvuldige overwegingen die zijn toegesneden op de kenmerken van de individuele zaak.

8.5 Resultaat

8.5.1 Beëindiging procedure voor de uitspraak

Er worden in alle onderzochte sectoren relatief veel aanhangig gemaakte zaken ingetrokken of geroyeerd. Het gaat vaak om ongeveer een

derde van alle zaken die in behandeling zijn genomen. Er is niet veel inzicht in de overwegingen die daarbij een rol spelen. Het zou de moeite waard zijn naar deze categorie zaken nader onderzoek te doen. Uit de interviews met de grote bedrijven komt soms wel naar voren dat partijen gedurende de procedure naar een schikking blijven zoeken. Dit is wat Galanter 'litigotiation' heeft genoemd, een mengeling van procederen (*litigation*) en onderhandelen (*negotiation*).²⁷⁴ Bij enquête-procedures werd wel opgemerkt dat het verstandig is na het uitkomen van het onderzoeksrapport naar een schikking toe te werken, omdat dan duidelijk wordt hoe de uitspraak er ongeveer uit zal zien. Ook kwam het voor dat onderzoekers de mogelijkheid van een schikking aftastten. Bij procedures over octrooi- en merkinbreuken kan een zaak alsnog geschikt worden als de vermeende inbreukmaker toch een licentie blijkt te hebben of er alsnog een koopt. Ook kan een overname van de tegenpartij een vonnis overbodig maken. Enkele gebruikers van de natte kamer zeiden een procedure wel te gebruiken als pressiemiddel om alsnog tot een schikking te komen. Het verlangen om de relatie te behouden geeft daarbij vaak de doorslag. Overigens geven sommigen te kennen dat ze comparities van de rechters van de natte kamer niet erg op prijs stellen. Zij achten zichzelf beter in staat de mogelijkheden voor een schikking in te schatten en te benutten. De achtergrond van intrekkingen in procedures bij de economisch bestuursrechter is

divers. Soms is inmiddels een schikking tot stand gekomen, in andere gevallen is het belang van de procedure achterhaald doordat de procedure erg lang duurt. Enkele keren trok een onderneming zich terug doordat vanwege een fusie de belangen inmiddels anders waren komen te liggen. Met name in de telecommunicatiemarkt is de markt sterk in beweging en is regelmatig sprake van fusies of verkoop van bedrijfsonderdelen.

8.5.2 Uitspraak

Ondernemingen staan niet anders tegenover de uitkomst van een rechterlijke uitspraak dan particulieren: bij voorkeur wil men de zaak winnen. Er hangt voor de bedrijven ook veel van rechterlijke uitspraken af. De telecom- en energiebedrijven strijden bij de bestuursrechtelijke instanties om het behoud of verbetering van hun marktpositie. In feite gaat het bij de IE-kamer om hetzelfde, ofschoon de marktpositie van deze bedrijven van veel meer factoren afhankelijk is. Toch menen de respondenten zich niet blind te staren op de uitslag en voldoende distantie te hebben om hun oordeel over de afloop vooral te baseren op de motivering van het vonnis. Dat lijkt verhoudingsgewijs de meeste moeite te kosten bij enquêteprocedures indien wordt geconcludeerd tot 'wanbeleid'.

274 Galanter 1984. Hij bedoelde daarmee bij een gerecht aanhangig gemaakte geschillen, waarover onderwijl door partijen dooronderhandeld wordt. Tijdens de onderhandelingen wordt de behandeling van de zaak dan aangehouden in afwachting van een schikking. De procedure dient dan als een stok achter de deur mochten de onderhandelingen door de opstelling van de gedaagde spaak dreigen te lopen.

8.6 Terzijde: rechterlijk ondernemerschap

Bij dit alles moet tot slot worden aangetekend dat ook de rechters van de diverse specialistische voorzieningen invloed kunnen hebben op het appel dat op hun werk wordt gedaan. Er is bijvoorbeeld een vrij brede consensus in de vennootschapsrechtelijke praktijk dat de voorzitter van de Ondernemingskamer in belangrijke mate heeft bijgedragen aan de populariteit van de enquêteprocedure. Ook in de IE-praktijk meent men dat de IE-kamer geslaagd is in de ambitie om procederen over IE-geschillen in Nederland aantrekkelijk te maken. Dat zal er stellig toe hebben bijgedragen dat de grote ondernemingen – voor zover ze een keuze hebben – betrekkelijk weinig geneigd zijn hun toevlucht te zoeken bij buitenlandse gerechtelijke voorzieningen of buitengerechtelijke voorzieningen om hun Nederlandse belangen te beschermen. Ten aanzien van de natte kamer waren respondenten soms wel kritisch over het gebrek aan pogingen om de bij de rechtbank Rotterdam aanwezige deskundigheid ook in het buitenland te afficheren.

8.7 Conclusies

De manier van omgaan met geschillen en gerechtelijke procedures in de verschillende sectoren levert een vrij divers beeld op. Deze diversiteit lijkt inderdaad voor een deel samen te hangen met de aard van de relaties tussen partijen, die bij de gerechtelijke instanties

telkens weer anders is. Daarnaast lijken ook de specifieke kenmerken van de verschillende bedrijfstakken de diversiteit te vergroten. Met enige moeite zijn enkele algemene tendensen te schetsen.

Er wordt door diverse grote ondernemingen aangegeven dat zij trachten geschillen en procedures te voorkomen. Algemene preventie van geschillen is vooral mogelijk wanneer ze zich veel voordoen (zoals octrooi-inbreuken of schadeclaims in de natte praktijk). Er worden in de verschillende sectoren uiteenlopende modaliteiten van preventie genoemd, zoals regelmatige revisie van contracten in de natte praktijk, screenen van octrooiaanvragen op mogelijke inbreuk en het instrueren van personeel over mededingingsrecht. In enkele gevallen zei men ook te trachten meer zeldzame geschillen te voorkomen (zoals geschillen met de ondernemingsraad).

Uiteraard is het niet realistisch te verwachten dat alle problemen zo kunnen worden onderhouden. Als er een mogelijk geschil wordt gesignaleerd, geven de grote ondernemingen aan voor de hand liggende acties te ondernemen om de situatie op te lossen. Men neemt doorgaans contact op met de tegenpartij om eventuele misverstanden uit de weg te ruimen. In het geval er sprake is van een daadwerkelijk geschil, wordt er getracht onderling tot overeenstemming te komen. De grote ondernemingen op de hier behandelde praktijkvelden zeggen – om uiteenlopende redenen – weinig gebruik te maken van ADR. Alleen in de natte praktijk wordt

ADR (met name arbitrage) soms als een aantrekkelijk alternatief gezien. Lobbyen bij regelgevende gremia om de regels van het spel te beïnvloeden, is blijkbaar een inspanning waar de grote ondernemingen heil van verwachten. Respondenten reageren terughoudend ten aanzien van 'procederen om het principe', maar wanneer er substantiële belangen op het spel staan, deinzen de grote ondernemingen niet voor procederen terug. De traditionele afkeer van procederen in het Nederlandse bedrijfsleven lijkt de laatste tijd enigszins te eroderen, mogelijk onder invloed van marktliberalisering en globalisering. Wel wordt vaak de mogelijkheid van een schikking afgetast, ook na het starten van een procedure. De tussenkomst van de rechter wordt daarbij niet altijd op prijs gesteld.

Over deskundigheid en werkwijze van de onderzochte gerechtelijke voorzieningen zijn de respondenten uit de verschillende praktijkvelden tamelijk tevreden. Als ze de keuze hebben, zeggen de grote ondernemingen niet vaak geneigd te zijn voor de bescherming van hun Nederlandse belangen uit te wijken naar buitenlandse gerechtelijke of buitengerechtelijke voorzieningen.

Specialisatie en concentratie

Anita Böcker

9.1 Inleiding

Een centrale vraag in het onderzoek was hoe grote bedrijven, hun advocaten en andere gebruikers en deskundigen oordelen over nut en noodzaak van gespecialiseerde rechtspraak voor het bedrijfsleven. Wat zien zij als voor- of nadelen van rechterlijke specialisatie en concentratie? Welke specialistische deskundigheid is volgens hen vereist en is die deskundigheid bij de onderzochte gerechten in voldoende mate aanwezig? In de voorgaande hoofdstukken zijn deze vragen voor elk van de vijf voorzieningen afzonderlijk beantwoord. In dit hoofdstuk worden de bevindingen over de verschillende gerechten met elkaar en met de literatuur vergeleken.

Specialisatie houdt in dat bepaalde rechters zich in het bijzonder toeleggen op bepaalde categorieën zaken. Specialisatie kan op verschillende manieren worden gerealiseerd. Een daarvan is het concentreren van een specifieke categorie zaken bij één of een beperkt aantal gerechten. In Nederland kiest de wetgever hier regelmatig voor. In tientallen wetten is één gerecht bij uitsluiting als bevoegde rechter aangewezen voor geschillen inzake de betreffende wet. Naast deze wettelijke concentratie is bij bepaalde categorieën civiele zaken sprake van feitelijke concentratie, doordat de gedaagden in de betreffende zaken in

grote meerderheid binnen één arrondissement gevestigd zijn. Bij alle vijf de onderzochte rechtspraakvoorzieningen is sprake van specialisatie door concentratie.

In dit hoofdstuk worden eerst de argumenten voor en tegen specialisatie en concentratie in de literatuur geïnventariseerd (par. 9.2). Vervolgens wordt beschreven hoe specialisatie en concentratie bij de onderzochte voorzieningen vorm hebben gekregen (par. 9.3). De rest van het hoofdstuk is gebaseerd op de interviews en expertmeetings die in het kader van dit onderzoek zijn gehouden. Hierin komt aan de orde hoe gebruikers van de vijf voorzieningen oordelen over nut en noodzaak van specialisatie en concentratie (par. 9.4), over welke deskundigheid rechters volgens hen moeten beschikken (par. 9.5) en welke verbeteringen ze gewenst achten (par. 9.6).

9.2 Argumenten voor en tegen specialisatie en concentratie

In de wetenschappelijke literatuur over specialistische rechtspraak worden uiteenlopende argumenten voor en tegen rechterlijke specialisatie genoemd. In navolging van Legomsky hanteren we in onderstaande inventarisatie²⁷⁵ de volgende indeling:

- de kwaliteit van het eindproduct;
- de efficiëntie van het proces; en
- de acceptatie door het publiek of partijen.²⁷⁶

²⁷⁵ Gebaseerd op Legomsky 1990; Posner 1996, p. 244-270; Unah 1998; Hol & Loth 2002; De Groot-van Leeuwen & Van Steenbergen 2006; Schlössels 2006; Bovend'Eert & Kortmann 2008.

²⁷⁶ Zie voor een uitgebreide bespreking, gebaseerd op een analyse van de Angelsaksische literatuur en interviews met rechters in verschillende Angelsaksische landen: Legomsky 1990, p. 7-19. Zie voor een inventarisatie gebaseerd op een andere indeling: Hol & Loth 2002, p. 491-493. Deze auteurs maken onderscheid tussen een kennisperspectief, een omgevingsperspectief en een organisatieperspectief.

9.2.1 Kwaliteit

De meest genoemde argumenten in de Nederlandse en internationale literatuur hebben betrekking op de kwaliteit van het eindproduct. Veel auteurs achten het van belang dat de rechter zich niet verlaat op de kennis of opvattingen van ondersteuners of advocaten, maar zelf in staat is om complexe wetgeving toe te passen of de geloofwaardigheid van bewijsmateriaal te beoordelen. Een specialist is daar beter voor toegerust en zal minder fouten maken dan een rechter die niet over specialistische kennis beschikt – is een breed gedeelde veronderstelling. Een ander vaak genoemd voordeel is dat specialisatie en met name concentratie tot meer consistente rechtspraak en dus tot meer rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid leiden. Ook wordt wel als voordeel genoemd dat specialisatie de rechtsontwikkeling ten goede komt; als rechters over specialistische kennis beschikken, kan op de betreffende gebieden een sterkere synergie tussen rechtspraktijk en rechtswetenschap ontstaan.

Tegenover deze baten staan volgens de meeste auteurs echter ook kosten. Specialisatie kan betekenen dat een paar rechters hun stempel drukken op de rechtsontwikkeling op een bepaald gebied. Andere vaak genoemde nadelen zijn dat specialisatie ten koste gaat van het generalistische perspectief, het ontstaan van een 'monocultuur' of 'tunnelvisie' in de hand werkt, en de neiging tot 'groupthink' versterkt. Ook de rechtseenheid hoeft niet

gediend te zijn met specialisatie; een grotere coherentie binnen het betreffende specialistische rechtsgebied kan samengaan met een verlies aan coherentie tussen dat specialisme en andere, verwante rechtsgebieden of het 'gemene' civiele, straf- of bestuursrecht. Daarnaast wordt wel gesteld dat de gedachtevorming over complexe vraagstukken erbij gebaat is als verschillende gerechten gedurende een 'rijpingsperiode' verschillende opvattingen over een bepaalde kwestie hebben. Een vaak genoemd nadeel is dat specialistische rechters bij de behandeling van zaken steeds dezelfde – eveneens gespecialiseerde – procespartijen en advocaten terugzien. Daardoor bestaat het gevaar dat ze onvoldoende afstand houden. Dan is al snel ook de schijn van partijdigheid en afhankelijkheid gewekt. Een gevaar dat vooral in de Amerikaanse literatuur wordt genoemd is dat gespecialiseerde gerechten kwetsbaar zijn voor druk van belangengroepen. In de Verenigde Staten proberen belangengroepen ook vaak, en soms met succes, de selectie van rechters te beïnvloeden.

9.2.2 Efficiëntie

Andere in de literatuur genoemde baten en kosten hebben betrekking op de efficiëntie van het proces. Het is efficiënter om complexe en niet heel veel voorkomende zaken door gespecialiseerde rechters te laten afdoen – efficiënter in termen van de tijd die de rechters en ondersteunende staf aan de afdoening

van een zaak besteden, de duur van de procedure en de financiële kosten voor de partijen en de overheid. Procespartijen hoeven minder tijd te besteden aan het inlichten van de rechters over basale aspecten van het specialistische rechtsgebied. Als de uitspraken van specialistische rechters minder fouten bevatten, zullen partijen ook minder vaak hoger beroep aantekenen. Ook wordt wel als voordeel genoemd dat de procedure kan worden toegesneden op het type zaken.

Specialisatie en met name concentratie kunnen echter ook efficiëntiekosten met zich meebrengen. Fluctuaties in de instroom van zaken kunnen minder goed worden opgevangen, waardoor het gerecht of de rechters het nu eens te druk en dan weer te rustig hebben. Voor kleinere gespecialiseerde eenheden geldt bovendien dat de continuïteit lastig te waarborgen is. Een vaak genoemd nadeel is ook dat concentratie lange reistijden met zich mee kan brengen voor hetzij de procespartijen hetzij de rechters.

9.2.3 Acceptatie

Een derde type baten en kosten heeft betrekking op de acceptatie van de rechtspraak door het publiek of procespartijen. Een veel genoemd argument voor specialisatie is dat rechters adequaat moeten kunnen reageren op hetgeen vertegenwoordigers van partijen in rechte inbrengen. Als in de advocatuur op bepaalde gebieden sprake is van een hoge mate van specialisatie, kan het daarom

wenselijk zijn de betreffende zaken ook door gespecialiseerde rechters te laten afdoen.

'Klanten' die anders vanwege gebrek aan vertrouwen in de deskundigheid van rechters naar arbitragecommissies en dergelijke zouden stappen, zouden door specialisatie voor de rechtspraak kunnen worden behouden.

Het vertrouwen in de rechtspraak kan bij specialisatie gebaat zijn, maar dit is niet per definitie het geval. In discussies in de Verenigde Staten wordt enerzijds gesteld dat gespecialiseerde gerechten om reden van hun expertise een groter vertrouwen zullen genieten. Anderzijds wordt juist gewaarschuwd dat het publiek minder vertrouwen zal hebben in de onpartijdigheid van een gespecialiseerd gerecht, of zo'n gerecht niet als een 'echt' gerecht zal beschouwen. Met name indien de rechters hun expertise opdeden in een andere functie – in de advocatuur of bij de overheid – of indien belangengroepen invloed uitoefenden op het selectieproces, zou de schijn van partijdigheid moeilijk te vermijden zijn. Ook als het aantal spelers in een bepaald type zaken gering is – en dezelfde rechters en advocaten elkaar frequent treffen – dreigt dat gevaar. In specialistische zaken kunnen bovendien de overwegingen van de rechter moeilijk te bevatten zijn voor niet-gespecialiseerde partijen. Dat kan de acceptatie van uitspraken verzwakken.

9.2.4 Sterkere en zwakkere varianten

Met het oog op de nadelen of risico's die met specialisatie en concentratie verbonden kunnen zijn, wordt in de literatuur over rechterlijke specialisatie soms een voorkeur voor zwakkere vormen van specialisatie of concentratie uitgesproken. De graad van specialisatie kan op verschillende manieren worden afgezwakt: door gespecialiseerde rechters of gerechten verschillende specialismen te laten combineren, door gespecialiseerde rechters of gerechten ook niet-specialistische taken te geven en door gespecialiseerde rechters na verloop van tijd te laten rouleren.²⁷⁷ Ook de graad van concentratie kan worden afgezwakt door zaken niet bij één, maar bij meerdere gerechten te concentreren. Bepaalde risico's kunnen ook op andere wijzen worden gereduceerd. Gespecialiseerde rechters kunnen bijvoorbeeld als plaatsvervanger bij andere gerechten fungeren om de rechtseenheid met en de kruisbestuiving tussen verschillende gebieden te bevorderen.²⁷⁸

In de literatuur bestaat enige discussie over de vraag wat beter is: concentratie in eerste aanleg of in appel? Een argument voor concentratie in appel is dat het proces van rechtsvorming erbij gebaat is als in eerste instantie meerdere gerechten bevoegd zijn, zodat de hogere rechter op basis van alternatieven zijn keuze kan maken.²⁷⁹ Een argument voor concentratie of althans specialisatie in eerste aanleg is dat de lagere rechter meer behoefte heeft aan

specialistische kennis, omdat hij niet kan uitgaan van een eerdere uitspraak.²⁸⁰

9.2.5 Argumenten voor en tegen business courts in de Verenigde Staten

In de Verenigde Staten is ook meer specifiek over de voors en tegens van rechtspraakvoorzieningen voor het bedrijfsleven gediscussieerd.²⁸¹ Verschillende staten lieten studies verrichten naar de potentiële baten en kosten en de haalbaarheid van *business courts*. Daarin werden ook de behoeften van bedrijven gepeild. In Colorado leidde een dergelijke studie tot de aanbeveling om een gespecialiseerde voorziening binnen een van de bestaande rechtbanken te creëren. Bedrijven zouden ontevreden zijn over zowel de onvoorspelbaarheid van de uitkomst als over de lange duur van procedures bij de bestaande rechtbanken. Met name de onvoorspelbaarheid zou tot een toenemend gebruik van private geschilbeslechtsingsfora hebben geleid. Het instellen van een *business court* zou tot een snellere en betere afdoening en tot een grotere consistentie in de uitspraken in handelsgeschillen leiden. Het zou bovendien de ontwikkeling van jurisprudentie bevorderen – en het ontbreken daarvan was volgens de studie een andere bron van onvrede bij bedrijven en hun advocaten, die behoefte hebben aan zekerheid. 'Creating a business court system would improve both the quality and speed of civil justice in Colorado – and make

²⁷⁷ Vgl. Legomsky 1990, p. 38-42.

²⁷⁸ Vgl. Unah 1998, p. 98.

²⁷⁹ Schlössels 2006.

²⁸⁰ Legomsky 1990, p. 9.

²⁸¹ Zie voor een overzicht Bach & Applebaum 2004.

our State a more attractive place in which to commerce,' aldus de studie.²⁸² De gespecialiseerde voorziening is er uiteindelijk toch niet gekomen. Het verwachte aantal zaken bleek te gering. Mogelijk heeft ook een rol gespeeld dat het instellen van een *business court* bij het publiek de indruk zou kunnen wekken dat grote ondernemingen rechtspraak van betere kwaliteit zouden krijgen, op kosten of ten koste van burgers.

Dat bedrijven belang hechten aan consistentie en voorspelbaarheid is ook in Amerikaanse discussies over de rechtspraak in bestuursrechtelijke zaken als argument voor gespecialiseerde voorzieningen naar voren gebracht. Speciaal wanneer een sector sterk gereguleerd wordt en het toezicht op die sector wordt uitgeoefend door een speciale instantie die daarbij over grote beleidsvrijheid beschikt, zouden bedrijven behoefte hebben aan consistentie en voorspelbaarheid.²⁸³

9.2.6 Discussie over (verdere) specialisatie en concentratie in Nederland

Specialisatie en concentratie vormen een terugkerend thema in discussies over de organisatie van de rechtspraak in Nederland. Begin jaren 1970 verzamelde de werkgroep herziening rechterlijke organisatie, die moest adviseren over de taakomschrijving van de latere Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie, al diverse voorstellen voor concentratie van bepaalde specialisaties bij één gerecht of bij enkele gerechten.²⁸⁴ Momenteel

wordt opnieuw gediscussieerd over de vraag op welke rechtsgebieden en in welke vorm (verdere) rechterlijke specialisatie wenselijk is. In deze discussie komen we soortgelijke overwegingen pro en contra concentratie tegen als in de literatuur. Zo spelen volgens de *Notitie rechterlijke concentratie* van de Raad voor de rechtspraak de volgende aanleidingen een rol bij de keuze om rechterlijke bevoegdheden te concentreren.²⁸⁵ Concentratie kan noodzakelijk zijn om de kwaliteit van de afdoening van juridisch of anderszins complexe zaken te verzekeren. Concentratie kan de rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid bevorderen. Concentratie kan doelmatig zijn, omdat de rechters met een bijzondere competentie meer ervaring met de betreffende zaken opdoen, waardoor ze efficiënter en sneller kunnen werken. Ook kan concentratie het gemakkelijker maken om bijvoorbeeld de doorlooptijden van de betreffende zaken te controleren. Concentratie kan door de wetgever, en meer in het bijzonder door vakdepartementen, worden gezien als een middel om het belang van de betreffende wet- en regelgeving te onderstrepen.

De keerzijden van concentratie worden in een discussienota van de presidentenvergadering besproken. Als belangrijkste bezwaar zien de presidenten dat concentratie ten koste gaat van de toegankelijkheid en overzichtelijkheid. Ook zou concentratie niet goed zijn voor de rechtsontwikkeling, leiden tot verdere verkoking van het recht en de vorming van A- en B-rechtbanken, en de indruk kunnen wekken dat

282 *Governor's Task Force on Civil Justice Reform, Committee on Business Courts* 2000, p. 24.

283 Legomsky 1990, p. 14.

284 Werkgroep-Wiersma 1972.

285 Hartendorp 2003.

de wetgever aan forum shopping doet (omdat hij zijn eigen rechter in het leven roept). Volgens de discussienota is rechterlijke concentratie daarom alleen bij hoge uitzondering aangewezen, met name wanneer bij de afdoening van een beperkt aantal zaken behoefte bestaat aan specialistische kennis.²⁸⁶

De laatste jaren wordt getracht de voordelen van concentratie op een andere wijze dan door landelijke concentratie bij één gerecht te bereiken. In het *Toetsingskader rechterlijke concentratie* formuleerde de Raad voor de rechtspraak als uitgangspunt dat het onwenselijk is dat slechts één rechtbank een bijzondere competentie krijgt toegewezen: 'Dit kan leiden tot verstarring van de rechtsonwikkeling, beperkte mogelijkheden om een plotselinge stijging van de zaakstroom te kunnen opvangen en een complexe relatie met de appelinstantie.'²⁸⁷ Volgens de *Agenda van de rechtspraak 2005-2008* zou specialisatie bij voorkeur moeten worden gerealiseerd door samenwerking tussen gerechten; per ressort zou een 'uitruil' van zaken die een specialistische behandeling behoeven moeten plaatsvinden.²⁸⁸ De door de Raad ingestelde Commissie toedeling zaakspakketten bracht in 2008 het rapport *Specialisatie, concentratie en kwaliteit van de rechtspraak* uit, waarin voorstellen voor zowel landelijke concentratie als concentratie binnen de ressorten worden gedaan.²⁸⁹ In juli 2009 stuurde de regering het wetsvoorstel Evaluatiewet modernisering rech-

terlijke organisatie naar de Tweede Kamer.²⁹⁰ Vooruitlopend op de herziening van de 'gerechtelijke kaart' creëert dit wetsvoorstel onder meer de mogelijkheid van ressortsgewijze samenwerking tussen rechtbanken bij de behandeling van bepaalde categorieën zaken.

9.3 Specialisatie en concentratie bij de onderzochte rechtspraakvoorzieningen

Bij alle vijf de door ons onderzochte rechtspraakvoorzieningen voor het bedrijfsleven is sprake van specialisatie door concentratie. Vier van de vijf voorzieningen (IE-kamer, Ondernemingskamer, CBb en mededingingsteam) zijn ontstaan doordat de wetgever het betreffende gerecht exclusieve competenties toekende. De vijfde voorziening, de natte kamer van de rechtbank Rotterdam, is door feitelijke concentratie ontstaan: Rotterdam was (en is) de vestigingsplaats van het merendeel van de gedaagden in natte handelszaken. In enkele wetten op het gebied van het natte recht is vervolgens ook een exclusieve bevoegdheid aan de rechtbank Rotterdam toegekend.

Bij de toekenning van exclusieve competenties aan de vijf gerechten speelden verschillende overwegingen een rol. Meestal was de belangrijkste aanleiding de – juridisch of anderszins – complexe aard van de betreffende zaken in

286 Discussienota *Concentratie van rechtspraak*, van de schrijfgroep uit de presidentenvergadering, 10 oktober 2003, zoals aangehaald door Loth 2004, p. 53. Zie ook Jurgens & Tromp 2009.

287 Raad voor de rechtspraak 2004a.

288 Raad voor de rechtspraak 2004b.

289 Commissie toedeling zaakspakketten 2008.

290 TK 2008-2009, 32 021, nr. 2.

combinatie met het geringe aantal ervan. Concentratie werd noodzakelijk geacht om de kwaliteit van de rechtspraak te kunnen verzekeren. Bij de vereiste expertise werd niet alleen of in de eerste plaats aan specialistische juridische kennis gedacht, maar ook aan kennis van de onderliggende feitelijke materie en/of van een andere discipline dan de juridische. Zo werd voor de IE-kamer 'gevoel voor technische problemen' vereist geacht. Voor de Ondernemingskamer werd gedacht aan expertise op het gebied van bedrijfseconomie en accountancy; om hierin te voorzien werd ervoor gekozen twee raden-deskundigen in de kamer te laten participeren. Bij latere uitbreidingen van de exclusieve competenties – die bij alle vijf de voorzieningen plaatsvonden – was een belangrijke overweging dat de betreffende rechtspraakvoorziening al specialistische kennis en ervaring had opgebouwd. In het geval van het CBb werd als voordeel van (verdere) concentratie vooral ook gezien dat de rechtseenheid op het gebied van het sociaaleconomisch bestuursrecht erdoor bevorderd zou worden; een ander argument was dat het bedrijfsleven behoefte heeft aan deskundige en snelle rechtspraak. De behoeften van belanghebbenden werden ook bij de uitbreiding van de exclusieve competenties van de IE-kamer in octrooizaken als argument naar voren gebracht; in kringen van belanghebbenden bestond onvrede over de bestaande rechtspraak in deze zaken en zag men deze rechtspraak liever geconcentreerd bij de Haagse rechtbank.

De organisatorische inbedding van de specialistische voorzieningen verschilt. Het CBb werd in 1955 als apart rechterlijk college ingesteld. De Ondernemingskamer is een bijzondere kamer van het gerechtshof Amsterdam. De IE-kamer maakt deel uit van de rechtbank Den Haag. Het mededingingsteam en de natte kamer maken deel uit van de rechtbank Rotterdam.

Ook de graad van specialisatie varieert. Het CBb heeft van de vijf voorzieningen de meest diverse specialistische caseload. Daar staat tegenover dat de rechters van het CBb uitsluitend bijzondere competentiezaken behandelen. Bovendien hebben zich binnen het CBb enkele subspecialismen (telecomrecht, aanbestedingsrecht, Europees bestuursrecht) ontwikkeld. Voor de drie bij rechtbanken ondergebrachte voorzieningen (IE-kamer, natte kamer en mededingingsteam) geldt dat de rechters die er werkzaam zijn ook zaken behandelen die buiten hun specialisme of exclusieve competenties vallen. De verhouding tussen exclusieve competentiezaken en andere zaken verschilt wel en varieert per gerecht in de tijd. De rechters van de IE-kamer behandelen tegenwoordig voornamelijk IE-zaken. Bij de Rotterdamse mededingingskamer is het aandeel van de exclusieve competentiezaken kleiner. Bij de Ondernemingskamer werkte ten tijde van dit onderzoek alleen de voorzitter fulltime voor deze kamer. Met betrekking tot het rouleren van rechters valt op te merken dat de drie bij rechtbanken ondergebrachte voorzieningen onder het

roulatiebeleid van deze rechtbanken vallen. Dat houdt in dat de rechters in beginsel om de vier jaar van sector (bestuur, civiel en straf) wisselen. Op de rechters van de gespecialiseerde voorzieningen wordt dit beleid echter niet al te stringent toegepast. Voor de rechters van de IE-kamer is er bovendien geen verplichting om te rouleren buiten de civiele sector. De rechters van het CBb rouleren tussen de twee secties van het CBb. Voor de rechters van de Ondernemingskamer geldt geen roulatiebeleid.

Het CBb is in veel van de zaken die het behandelt in eerste en enige aanleg bevoegd; daarnaast heeft het bevoegdheid in hoger beroep. De Ondernemingskamer is in vrijwel alle zaken op haar gebied rechter in eerste en laatste feitelijke instantie; in enkele gevallen is zij appelrechter. Tegen uitspraken van de drie bij rechtbanken ondergebrachte voorzieningen is appel mogelijk: tegen uitspraken van het mededingingsteam bij het CBb, tegen uitspraken van de natte kamer en de IE-kamer bij het gerechtshof Den Haag.

9.4 Opvattingen over specialisatie en concentratie

Hoe oordelen gebruikers van de vijf specialistische voorzieningen over de noodzaak of wenselijkheid van specialisatie en concentratie in de rechtspraak? Over welke deskundigheid moeten rechters volgens hen beschikken? Welke knelpunten ervaren ze op dit punt en welke verbeteringen achten ze gewenst?

Om deze vragen te beantwoorden hebben wij interviews gehouden bij grote bedrijven die ervaring hebben met een of meer van de vijf voorzieningen, en met een aantal van hun advocaten. Daarnaast hebben we een aantal organisaties en instanties geïnterviewd die regelmatig betrokken zijn (vaak als wederpartij van de geïnterviewde bedrijven) bij procedures bij een of meer van de vijf voorzieningen. Bij alle vijf de voorzieningen hebben we ook met enkele rechters gesproken. De resultaten van de interviews zijn vervolgens besproken in expertmeetings, waaraan deskundigen uit de wetenschap, de advocatuur, het bedrijfsleven en de rechterlijke macht deelnamen.

De respondenten bij de bedrijven waren zelf meestal ook gespecialiseerd en/of werkzaam bij specialistische juridische afdelingen binnen hun bedrijf. Ook voor hun advocaten en de meeste andere respondenten alsmede voor de deelnemers aan de expertmeeting gold dat ze gespecialiseerd waren in een bepaald rechtsgebied of een bepaald type geschil.

9.4.1 Nut en noodzaak van specialisatie en concentratie

De respondenten van de interviews en ook de deelnemers aan de expertmeetings waren vrijwel unaniem van oordeel dat gespecialiseerde (en geconcentreerde) rechtspraak voor de geschillen waarmee zij bij de vijf voorzieningen komen noodzakelijk of wenselijk is. De redenen die ze hiervoor aandroegen hadden

vooral betrekking op de kwaliteit van de geschilafdoening.

Het meest genoemde argument was dat het betreffende rechtsgebied en de geschillen dermate complex of specifiek van aard zijn dat de geschilafdoening een bijzondere expertise vereist – een expertise waarover de ‘gemiddelde’ rechter niet beschikt en die hij ook niet kan opbouwen, omdat hij te weinig van dergelijke zaken krijgt voorgelegd. Op grond van de relatief beperkte aantallen zaken waren zowel de respondenten van de interviews als de deelnemers aan de expertmeetings van mening dat ook concentratie noodzakelijk is. Alleen door regelmatig zaken af te doen, zouden rechters de benodigde deskundigheid en ervaring kunnen opbouwen en behouden. Algemeen was de veronderstelling dat gespecialiseerde rechters beter in staat zijn om in complexe geschillen tot een goed en inhoudelijk oordeel te komen. Sommige respondenten refereerden hierbij aan minder goede ervaringen bij niet-gespecialiseerde rechters. Als voordeel van specialisatie en met name concentratie werd ook genoemd dat het tot een grotere voorspelbaarheid van uitspraken leidt. ‘Ik moet er niet aan denken dat deze zaken door negentien verschillende rechtbanken behandeld zouden worden,’ aldus verschillende respondenten. Als een groter aantal (lagere) gerechten competent zou zijn, zou dat volgens hen tot minder consistente rechtspraak en dus een hoog appelpercentage leiden. Dat betekent overigens niet dat concentratie vanzelf tot een laag appelpercentage

leidt. In de interviews over de twee economisch-bestuursrechtelijke voorzieningen kwam naar voren dat diverse factoren (de grote financiële belangen voor de betrokken bedrijven, de partijenconstellatie, onduidelijkheden in wet- en regelgeving) ertoe bijdragen dat tegen uitspraken van het mededingingsteam vaak hoger beroep wordt ingesteld bij het CBb. Bij de IE-kamer is het appelpercentage wel relatief laag.

Ook om redenen van efficiëntie vonden veel respondenten specialisatie en concentratie wenselijk of noodzakelijk. Met name in de interviews over de Ondernemingskamer werd de snelheid waarmee deze instantie enquêteverzoeken afdoet genoemd (en geroemd). Niet-gespecialiseerde rechters zouden ofwel meer tijd nodig hebben ofwel minder tot een inhoudelijk oordeel komen. In de interviews over de overige voorzieningen werd vaak als voordeel van rechterlijke specialisatie genoemd dat bedrijven en andere procespartijen minder tijd hoeven te besteden aan het inlichten van de rechters over basale aspecten van het rechtsgebied of de onderliggende feitelijke materie. Zowel in schriftelijke producties als tijdens de zitting kan snel naar de kern van de zaak worden doorgestoten. Veel respondenten zeiden bij niet-gespecialiseerde rechters veel meer tijd kwijt te zijn aan het geven van uitleg.

Andere argumenten pro specialisatie hadden vooral ook met de acceptatie van de geschilafdoening te maken. Een argument dat met betrekking tot alle vijf de voorzieningen werd

genoemd, was dat in de advocatuur eveneens specialisatie heeft plaatsgevonden. Het leek de respondenten onwenselijk dat de advocaten van partijen over veel meer kennis beschikken dan de rechters. Of, zoals een respondent stelde: 'De rechter moet ook een beetje een gesprekspartner zijn voor de partijen die daar voor hem staan.' Daarnaast werd in veel interviews gewezen op de grote (financiële) belangen die voor bedrijven op het spel kunnen staan. Bedrijven zijn huiverig om zich 'uit te leveren' aan rechters die minder geverseerd zijn in het betreffende rechtsgebied of het betreffende type geschil, zo bleek uit de interviews met bedrijfsjuristen.

9.4.2 Gepercipieerde keerzijden van specialisatie of concentratie

Zowel specialisatie als concentratie werd dus noodzakelijk geacht. In de interviews en de expertmeetings werden echter ook mogelijke nadelen genoemd. Het meest genoemde nadeel was dat een klein aantal rechters de uitspraken op een bepaald gebied wijst. Dat betekent enerzijds dat de ontwikkeling van het betreffende rechtsgebied afhankelijk is van een klein aantal rechters. Als een gespecialiseerde voorziening in sterke mate op één of twee ervaren rechters draait, of als binnen een gespecialiseerde voorziening sprake is van sub- of superspecialismen, kan het zelfs zo zijn dat één rechter een groot stempel op de betreffende uitspraken drukt. Volgens deelnemers aan de expertmeetings over het CBb,

het Rotterdamse mededingingsteam en de Haagse IE-kamer is de opstelling van alle drie voorzieningen in bepaalde typen geschillen in de loop der jaren veranderd, wat volgens de experts te maken had met personele wisselingen.

Anderzijds kan bij een gering aantal rechters de continuïteit in gevaar komen. Vooral voor de bij rechtbanken ondergebrachte voorzieningen geldt dat het kleine aantal rechters in combinatie met een – mede door het roulatiebeleid gestimuleerd – relatief hoog verloop de gespecialiseerde voorzieningen kwetsbaar maakt. Specialistische kennis kan snel verdwijnen. Sommige respondenten en experts vroegen zich af of de continuïteit wel voldoende gewaarborgd is. Over de natte kamer werd bijvoorbeeld gesteld dat de hele kamer in gevaar zou komen door het vertrek van een of twee ervaren rechters. Met betrekking tot de Ondernemingskamer – waar geen roulatieverplichting bestaat – bestond die vrees niet, maar enkele experts vreesden wel dat de snelheid in gevaar zou komen als een of twee rechters zouden vertrekken.

De rechters bij de vijf voorzieningen zien bij de behandeling van zaken vaak dezelfde advocaten en soms ook procespartijen terug. Zeker bij bepaalde type zaken is sprake van een kleine kring van specialisten die elkaar frequent treffen. Bij de IE-kamer is een deel van de rechters ook afkomstig uit de gespecialiseerde advocatuur. Die kleine kring brengt gevaren met zich mee voor de (gepercipieerde) onpartijdigheid en onafhankelijkheid. Dit werd

veelal door rechters zelf als aandachtspunt of risico genoemd. Met name de rechters van het CBb en het Rotterdamse mededingings-team proberen daarom zoveel mogelijk te vermijden dat ze buiten de rechtszaal in contact komen met procespartijen of hun advocaten. Alleen in de interviews over de Ondernemingskamer brachten ook bedrijven dit punt ter sprake in termen van een nadeel of risico. Advocaten daarentegen zeiden het juist een pre te vinden dat ze ook buiten de rechtszaal in contact komen met rechters van deze kamer. In de expertmeeting over de IE-kamer kwam naar voren dat er soms wrijvingen zijn tussen rechters en advocaten; een deel van de aanwezige advocaten vond dat de houding van rechters op de zitting wel iets afstandelijker mocht zijn.

In de literatuur wordt ook als nadeel genoemd dat specialisatie ten koste van het generalistische perspectief gaat en het ontwikkelen van een tunnel- of kokervisie in de hand werkt. In ons onderzoek werd dit nadeel door enkele respondenten genoemd. Zij signaleerden bijvoorbeeld dat enkele raadsheren van het CBb de neiging hebben om tijdens zittingen heel uitgebreid door te vragen naar juridisch-technische of economische details die – volgens deze respondenten – niet altijd even relevant zijn. Ook rechters van de IE-kamer zouden nog wel eens ‘hobby- of stokpaardjes’ berijden. Daarnaast bespeurden verschillende respondenten een neiging tot ‘eigenwijsheid’ of ‘de beste leerling van de klas willen zijn’ bij het CBb (met name in hoger-beroepszaken), de

Ondernemingskamer of de IE-kamer.

Niet alle nadelen die in de literatuur worden genoemd kwamen ook in de interviews naar voren. Zo noemde geen van de respondenten als nadeel van concentratie dat het ten koste gaat van de toegankelijkheid van de rechtspraak. Dit is niet verrassend gezien het feit dat grote ondernemingen en zeker de gespecialiseerde advocatuur overwegend in de Randstad gevestigd zijn. Hier bevinden zich ook de vijf specialistische voorzieningen. Evenmin werd als nadeel genoemd dat specialisatie en concentratie ten koste gaan van de overzichtelijkheid van het rechtbankstelsel. Ook dit is niet verrassend, omdat de meeste respondenten bij bedrijven zelf gespecialiseerd waren in een bepaald type geschillen. Voor dergelijke gebruikers is het wel zo overzichtelijk als die geschillen door één gerecht worden behandeld.

Geen van de respondenten vond de nadelen van specialisatie en concentratie groter dan de voordelen. Zowel specialisatie als concentratie werd noodzakelijk geacht. Dit was ook de conclusie van de expertmeetings. Men was in het algemeen tevreden over de bestaande situatie. Er waren wel wat wensen en suggesties met betrekking tot het uitbreiden van de exclusieve competenties van enkele van de bestaande specialistische voorzieningen. Voor IE-zaken werd daarnaast het creëren van een tweede specialistische kamer wenselijk geacht.²⁹¹

291 Zie par. 9.5.

9.4.3 Organisatorische varianten

In de literatuur over rechterlijke specialisatie wordt soms de voorkeur gegeven aan zwakkere vormen van specialisatie of concentratie. In ons onderzoek bleken respondenten en experts in het algemeen tevreden te zijn over de bestaande situatie. In de interviews en expertmeetings werd geen voorkeur uitgesproken voor een bepaalde organisatorische vorm (een organisatorisch zelfstandig gerecht of een kamer die onderdeel uitmaakt van een recht-bank of gerechtshof), of voor het al dan niet combineren van specialistische en niet-specialistische taken. Men bleek vooral belang te hechten aan continuïteit. Daarom was men in ieder geval geen voorstander van het laten rouleren van gespecialiseerde rechters. In de expertmeeting over de natte kamer werd daarnaast gepleit voor het meer zichtbaar maken van deze voorziening.²⁹²

Ook tegen de bestaande situatie met betrekking tot rechtspraak in één of twee instanties bleken weinig bezwaren te bestaan. Het CBb is in veel van de zaken die het behandelt rechter in eerste en laatste feitelijke instantie; de Ondernemingskamer is dat in vrijwel alle zaken op zijn gebied. In de interviews en expertmeetings over de twee economisch-bestuursrechtelijke voorzieningen werd als nadeel van rechtspraak in één instantie genoemd dat sommige zaken onvoldoende hebben kunnen 'rijpen' voordat ze aan het CBb worden voorgelegd. Geen van de respondenten of experts vond dit nadeel

echter opwegen tegen het voordeel van de kortere doorlooptijd. Een tweede feitelijke instantie bleek ook in de interviews en de expertmeeting over de Ondernemingskamer geen steun te vinden. Zowel bedrijven als advocaten maakten wel kanttekeningen bij de huidige manier van feitenvaststelling in enquêtezaken. Ook hier werd een vlotte afwikkeling echter belangrijker gevonden. In de expertmeetings werden enkele suggesties gedaan om de genoemde nadelen te reduceren.²⁹³

Ook in de interviews en expertmeetings over de natte kamer en de IE-kamer kwam het belang van een vlotte afwikkeling naar voren. Geschillen die door deze civielrechtelijke voorzieningen zijn behandeld, kunnen in tweede aanleg aan het gerechtshof Den Haag worden voorgelegd. Respondenten en experts vonden de behandeling van de hoger beroepen in beide typen geschillen te lang duren. De lange doorlooptijd werd deels aan een tekort aan raadsheren met specialistische kennis geweten.²⁹⁴

9.5 Vereiste deskundigheid

Het meest genoemde argument voor rechterlijke specialisatie – zowel in de literatuur als in ons onderzoek – is dat bepaalde rechtsgebieden en geschillen dermate complex of specifiek van aard zijn dat de geschilafdoening een bijzondere expertise vereist, een expertise waarover een 'generalistische' rechter niet beschikt. Daarmee is nog niet duidelijk wat

²⁹² Zie paragraaf 4.6.2.

²⁹³ Zie paragraaf 5.6 (Ondernemingskamer) en paragraaf 7.7 (CBb).

²⁹⁴ De gemiddelde doorlooptijd van handelszaken bij het gerechtshof Den Haag was de afgelopen jaren eveneens relatief lang, wat echter deels het gevolg was van het afdoen van een groot aantal oude zaken. Zie Raad voor de rechtspraak 2008b, 2009.

voor specialistische deskundigheid precies vereist is. In de literatuur over specialistische rechtspraak wordt wel onderscheid gemaakt tussen:

- specialisatie in een bepaald rechtsgebied (bijvoorbeeld het burgerlijk recht of, eerder, het octrooirecht of ondernemingsrecht als specialismen daarbinnen);
- specialisatie in de onderliggende feitelijke materie waarop het rechtsgebied betrekking heeft (bijvoorbeeld branchekennis of kennis van technische aangelegenheden); en
- specialisatie in een andere discipline dan de juridische, waarbij die discipline een geïntegreerd onderdeel van de rechtsbeoefening uitmaakt (zoals het geval is bij de Ondernemingskamer, die mede uit niet-juristen is samengesteld en waar een niet-juridische discipline als de accountancy direct bij de rechtspraak wordt betrokken).²⁹⁵

Daarnaast wordt wel onderscheid gemaakt tussen specialisatie in kennis of in bepaalde vaardigheden (bijvoorbeeld in comparaties en schikkingen of in het concipiëren van complexe uitspraken).²⁹⁶

9.5.1 Juridische kennis en materiedeskundigheid

Onze respondenten maakten, gevraagd naar de specialistische deskundigheid waarover rechters op hun terrein zouden moeten

beschikken, veelal onderscheid tussen juridische kennis en twee soorten materiedeskundigheid, te weten kennis van, of inzicht in, andere disciplines dan de juridische (economie, techniek) en kennis van de branche of markt (gewoontes en routines, marktverhoudingen). Velen merkten vervolgens op dat voor een goede geschilafdoening alle drie van belang zijn en dat juist met het oog op die vereiste combinatie van juridische en andere deskundigheid specialisatie noodzakelijk is. Respondenten uit het bedrijfsleven vonden materiedeskundigheid – met name technische kennis en kennis van de branche of markt – wel belangrijker dan de geïnterviewde advocaten en rechters. Als respondenten bij bedrijven kritiek hadden op de deskundigheid van een specialistische rechtspraakvoorziening, dan was het vaak dat de betreffende rechters niet voldoende kennis of geen realistisch beeld hebben van hoe het er in hun branche of markt of, meer algemeen, in het bedrijfsleven aan toegaat. Met betrekking tot de IE-kamer viel er volgens enkele respondenten ook op het punt van kennis van techniek nog wel iets te wensen.

Advocaten en ook rechters vonden juridische expertise belangrijker. Zij merkten vaak op dat het voldoende is dat rechters affiniteit met technische of economische vraagstukken hebben, en bereid zijn zich erin te verdiepen. De advocaten die aan de expertmeeting over de IE-kamer deelnamen, zagen de wens naar meer technische kennis dan ook als typisch voor technici uit het bedrijfsleven, die het

²⁹⁵ Willems 2001; Hol & Loth 2002.

²⁹⁶ Hol & Loth 2002.

belang van kennis van het IE-recht onderschatten. In minder uitgesproken vorm kwamen we dit verschil in antwoorden tussen bedrijven en advocaten ook bij de andere voorzieningen in het onderzoek tegen. Een specialistisch gerecht kan er op verschillende manieren voor zorgen dat zijn rechters over de vereiste deskundigheid beschikken. Het kan bij de werving van rechters selecteren op reeds bestaande specialistische kennis en ervaring of het kan rechters na hun benoeming in de gelegenheid stellen om de vereiste kennis en ervaring op te bouwen. Ook op dit punt verschilden de voorkeuren van respondenten uit het bedrijfsleven enigszins van die van advocaten en ook rechters. Veel respondenten bij ondernemingen vonden het gewenst dat er rechters worden geworven met een achtergrond in een andere discipline dan het recht (engineering, economie) en/of een achtergrond in het bedrijfsleven. Advocaten en rechters waren van mening dat het niet nodig is dat rechters bij hun benoeming al over specialistische kennis en ervaring beschikken, maar dat het vooral van belang is dat ze voldoende zaken te behandelen krijgen om die kennis en ervaring op te bouwen.

9.5.2 Beoordeling aanwezigheid deskundigheid

Over het geheel genomen waren zowel de respondenten van de interviews als de deelnemers aan de expertmeetings tevreden over de bij de vijf voorzieningen aanwezige deskundigheid. Tijdens de expertmeetings werden

geen duidelijke hiaten in kennis of deskundigheid vastgesteld. Wel werden enkele suggesties gedaan om de (materie)deskundigheid te bevorderen. Het meest genoemd werden het afleggen van werkbezoeken aan relevante bedrijven of instanties en het volgen van cursussen.

9.5.3 Inschakeling deskundigen

In specialistische deskundigheid kan ook worden voorzien door het inschakelen van deskundige rechter-plaatsvervangers of het benoemen van externe deskundigen. Bij de Ondernemingskamer is sprake van een bijzondere vorm van inschakeling van deskundigen doordat deskundigen uit de praktijk als raden in de kamer zijn opgenomen. De kamer houdt zitting met telkens de voorzitter, twee raadsheren en twee raden die geen lid zijn van de rechterlijke macht. Verder benoemt de Ondernemingskamer als die een enquête gelast een of meerdere onderzoekers.

Alle vijf de voorzieningen hebben de mogelijkheid om externe deskundigen te benoemen, maar in de praktijk gebeurt dit zelden of nooit. Sommige respondenten bij bedrijven vonden dat er vaker deskundigen zouden kunnen worden benoemd. Met name in de interviews over de IE-kamer en een enkele keer ook in die over de twee economisch-bestuursrechtelijke instanties werd deze suggestie gedaan. In de expertmeetings werd deze suggestie niet altijd omarmd. De kleine kring waaruit kan worden gerekruteerd werd als bezwaar gezien;

het zou lastig zijn om onafhankelijke deskundigen te vinden. Bovendien zagen met name advocaten als gevaar dat de beslissing niet meer door de rechter maar door de deskundige wordt genomen. De expertmeeting over het mededingingsteam oordeelde wat positiever – in bepaalde gevallen zou het nuttig kunnen zijn om economen als deskundigen in te schakelen –, maar ook deze experts vonden het nog beter als een of twee vaste rechters extra opgeleid zouden worden voor bijvoorbeeld concentratiezaken. Ook in het (vaker) inschakelen van deskundige rechter-plaatsvervangers zagen de respondenten en vooral de experts niet altijd heil. Opnieuw was het voornaamste bezwaar de kleine kring waaruit zou kunnen worden gerekruteerd.

Wat betreft de door de Ondernemingskamer aangestelde onderzoekers werden zowel in de interviews als de expertmeeting kanttekeningen geplaatst bij de keuze van de onderzoekers (te zeer een *old boys network*) en de aansturing van de onderzoekers door de Ondernemingskamer. Meer transparantie en overleg werd wenselijk geacht, waarbij men verwees naar de wijze waarop de benoeming en aansturing van externe deskundigen geregeld is.

De toegevoegde waarde van lekenrechters werd in dit onderzoek vooral ook door de Ondernemingskamer zelf benadrukt.²⁹⁷ De respondenten bij bedrijven en advocaten vonden de deelname van raden aan de Ondernemingskamer zeker in enquêtezaken wel nuttig, maar merkten soms op dat de inbreng van de raden zich kennelijk achter de schermen voltrekt en

op zitting weinig zichtbaar is. Met betrekking tot medezeggenschapsprocedures waren er wat meer twijfels over de toegevoegde waarde van de raden en werd in de expertmeeting geconstateerd dat het als gevolg van *conflicts of interest* niet altijd lukt om raden met ondernemingservaring in te zetten.

Overigens heeft ook het CBb ervaring met lekenrechters. Tot medio 1986 oordeelde het CBb met vijf leden, van wie twee bijzondere leden die werden benoemd op voordracht van de lichamen waarvan het CBb de besluiten moest beoordelen. Door geen van de respondenten of experts werd hiernaar verwezen als iets wat men terug zou willen. Waarschijnlijk waren de meesten er ook niet van op de hoogte. In de expertmeeting over het mededingingsteam is stilgestaan bij de vraag of het wenselijk zou zijn om bij de afdoening van bepaalde zaken een econoom of accountant als bijzitter in de kamer op te nemen. De conclusie was, opnieuw, dat het te verkiezen is dat de rechters zelf over een bepaalde basiskennis beschikken. Ook de expertmeeting over de IE-kamer zag geen heil in de eventuele inschakeling van lekenrechters met een technische achtergrond.

Volgens diverse experts – en sommige respondenten deden dezelfde suggestie – zouden wel vaker deskundigen van partijen op de zitting kunnen worden ondervraagd als getuigen. Daar zou dan ook extra tijd voor moeten worden uitgetrokken. Deze suggestie werd zowel met betrekking tot het CBb als de IE-kamer gedaan. Met betrekking tot de beide

²⁹⁷ Zie ook Willems 2001.

economisch-bestuursrechtelijke voorzieningen werd verder de suggestie gedaan om een econoom in het ondersteunend personeel op te nemen. Om dit mogelijk te maken zou echter ook iets aan de status en beloning van de ondersteunende medewerkers moeten worden gedaan.

9.6 Wensen en suggesties met betrekking tot verdere concentratie of juist deconcentratie

Respondenten en experts waren over het algemeen tevreden over de bestaande situatie. Er waren wel wat wensen en suggesties met betrekking tot het uitbreiden van de exclusieve competenties van enkele van de bestaande specialistische voorzieningen. Voor IE-zaken werd daarnaast het creëren van een tweede specialistische kamer wenselijk geacht. Voor zover respondenten of experts het wenselijk vonden om meer zaken dan nu het geval is wettelijk te concentreren, spraken ze veelal een voorkeur uit voor concentratie bij de bestaande gespecialiseerde voorzieningen. Zo werd tijdens de expertmeeting over het mededingingsteam de suggestie gedaan om alle zaken die betrekking hebben op handelingen van de NMa bij de rechtbank Rotterdam te concentreren, met als belangrijkste argumenten de hier reeds opgebouwde ervaring en synergievoordelen. Ook met betrekking tot IE-zaken werd het wenselijk gevonden om meer zaken (alle IE-zaken met uitzondering van handelsnaam-

zaken) te concentreren. Hier gaven de verzamelde experts echter de voorkeur aan een tweede specialistische IE-kamer elders in het land – boven het uitbreiden van de exclusieve competenties van de IE-kamer in Den Haag – met als belangrijkste argument dat het risico dat rechters met een exclusieve competentie te veel een eigen koers gaan varen zo zou kunnen worden beperkt. Aan de bestaande exclusieve bevoegdheid van de Haagse IE-kamer in octrooizaken wilde men echter niet tornen.²⁹⁸ Een implicatie van een tweede IE-kamer elders in het land zou overigens zijn dat appellen ook over twee hoven verdeeld zouden worden.

Met betrekking tot de optimale graad van concentratie van OK-zaken verschilden de meningen. De respondenten van de interviews waren deels van mening dat een tweede Ondernemingskamer elders in het land een oplossing zou kunnen bieden voor zowel het probleem van oplopende doorlooptijden als dat van de (te) kleine kring van advocaten en rechters die deze zaken nu behandelen. Andere respondenten en ook de advocaten die deelnamen aan de expertmeeting meenden dat beter kan worden vastgehouden aan één Ondernemingskamer, met als belangrijkste argumenten dat partijen toch de voorkeur zouden geven aan de kamer in Amsterdam en de onwenselijkheid van uiteenlopende uitspraken.

De deelnemers aan de expertmeeting over de natte kamer zagen wel iets in verbreding van het takenpakket van deze voorziening; de

²⁹⁸ Zie par. 6.1.

kamer zou volgens sommigen het hele gebied van vervoer-verzekering-handel moeten bestrijken. Over de afbakening van een dergelijke vervoerkamer bestond echter verschil van mening. Wel was men het erover eens dat het wenselijk is meer 'massa' te creëren om de toekomst van dit specialisme bij de rechtbank veilig te stellen. Wettelijke concentratie vonden de meeste deelnemers echter niet nodig. Men zag meer in het vergroten van de bekendheid van dit specialisme van de rechtbank Rotterdam.

Vooraf voor de bij rechtbanken ondergebrachte voorzieningen geldt dat het kleine aantal rechters in combinatie met een relatief hoog verloop de gespecialiseerde voorzieningen kwetsbaar maakt. Specialistische kennis kan snel verdwijnen. In de betreffende expertmeetings werd ervoor gepleit om gespecialiseerde rechters niet of pas na een langere periode te laten rouleren.

Suggesties voor nieuwe voorzieningen hebben we niet of nauwelijks kunnen optekenen. Dit is niet verrassend gezien het feit dat de respondenten en experts die deelnamen aan dit onderzoek op hun eigen terrein al 'bediend' worden. Bovendien waren de meesten dusdanig gespecialiseerd dat ze weinig zicht hadden op de behoeften op andere terreinen. Het is dan ook niet uitgesloten dat er op andere dan de door dit onderzoek bestreken terreinen behoefte aan nieuwe gespecialiseerde voorzieningen bestaat.

9.7 Conclusies

Respondenten en experts plaatsen nauwelijks vraagtekens bij nut en noodzaak van specialisatie en concentratie. Nadelen als een zekere neiging tot 'eigenwijsheid' of een kleine kring van specialisten die elkaar frequent treffen, vinden gebruikers en deskundigen niet opwegen tegen de voordelen van consistentie en een grotere rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Wel ziet men het als een punt van zorg dat een voorziening als geheel of een subspecialisme daarbinnen vaak op slechts een paar ervaren rechters draait. Vooral de bij rechtbanken ondergebrachte voorzieningen zijn kwetsbaar voor verloop. Voor een goede geschilafdoening zijn volgens de meeste respondenten en experts zowel juridische kennis als materiedeskundigheid (een zekere kennis van andere disciplines en kennis van de branche of markt) van belang. Juist met het oog op de vereiste combinatie van juridische en andere deskundigheid wordt rechterlijke specialisatie noodzakelijk gevonden. In specialistische deskundigheid kan ook op andere wijzen worden voorzien: bijvoorbeeld door het inschakelen van deskundige rechterplaatsvervangers, het benoemen van externe deskundigen, het inzetten van lekenrechters en het werven van deskundige ondersteuners. In de expertmeetings bleek men het over het algemeen toch verkieslijker te vinden dat de rechters zelf over de vereiste kennis beschikken.

Kwaliteit van de specialistische rechtspraakvoorzieningen

Tetty Havinga

10.1 Inleiding

Een van de centrale vragen van dit onderzoek is hoe grote bedrijven (bedrijfsjuridische afdelingen) en deskundigen (advocaten, rechters en academici) oordelen over de specialistische rechterlijke voorzieningen, mede in verhouding tot de buitengerechtelijke en buitenlandse voorzieningen. Wat verstaan zij onder kwalitatief goede rechtspraak in de zaken die aan de specialistische voorziening zijn opgedragen? En voldoet de specialistische rechterlijke voorziening daaraan? In de hoofdstukken per voorziening is aandacht besteed aan opvattingen van respondenten over kwaliteit van rechtspraak op het betreffende terrein. In dit hoofdstuk worden de bevindingen van de vijf deelonderzoeken met elkaar vergeleken.

10.2 Kwaliteit van rechtspraak

10.2.1 Discussie en initiatieven

Nadat er een periode binnen de rechterlijke organisatie veel aandacht is besteed aan de vlotte afhandeling van bepaalde aantallen zaken, ontstond in de praktijk de vrees dat de nadruk op kwantitatieve doelstellingen afbreuk doet aan de kwaliteit. Langbroek²⁹⁹ schrijft: 'Het lijkt erop dat op de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van het rechterswerk is bekibbeld ten gunste van productiviteitsvergroting.' De Raad voor de rechtspraak heeft in

2006 normen ontwikkeld voor de kwaliteit van het rechtspreken en het kwaliteitssysteem RechtspraakQ opgezet.³⁰⁰ Ook in het kader van de evaluatie van de rechterlijke organisatie is aandacht besteed aan de kwaliteit.³⁰¹ De Raad voor de rechtspraak concludeert in de *Hoofdlijnennotitie Kwaliteit 2008-2011* dat kwaliteit een zwaarder accent moet krijgen om de balans tussen kwaliteit en kwantiteit te herstellen.

De afgelopen jaren is er meer in het algemeen veel aandacht besteed aan de kwaliteit van de rechtspraak. Een aantal geruchtmakende strafzaken (zoals de Schiedammer parkmoord) waarin sprake is of zou zijn van gerechtelijke dwaling vormt een andere aanleiding om aandacht te besteden aan de kwaliteit van de rechtspraak. De Hoge Raad heeft kwaliteit van rechtspraak als centraal thema gekozen voor het verslag over 2007 en 2008.³⁰² Corstens en Fokkens bepleiten daarin een verantwoorde selectie van zaken die werkelijk de aandacht van de Hoge Raad verdienen om zo het gezag van de Hoge Raad te versterken en de kwaliteit van de rechtspraak te bevorderen. Ook binnen Europa en internationaal zijn initiatieven ontplooid ter verbetering van de kwaliteit van de rechtspleging, bijvoorbeeld door de Raad voor Europa en het Europese netwerk van Raden voor de rechtspraak.³⁰³

10.2.2 Wat is kwaliteit van de rechtspraak?

Volgens Van der Kam is niet duidelijk wat onder kwaliteit van rechtspleging moet worden

²⁹⁹ Langbroek 2006, p. 141.

³⁰⁰ Raad voor de rechtspraak 2006b, p. 42-45; Veenbergen 2006; Zuurmond c.s. 2006.

³⁰¹ Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie 2006.

³⁰² Hoge Raad der Nederlanden 2009.

³⁰³ Albers 2009; Barendrecht 2009; Langbroek 2009; ENCJ Working Group on Quality Management 2008, 2009.

verstaan. Juristen denken bij kwaliteit van rechtspraak doorgaans vooral aan de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van rechterlijke uitspraken.³⁰⁴ Het gaat hier om de vraag of dictum en motivering voldoen aan de eisen die recht en vakmanschap daaraan stellen.³⁰⁵ Bepaalde juridische kwaliteitsnormen zijn vastgelegd in wetten en verdragen zoals het EVRM.³⁰⁶ Deze vorm van kwaliteit wordt bewaakt door traditionele manieren van verantwoording binnen de rechtspraak (hoger beroep en cassatie). De meeste auteurs gebruiken een ruimer begrip kwaliteit van de rechtspraak. Dit ruimere kwaliteitsbegrip omvat, naast de kwaliteit van rechterlijke uitspraken en procedurele waarborgen, de tevredenheid van klanten, vertrouwen in de rechtspraak, een efficiënte organisatie, toegankelijke rechtspraak, professionele rechters, klachtafhandeling, kwaliteit van de dienstverlening en evaluatiemechanismen. Sommigen definiëren kwaliteit als het voldoen aan bepaalde normen of criteria,³⁰⁷ anderen definiëren kwaliteit als het tevredenstellen van de verwachtingen van gebruikers en andere betrokkenen.³⁰⁸ Verwachtingen van rechtspraak verschillen naargelang de tijd en de persoon en ook de normen of criteria die kwaliteit bepalen zijn afhankelijk van het perspectief.³⁰⁹ Barendrecht stelt dat gewenste

resultaten van rechtspleging geobjectiveerd kunnen worden door criteria te hanteren die partijen en andere betrokkenen volgens empirisch onderzoek aanleggen als zij rechtspraak waarderen.³¹⁰ Dit onderzoek zou hieraan een bijdrage kunnen leveren, doordat vanuit het perspectief van grote bedrijven en hun advocaten wordt gekeken naar de kwaliteit van specialistische rechtspraakvoorzieningen.

Het lijkt zinvol om onderscheid te maken tussen verschillende niveaus. Gaat het om de kwaliteit van de behandeling van zaken, om de kwaliteit van een bepaalde gerechtelijke voorziening of om de kwaliteit van de rechterlijke macht in Nederland?³¹¹ De kwaliteit van de rechterlijke macht in Nederland valt buiten het bereik van dit onderzoek. Wel wordt aandacht besteed aan de kwaliteit van behandeling op zaaksniveau en aan de kwaliteit van de onderzochte specialistische voorzieningen. In dit hoofdstuk ligt het accent op het niveau van de voorzieningen.

10.2.3 Onderzoeken van kwaliteit

In ons onderzoek hebben we het oordeel van grote bedrijven en deskundigen over de specialistische rechtspraakvoorzieningen onder-

304 Van der Kam 2001, p. 7.

305 Van Delden c.s. 2007; vergelijk Albers 2009, p. 54.

306 Van der Kam 2001, m.nt. p. 81 e.v.; Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie 2006.

307 Bijvoorbeeld Raad voor de rechtspraak 2008a; Van der Kam 2001.

308 Bijvoorbeeld ENCJ Working Group 2008, p. 6.

309 Buruma 2009; Van der Kam 2001, p. 7.

310 Barendrecht 2009, p. 16.

311 Vergelijk Ten Berge 1998. Ten Berge onderscheidt nog een vierde niveau, dat van de politiek (die voorwaarden moet stellen wat betreft organisatie, bevoegdheden en middelen). Albers (2009) maakt onderscheid tussen kwaliteit van de rechtspleging op nationaal niveau, op het niveau van een rechtbank, en op het niveau van een individuele rechter.

zocht aan de hand van drie opeenvolgende vragen. Allereerst hebben we een open vraag gesteld over wat voor de betrokkene kwalitatief goede rechtspraak is in de onderzochte soort specialistische geschillen. Op deze wijze kunnen we nagaan welke normen of criteria ondernemingen en deskundigen zelf formuleren met betrekking tot een gerechtelijke voorziening.

Vervolgens is aan de respondenten een aantal criteria voorgelegd die door onder andere de Raad voor de rechtspraak als kwaliteitseisen voor rechtspraak zijn geformuleerd. De Raad voor de rechtspraak onderscheidt vier dimensies van de kwaliteit van rechtspreken, namelijk de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de behandeling en van de uitspraak, onpartijdigheid en integriteit van de rechters, de bejegening van partijen ter zitting en de doorlooptijden van de behandelde zaken.³¹² Respondenten is gevraagd of en hoe belangrijk zij deze dimensies vinden voor de kwaliteit van rechtspraak.

Ten slotte is de vraag gesteld of de onderzochte rechtspraakvoorziening aan de gestelde eisen voldoet. In hoeverre zijn de bedrijven en deskundigen tevreden met de specialistische voorziening, welke knelpunten ervaren zij en welke verbeteringen achten zij gewenst? Tevens is nagegaan in hoeverre de onderneming/respondent ervaring heeft met buitengerechtelijke voorzieningen, gerechtelijke voorzieningen in het buitenland en reguliere gerechtelijke voorzieningen in Nederland en hoe deze ervaringen zich

verhouden tot de ervaringen met de specialistische Nederlandse gerechtelijke voorziening.

10.3 Wat verstaan bedrijven onder goede specialistische rechtspraak?

In de interviews hebben we een open vraag gesteld: wat betekent voor u rechtspraak van goede kwaliteit? In antwoord op deze vraag worden verschillende maatstaven genoemd. Met accentverschillen komt het over het algemeen hierop neer: bedrijven willen een duidelijke, goed gemotiveerde uitspraak, uitgesproken door rechters die blijk geven van kennis van zaken. Justitiabelen willen kunnen begrijpen hoe de rechter tot de uitspraak is gekomen. Respondenten waarderen rechters die goed voorbereid op de zitting verschijnen en daar blijk van geven door het stellen van gerichte vragen. In hun omschrijving van kwalitatief goede rechtspraak spreken sommige respondenten over een rechtvaardige of faire beslissing.

Er is sprake van een behoorlijke mate van consensus over de vraag wat kwalitatief goede rechtspraak inhoudt. Er zijn geen opvallende verschillen tussen de vijf instanties. Evenmin wijken de meningen van advocaten of andere respondenten op het punt van kwaliteit af van die van respondenten uit het bedrijfsleven. Wel zijn er wat accentverschillen. Een aantal respondenten vindt het essentieel dat de rechter binnen afzienbare termijn tot een beslissing komt. Respondenten uit de telecom- en andere gereguleerde sectoren benadrukken

³¹² Raad voor de rechtspraak 2006a.

sterk het belang van duidelijkheid en consistentie van de uitspraken, zodat deze richtinggevend kunnen zijn voor de toekomst. Een rechterlijke uitspraak die onvoldoende richting geeft aan toekomstige besluiten van het bestuursorgaan en de regels en voorwaarden waar bedrijven zich aan dienen te houden, is in de ogen van bedrijven, advocaten, bestuursorganen en andere belanghebbenden geen goede uitspraak. Voor bijvoorbeeld voorlopige voorzieningen, verzocht in het kader van een enquêteprocedure, alsmede WOR-zaken, wordt duidelijkheid en consistentie eveneens van belang geacht, maar speelt de doorlooptijd een grote en volgens enkelen zelfs grotere rol.

Opgemerkt kan worden dat naar de mening van grote bedrijven en hun advocaten de kwaliteit van rechtspraak in hoofdzaak wordt gevormd door de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de rechterlijke uitspraak; dit komt redelijk overeen met de klassieke beperkte opvatting van kwaliteit van rechtspraak.

10.4 Vier dimensies van kwaliteit

De Raad voor de rechtspraak onderscheidt vier dimensies van de kwaliteit van rechtspreken, namelijk de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de behandeling en van de uitspraak, onpartijdigheid en integriteit van de rechters, de bejegening van procespartijen ter zitting en de doorlooptijden van de behandelde zaken.³¹³ We hebben de respondenten en de deelnemers aan de expertmeeting gevraagd

van deze vier kenmerken aan te geven hoe belangrijk zij die vinden voor de kwaliteit van de rechtspraak van de betreffende voorziening en in hoeverre deze kwaliteit bij deze voorziening aanwezig is. We hebben de kenmerken van kwaliteit voorgelegd in de volgende volgorde: 1. de bejegening van procespartijen ter zitting, 2. onpartijdigheid van rechters, 3. de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de behandeling en van de uitspraak, 4. de doorlooptijden van de behandelde zaken.³¹⁴

De antwoorden van verschillende respondenten op deze vraag vertonen een opmerkelijke overeenkomst. De onpartijdigheid en integriteit van de rechters wordt door bijna alle respondenten als een vanzelfsprekendheid beschouwd (en daarom niet als belangrijkste genoemd) of als het belangrijkste genoemd. De juridisch-inhoudelijke kwaliteit wordt vervolgens door de meeste respondenten vanuit het belangrijkste kenmerk van kwalitatief goede rechtspraak gevonden. Daarbij denken respondenten vooral aan een goed gemotiveerde uitspraak waarin op alle argumenten wordt ingegaan en waarin de knoop over het materiële geschil wordt doorgehakt. De meningen zijn verdeeld over hoe belangrijk doorlooptijden en de bejegening van procespartijen zijn voor de kwaliteit van de rechtspraak. De bejegening van procespartijen en de doorlooptijden zijn voor respondenten met ervaring met de IE-kamer of het economische bestuursrecht minder belangrijk voor de kwaliteit van de rechtspraak. Respondenten met ervaring met de natte kamer en de

³¹³ Raad voor de rechtspraak 2006a.

³¹⁴ Wij verwachtten dat deze volgorde niet overeen zou komen met de volgorde van belangrijkheid van de kenmerken in de ogen van de respondenten.

Ondernemingskamer noemen een vlotte doorlooptijd als zeer belangrijk.

10.5 Respondenten over de kwaliteit van de vijf voorzieningen

10.5.1 Algemeen oordeel

De meeste respondenten in dit onderzoek zijn over het algemeen goed te spreken over de kwaliteit van de voorziening voor specialistische rechtspraak waarmee zij ervaring hebben. Dit geldt voor alle vijf de voorzieningen die in dit onderzoek zijn betrokken. Zoals gezegd is de juridische inhoudelijke kwaliteit het belangrijkste criterium voor de meeste bedrijfsjuristen, advocaten en andere betrokkenen. De respondenten zijn van mening dat de rechters over het algemeen blijken te geven van goede kennis van zaken en dat de uitspraken van de vijf bestudeerde instanties van goede kwaliteit zijn. Respondenten die slechts een of enkele keren met de instantie te maken hebben gehad, baseren hun oordeel op die enkele ervaringen; zij oordelen vaker neutraal of negatief dan de repeat players onder de respondenten. Een one-shotter die de juridische procedure heeft 'verloren' is geneigd tot een negatiever oordeel over de kwaliteit. Repeat players hebben zowel zaken verloren als gewonnen en hebben over het algemeen een positief oordeel over de kwaliteit van de rechters en de uitspraken. Uit de interviews blijkt dat voor een positief oordeel van belang is dat de rechterlijke uitspraak goed gemoti-

veerd is en een oplossing biedt voor het materiële geschil. Op beide punten vinden sommige respondenten dat het in een aantal gevallen beter kan.

Weergave van de feiten

Op basis van interviews met personen van wie het conflict uiteindelijk door de Hoge Raad is berecht, constateerde Bruinsma dat het regelmatig voorkomt dat de Hoge Raad uitgaat van een onvolledige of onjuiste weergave van de feiten van het geschil.³¹⁵ In alle verhalen die respondenten in dit onderzoek hebben verteld over hun juridische procedures is van een dergelijk verschil tussen de partijwaarheid en de proceswaarheid vrijwel nooit sprake. Uitzondering hierop vormen respondenten die te maken hebben gehad met de Ondernemingskamer; zij hebben kritiek op de feitenvaststelling door onderzoekers in enquêtezaken en op het automatisch overnemen hiervan door de Ondernemingskamer bij de beoordeling van wanbeleid.

Andere respondenten hebben soms wel kritiek op de uitspraak van de specialistische rechter, maar deze richt zich niet op de weergave van de feiten en standpunten van partijen. Uiteraard is ook in de door ons bestudeerde geschillen sprake van een herdefinitie van het geschil in juridische termen. De door ons geïnterviewde bedrijfsjuristen zijn echter specialisten die niet alleen dit proces doorzien, maar bovendien zelf actief betrokken zijn bij het opstellen van de processtukken en de formulering van het geschil in juridische termen.

³¹⁵ Bruinsma 1999, p. 148.

Enkele respondenten zijn van oordeel dat de rechters soms onvoldoende lijken te beseffen welke consequenties een zaak heeft voor de praktijk. Maar ook op dit punt is het oordeel over het algemeen positief.

10.5.2 Onpartijdigheid van de rechter

Een onpartijdige, neutrale en niet vooringenomen rechter wordt door respondenten als voorwaarde gezien voor goede rechtspraak en voor vertrouwen in de rechtspraak. De respondenten beschouwen de onpartijdigheid en neutraliteit van rechters in Nederland echter als zo vanzelfsprekend dat velen van hen het niet nodig vonden dit punt te noemen.

Bij de gespecialiseerde economische bestuursrechters is er volgens de respondenten buiten de rechtszaal geen of vrijwel geen contact tussen gespecialiseerde advocaten en bedrijfsjuristen enerzijds en de rechters anderzijds. De bestuursrechters van het CBb en van de rechtbank Rotterdam streven er zelf ook naar zich afzijdig te houden en afstand te bewaren om de schijn van partijdigheid te vermijden. Enkele rechters van de natte kamer en van de IE-kamer ontmoeten op het vakgebied gespecialiseerde bedrijfsjuristen en advocaten bijvoorbeeld tijdens een jaarlijkse studiedag. Respondenten zien hierin echter geen aantasting van de neutraliteit van deze rechters. Veel respondenten met ervaring bij de Ondernemingskamer wijzen op het kleine kringetje Amsterdamse advocaten en rechters rond de OK. Zij vragen aandacht voor en plaatsen kriti-

sche kanttekeningen bij de naar hun oordeel weinig terughoudende opstelling van de voorzitter van de Ondernemingskamer in de media en in het contact met een selecte groep gespecialiseerde advocaten dat bij de Ondernemingskamer procedeert. In het algemeen hadden respondenten echter niet de indruk dat de Ondernemingskamer of zijn voorzitter niet onpartijdig was, maar men vreesde dat dit beeld wel zou kunnen ontstaan. De deelnemers aan de expertmeeting over de Ondernemingskamer onderschreven deze kritische opmerkingen in het algemeen niet; het betrof echter vooral advocaten van kantoren aan de Zuidas in Amsterdam die zelf tot het kleine kringetje specialisten behoren.

Ondanks de voor respondenten vanzelfsprekende onpartijdigheid van rechters, worden in de interviews wel enkele kritische kanttekeningen geplaatst. Zo vinden sommige bedrijven en advocaten dat de gespecialiseerde economische bestuursrechter (Rotterdam of CBb) te veel begrip heeft voor het bestuursorgaan. Bestuursorganen en voormalige monopolisten vinden echter dat de rechter bij sectorspecifieke regulering de neiging heeft de nieuwkomers als zwakke partij te bevoordelen. Ook enkele respondenten met ervaring bij de IE-kamer maken melding van een zekere beschermende houding van de rechters ten opzichte van de vermeend zwakkere partij. Dit wordt overigens ook geaccepteerd ('daar is natuurlijk niks mis mee'). Respondenten vinden de IE-kamer niet vooringenomen ten gunste of ten koste van de octrooihouder.

10.5.3 Juridisch-inhoudelijke kwaliteit

Respondenten vinden vooral de uitspraak maatgevend voor de kwaliteit van de rechtspraak. Een goede uitspraak betekent voor respondenten een uitspraak waarin op alle aangevoerde argumenten wordt ingegaan, waarin de beslissing uitgebreid wordt gemotiveerd en de redenering die de rechter gevolgd heeft duidelijk wordt. Natuurlijk wil elke partij graag gelijk krijgen van de rechter, maar verschillende respondenten geven aan vrede te kunnen hebben met een uitspraak waarin men geen gelijk krijgt wanneer maar serieus en overtuigend op de door hen aangevoerde argumenten wordt ingegaan. Echter, respondenten die slechts incidenteel te maken hebben gehad met de specialistische rechterlijke instantie en hun zaak verloren hebben, vinden de uitspraak relatief vaak onvoldoende gemotiveerd en geven aan dat hun rechtsgevoel niet bevredigd is.

‘Tijdens de zitting maakte het een heel deskundige indruk op mij, maar de uitspraak op zich die heeft me echt verbaasd. Want ik dacht: hier hebben we echt een zaak; dit gaan we winnen. Omdat dit echt een vrij flagrante overtreding was van de regelgeving.’

Ook een aantal bedrijfsjuristen en advocaten die als repeat player zijn te beschouwen, is van mening dat de motivering van uitspraken voor verbetering vatbaar is; dit betreft uitspraken van het CBb, de mededingingskamer, de

IE-kamer en de natte kamer. Over uitspraken in economisch-bestuursrechtelijke en in IE-zaken werd gezegd dat de motivering soms te oppervlakkig is of dat niet op alle aangevoerde beroepsgronden wordt ingegaan. Sommige respondenten vonden bestuursrechtelijke uitspraken soms te formalistisch, te veel bestuursrechtelijk en te weinig economisch. Een ander element dat van belang is voor de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de uitspraken is dat respondenten van een beroep op de rechter verwachten dat het materiële geschil wordt opgelost. Dit leidt soms tot teleurstelling, bijvoorbeeld wanneer de rechter tracht partijen aan te zetten tot een schikking of mediationtraject, wanneer een claim of beroep op formele gronden wordt afgewezen of wanneer de uitspraak in de praktijk onvoldoende duidelijkheid biedt voor de toekomst. Andere respondenten zijn van oordeel dat de rechters er blijk van geven goed te begrijpen welke effecten hun uitspraak zal hebben voor de bedrijven. De Ondernemingskamer en het CBb functioneren (in sommige gevallen) als enige feitelijke instantie. Dit roept de vraag op in hoeverre respondenten van mening zijn dat vanuit een oogpunt van de kwaliteit van de rechtspraak behoefte bestaat aan de mogelijkheid een beroep te doen op een tweede feitelijke instantie. Hoewel de respondenten zich bewust zijn van de kwetsbaarheid van een systeem waarin de rechterlijke toetsing is opgedragen aan slechts één feitelijke instantie, zijn de meesten van mening dat dit te verkiezen is

boven een aanzienlijke langere procedure bij twee instanties. Uiteraard is in deze situaties extra van belang dat deze ene feitelijke instantie deskundig en zorgvuldig te werk gaat.

10.5.4 Doorlooptijden

Gezien de vaak gehoorde kritiek op de lange doorlooptijden van de rechtspraak is het wellicht verbazingwekkend dat de doorlooptijden niet als belangrijkste component van kwaliteit van de rechtspraak naar voren komen. Weliswaar worden doorlooptijden door enkele respondenten als belangrijkste punt genoemd, voor de meeste geïnterviewde bedrijfsjuristen, advocaten en andere actoren zijn de doorlooptijden voor de kwaliteit van rechtspraak van ondergeschikt belang. De meesten prefereren uiteindelijk een goed gemotiveerde uitspraak boven een snelle uitspraak. Uitzondering hierop vormen enkele respondenten die een vlotte doorlooptijd van wezenlijk belang achten voor kwalitatief goede rechtspraak. Een respondent merkt zelfs op: 'Al heb je dan misschien een vonnis waar je niet tevreden mee bent, je hebt tenminste een snel vonnis.'

Vrijwel alle bedrijfsjuristen vinden het desalniettemin van groot belang dat juridische procedures niet te lang duren. Dit geldt eigenlijk alleen niet voor verzekeringsmaatschappijen bij de natte kamer die procederen vanwege de precedentwerking. Veel respondenten zijn ontevreden over de lange doorlooptijden. Dit geldt minder voor de IE-kamer. Sommige

respondenten zijn van oordeel dat de echt spoedeisende zaken door de Ondernemingskamer en het CBb wel snel worden afgehandeld. Maar dit gaat volgens hen dan wel ten koste van de snelheid waarmee andere, minder prioriteit genietende zaken, worden afgehandeld. Wat betreft de Ondernemingskamer wordt door sommigen opgemerkt dat de prioriteit lijkt af te hangen van de publiciteitsgevoeligheid; dit zou volgens hen niet het (enige) criterium mogen zijn.

Respondenten inzake de Ondernemingskamer vinden in het kader van voorlopige voorzieningen alsmede in WOR-zaken een vlotte behandeling en beslissing zeer belangrijk en wat betreft voorlopige voorzieningen soms zelfs belangrijker dan de motivering. Wat betreft het oordeel of er sprake is van wanbeleid ligt dit anders, dan wordt veel waarde gehecht aan een deugdelijke motivering.

Partijen ervaren het als erg vervelend en onacceptabel dat ze vaak zeer lang moeten wachten op de uitspraak van het CBb, de mededingingskamer, de natte kamer van de rechtbank Rotterdam of de Ondernemingskamer; deze komt soms pas maanden na de zitting. Diverse respondenten vinden duidelijkheid over het moment van beschikking echter nog belangrijker dan een uitspraak snel na de zitting.³¹⁶

10.5.5 Bejegening van procespartijen

Er zijn weinig respondenten die bejegening van procespartijen heel belangrijk vinden voor

316 Vergelijk aanbeveling 7.4 van de Commissie verbetervoorstellen bestuursrechtspraak (2007, p. 17-18) om slechts bij uitzondering gebruik te maken van verlenging van de uitspraaktermijn om recht te doen aan de behoefte bij partijen aan spoedige zekerheid.

de kwaliteit van de rechtspraak. Verschillende respondenten merken op dat de bejegening van procespartijen voor ondernemingen van minder belang is dan voor individuele burgers. Respondenten vinden het belangrijk dat partijen hun standpunt naar voren kunnen brengen en dat rechters zich in de zaak hebben verdiept. De respondenten zijn over het algemeen tevreden over de manier waarop de rechters tijdens de zitting opereren. De rechters geven blijk van dossierkennis en deskundigheid en partijen worden voldoende in de gelegenheid gesteld hun standpunt naar voren te brengen. Bij de participatie door de raden van de Ondernemingskamer aan de zitting worden daarentegen van diverse kanten kritische kanttekeningen geplaatst. Zij zouden te 'onzichtbaar' zijn.

Advocaten vinden het belangrijk dat overleg mogelijk is over de zittingsdag en dat flexibel wordt omgegaan met bijvoorbeeld het inbrengen van Engelstalige stukken. Enkele advocaten vinden het onplezierig dat de rechters bij de IE-kamer en het CBb in hun beleving soms onvriendelijk of onheus optreden tegen een advocaat. Ook bij de bejegening door de Ondernemingskamer zijn door sommige respondenten kritische kanttekeningen geplaatst.

10.6 Vergelijking met andere 'instanties'

Sommige respondenten met ervaring met de natte kamer en de IE-kamer kunnen een vergelijking maken met buitenlandse rechters

in dezelfde soort zaken. In beide gevallen valt dat oordeel positief uit. Zowel de natte kamer als de IE-kamer kunnen zich goed meten met buitenlandse rechters en worden gezien als behorend tot de beste rechters binnen Europa voor dit soort geschillen.

Respondenten met ervaring met de andere drie instanties (CBb, OK en mededingingsteam) hebben geen ervaring met vergelijkbare buitenlandse instanties. Voor zover bekend bestaan er voor deze instanties ook vrijwel geen vergelijkbare instanties buiten Nederland. Wat betreft de Ondernemingskamer wordt als enige min of meer vergelijkbare instantie het *Delaware Court of Chancery* genoemd, maar met deze instantie heeft geen van de respondenten ervaring.

We hebben de respondenten tevens gevraagd of ze de specialistische instantie konden vergelijken met andere gerechtelijke of buitengerechtelijke instanties. Voor zover respondenten hierop zijn ingegaan, komen de gespecialiseerde instanties er goed af. Ze komen in vergelijking met 'gewone' rechters tot een betere uitspraak en de rechters geven er blijk van te beschikken over meer kennis en deskundigheid. Er worden regelmatig onmiddellijke voorzieningen gevraagd bij de Ondernemingskamer in plaats van bij de gewone voorzieningenrechter vanwege de vlotte en adequate afhandeling van deze verzoeken door de OK en in het bijzonder ook de kennis van zaken van de Ondernemingskamer. Sommige respondenten roemen in dit verband ook het 'lef' van de Ondernemings-

kamer. Met name vanwege de kwaliteit van de rechtspraak vinden de meeste geïnterviewde bedrijven en deskundigen en deelnemers aan de expertmeetings gespecialiseerde rechtspraak van groot belang.

In een aantal interviews en tijdens enkele expertmeetings is een vergelijking gemaakt met de kwaliteit van de appelinstantie. Van een besluit van de natte kamer en de IE-kamer is hoger beroep mogelijk bij het hof Den Haag. Bedrijven en deskundigen die ervaring hebben met dit hoger beroep zijn zeer ontevreden over de zeer lange duur van deze procedure. Er worden kritische opmerkingen geplaatst bij de betrokkenheid en deskundigheid van de raadsheren die in hoger beroep oordelen over uitspraken van de IE-kamer. Bij hoger beroep in zaken van de natte kamer zijn bedrijven en deskundigen van mening dat de raadsheren van het hof Den Haag wel over voldoende deskundigheid beschikken om over de zaken te oordelen.

Van uitspraken van het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam is hoger beroep mogelijk bij het CBb. In interviews en tijdens de expertmeetings zijn vaak vergelijkingen gemaakt tussen de rechtbank Rotterdam en het CBb. Over het algemeen werd het CBb als iets deskundiger beoordeeld, met name zou het CBb meer inzicht hebben in de verhoudingen binnen de gereguleerde sector. Aan de andere kant vinden sommige respondenten en deelnemers tijdens de expertmeeting dat het CBb te 'eigenwijs' is en bij zaken in hoger beroep te weinig uitgaat van de uitspraak van

de rechtbank Rotterdam. In de vergelijking tussen het CBb en het mededingingsteam vinden sommigen het CBb kritischer ten opzichte van toezichthouders, anderen vinden juist de rechtbank Rotterdam kritischer. Ook op het punt van de snelheid, specifieke deskundigheid en bejegening tijdens de zitting valt de vergelijking bij de ene respondent anders uit dan bij de andere. Over het algemeen lijkt het CBb vooral beter te worden gewaardeerd dan de rechtbank Rotterdam door mensen uit de telecommunicatiesector.

10.7 Suggesties en aanbevelingen

In de interviews en expertmeetings zijn verschillende suggesties naar voren gekomen om de kwaliteit van de specialistische rechtspraakvoorzieningen te verbeteren. Deze hebben betrekking op de doorlooptijden, de inrichting van de procedure, de toegang tot voorzieningen, beslissing over het materiële geschil en informatie-uitwisseling met de balie.

10.7.1 Doorlooptijden

Uit dit onderzoek komen de doorlooptijden als een van de grote knelpunten naar voren. Over het algemeen is het voor bedrijven van groot belang dat een juridische procedure snel wordt afgehandeld. Bij vier van de vijf specialistische gerechtelijke voorzieningen zijn bedrijven en advocaten niet (altijd) tevreden over de doorlooptijden of bestaat hierover

althans bezorgdheid. Vooral bij de natte kamer zijn de problemen op dit punt groot. Alleen de IE-kamer lijkt erin te slagen om zaken tijdig genoeg af te handelen. Bij de Ondernemingskamer lopen de oordelen uiteen, maar bestaat er in elk geval bij veel respondenten zorg over de toekomst. Er is gesuggereerd dat een betere interne organisatie binnen de gerechten aan een vlottere doorstroom zou kunnen bijdragen. Hierbij werd bijvoorbeeld gedoeld op een goede werkplanning, zodat partijen vroegtijdig weten wanneer welke stukken ingediend moeten zijn en wanneer de zitting is, en rechters tijd hebben gereserveerd voor het schrijven van de uitspraak na de zitting. Een aantal respondenten met ervaring met de natte kamer heeft de indruk dat de lange doorlooptijden veroorzaakt worden door het te kleine aantal gespecialiseerde rechters. Zij bepleiten dan ook uitbreiding van het aantal rechters dat gespecialiseerd is in natte zaken. (Een andere reden voor uitbreiding van het aantal rechters bij de natte kamer is de continuïteit van de specifieke deskundigheid en ervaring.) Enkele respondenten opperen dat een tweede Ondernemingskamer de doorlooptijden zou kunnen bekorten. Andere respondenten als ook de deelnemers aan de expertmeeting zagen hierin evenwel geen oplossing. Van diverse zijden wordt ook hier aangedrongen op uitbreiding van de capaciteit van de huidige voorziening.

De telecombedrijven zijn erg tevreden met de verkorting van de procedureduur die is bereikt doordat sinds 2004 rechtstreeks beroep op het CBb mogelijk is (zonder eerst een bezwaarprocedure en beroep bij de rechtbank Rotterdam). De meeste bedrijven en advocaten vinden bezwaarprocedures bij OPTA en NMa in veel gevallen weinig zinvol. De bewaarprocedure bij het Ctgb werd echter door alle betrokkenen wel als zinvol ervaren.

10.7.2 Inrichting procedure

Advocaten zouden graag voor de zitting meer informatie hebben om de zitting zo efficiënt mogelijk te kunnen laten verlopen. Welke vragen hebben de rechters naar aanleiding van het dossier? Op welke punten hebben zij behoefte aan een nadere toelichting of technische informatie? Indien deze informatie vooraf beschikbaar is, kan het verweer daarop worden toegespitst en kan de advocaat zich laten vergezellen door die personen die de technische vragen kunnen beantwoorden. Door enkele respondenten is naar voren gebracht dat het prettig zou zijn wanneer de mogelijkheid zou bestaan om tijdens de zitting gebruik te maken van een whiteboard of powerpointapparatuur, zodat ingewikkelde technische materie overzichtelijk kan worden gepresenteerd. Deze mogelijkheid bestaat nu alleen bij de IE-kamer. Bij de Ondernemingskamer werd op verschillende fronten een grotere transparantie wenselijk geacht ten aanzien van door de

Ondernemingskamer benoemde onderzoekers en bestuurders/commissarissen. Dit betrof in het bijzonder de kring waaruit wordt gerekruteerd, de werkwijze van de onderzoekers (behoefte aan uniformering) alsmede de (al dan niet vermeende) communicatie tussen onderzoekers en door de Ondernemingskamer aangestelde bestuurders en commissarissen.

10.7.3 Toegang tot voorzieningen

Beursgenoteerde ondernemingen ervaren de drempel voor het indienen van een enquête-verzoek bij de Ondernemingskamer als te laag. Ook werd opgemerkt dat te gemakkelijk door de Ondernemingskamer een onderzoek wordt gelast. Hoewel hiermee weliswaar niet wordt geoordeeld over de aanwezigheid van wanbeleid, wordt het ondernemingsbeleid wel in twijfel getrokken en wordt negatieve publieciteit gegenereerd. De mogelijkheid tot het verkrijgen van onmiddellijke voorzieningen bij de Ondernemingskamer wordt gewaardeerd, maar tegelijkertijd is opgemerkt dat de OK deze voorzieningen soms te gemakkelijk treft. Respondenten met ervaring met het CBb waren daarentegen juist van oordeel dat het CBb wel erg zware eisen stelt aan het spoedeisende karakter alvorens een voorlopige voorziening toe te kennen en bepleiten een gemakkelijker toegang.

10.7.4 Beslissen op materiële geschil

Bedrijven vinden het van het grootste belang dat de rechter beslist over het materiële geschil. Advocaten bepleiten dat de economisch bestuursrechter bij gehele of gedeeltelijke vernietiging van een bestuursbesluit duidelijke instructies geeft aan het bestuursorgaan of bijvoorbeeld gebruikmaakt van de bestuurlijke lus. Afdoening van een zaak op formele gronden kan over het algemeen op weinig waardering rekenen. Pogingen tot mediation of schikking worden door de meeste bedrijven en advocaten beschouwd als mosterd na de maaltijd, met als gevolg onnodig tijdverlies en verhoging van de kosten.

10.7.5 Informatie-uitwisseling balierechtspraak

Tijdens de expertmeetings bleek dat de gespecialiseerde advocaten het zeer plezierig vonden een platform te vinden waarop ze hun mening en suggesties naar voren konden brengen. Er werd geopperd dat het zinvol zou zijn om zo nu en dan overleg te hebben tussen de gerechtelijke instantie en de gespecialiseerde advocatuur (of andere repeat players zoals bestuursorganen) om wensen en ervaringen uit te wisselen.

Conclusie: specialisatie loont

Carla Klaassen, Tetty Havinga, Alex Jettinghoff
en Anita Böcker

11.1 Onderzoeksvragen

In opdracht van de Raad voor de rechtspraak is onderzoek verricht naar een vijftal specialistische Nederlandse voorzieningen voor de beslechting van 'complexe (internationale) geschillen van het bedrijfsleven':³¹⁷ de natte kamer van de rechtbank Rotterdam, de IE-kamer van de rechtbank Den Haag, de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (OK), het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB). De doelstelling van dit onderzoek was antwoord te verkrijgen op de vraag of deze voorzieningen, vanuit de invalshoek van de daarbij betrokken actoren, als adequaat zijn te beschouwen voor de beslechting van geschillen van grote ondernemingen en, zo niet, welke verbeteringen wenselijk worden geoordeeld. Daarnaast moet het onderzoek worden geplaatst in het kader van de bredere vraag of specialisatie loont alsmede of in dit verband concentratie wenselijk is (om specialisatie te bevorderen: specialisatie door concentratie).

Onder de betrokken actoren worden in dit verband verstaan grote ondernemingen en advocaten met ervaring met de betreffende voorziening alsmede academici, deskundig op het terrein waarover de voorziening oordeelt en de betrokkenen aan de zijde van de recht-

spraakvoorziening (voornamelijk rechters). De onderzoeksvragen die tegen de achtergrond van de geschetste doelstelling centraal hebben gestaan, zijn in drie clusters verdeeld en luiden – in aansluiting op de door de Raad voor de rechtspraak opgestelde Startnotitie – als volgt:

De rechtspraktijk van de voorzieningen

1. Hoe ziet de rechtspraktijk van de specialistische voorzieningen er uit wat betreft productie (aantallen zaken) en het aandeel van grote ondernemingen hierin?

De relatieve betekenis van de specialistische voorziening voor de oplossing van geschillen van grote ondernemingen

2. Wat is de omvang en de aard van de (complexe) geschillen waarmee de betrokken ondernemingen zijn geconfronteerd?
3. Welke routines of strategieën hebben grote ondernemingen op grond van welke overwegingen gekozen ter beslechting van de gerezen geschillen en tot welke resultaten heeft dit geleid?
4. Welke methoden hanteren grote ondernemingen om geschillen en gerechtelijke procedures te voorkomen?

De beoordeling en aanpassing van de voorzieningen

5. Worden specialisatie en concentratie ter zake van de geschillen waarover de voorziening oordeelt wenselijk geacht?

³¹⁷ Aldus de Startnotitie van 28 september 2007.

6. Wat is het oordeel van ondernemingen en deskundigen over het functioneren van de specialistische voorzieningen?
7. Hoe presteren de Nederlandse specialistische gerechtelijke voorzieningen voor de beslechting van geschillen van het bedrijfsleven in vergelijking met reguliere voorzieningen in Nederland, in vergelijking met vergelijkbare specialistische voorzieningen in het buitenland en in vergelijking met andere vormen van geschilbeslechting of -oplossing (ADR)?
8. Geven de oordelen van ondernemingen en deskundigen over de prestaties van de Nederlandse specialistische voorzieningen aanleiding tot wijzigingen en zo ja, in welke opzichten?

Alvorens op de onderzoeksvragen in te gaan, een enkele algemene opmerking vooraf. De aard van de onderzochte voorzieningen is in diverse opzichten zeer verschillend. Enerzijds gaat het om voorzieningen op civielrechtelijk terrein (immers de natte kamer, de IE-kamer en de OK), anderzijds om voorzieningen op bestuursrechtelijk terrein (het mededingingsteam en het CBb). In een enkel geval is er sprake van een organisatorisch zelfstandig gerecht (CBb), in andere gevallen is er sprake van een onderdeel van een rechterlijke instantie (rechtbank of gerechtshof), dat al dan niet een eigen (informele) organisatie kent. Zo gaat bijvoorbeeld de natte kamer 'op' in de rechtbank Rotterdam, terwijl de OK weliswaar een onderdeel vormt van het gerechtshof

Amsterdam, maar in belangrijke mate zijn eigen organisatie lijkt te hebben (waarvoor wellicht de huisvesting in een apart pand, tegenover 'de rest' van het gerechtshof, symbool staat). Daarnaast betreft het soms een bij wet ingestelde voorziening met wettelijk geregelde exclusieve bevoegdheden en is er om die reden sprake van een specialistische voorziening (zoals de OK en het CBb). In andere gevallen betreft het bij wet aan een rechtbank toegekende bijzondere competenties, die vervolgens door de rechtbank aan een bepaald team of een bepaalde kamer worden toebedeeld, zoals de IE-kamer en het mededingingsteam. De natte kamer ten slotte heeft slechts beperkte exclusieve bevoegdheden en kenmerkt zich door de feitelijke aanwezigheid van specialistische kennis. Zo zijn er nog wel meer verschillen aan te geven. De 'verbindende schakel' is niettemin het specialistische karakter van het gerechtelijk forum. De focus van dit onderzoek is gericht op geschillen van grote ondernemingen. Onder 'grote ondernemingen' worden in dit onderzoek verstaan bedrijven die voorkomen op de lijst van vijfhonderd grootste Nederlandse ondernemingen van *FEM Business* dan wel Nederlandse vestigingen van grote internationaal opererende ondernemingen (top 2000). De uitkomsten van dit onderzoek betreffen derhalve het functioneren van een vijftal voorzieningen in het kader van de beslechting van geschillen van grote ondernemingen, in het bijzonder bezien vanuit de grote ondernemingen zelf en de advocaten die grote onder-

nemingen bijstaan, alsmede vanuit de rechterlijke macht en de wetenschap. Van belang is dat zaken van grote ondernemingen bij alle vijf de voorzieningen slechts een beperkt deel van het totaal aantal behandelde zaken vormen. De uitkomsten van dit onderzoek kunnen niet (zonder meer) worden doorgetrokken naar andersoortige geschillen, zoals geschillen van kleine of middelgrote ondernemingen. Evenmin kunnen aan de uitkomsten van dit onderzoek (daarom) conclusies worden verbonden wat betreft het functioneren van de betreffende voorzieningen meer in het algemeen, noch wat betreft het functioneren van specialistische voorzieningen meer in het algemeen.

11.2 De rechtspraktijk van de voorzieningen

Een beschrijving van de rechtspraktijk van de vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen is bemoeilijkt doordat over de Ondernemingskamer geen databestand op zaaksniveau beschikbaar was en de data over de afgehandelde zaken bij de overige vier instanties ongelijksoortig zijn.³¹⁸

Bij de onderzochte rechtspraakvoorzieningen is slechts een gering aantal gespecialiseerde rechters werkzaam. Om een indruk te geven: op het peilmoment tijdens dit onderzoek zijn vier rechters bij de rechtbank Rotterdam gespecialiseerd in natte zaken, zijn vijf raadsheren verbonden aan de Ondernemingskamer (waarvan slechts één fulltime), houden zes rechters zich fulltime bezig met IE-zaken bij de

rechtbank Den Haag en zijn zeven rechters gespecialiseerd in mededingings- en telecomzaken bij de rechtbank Rotterdam (6%-25% van door hen behandelde zaken). Het CBb is met zeventien raadsheren en vijfentwintig plaatsvervaarders het omvangrijkst.

Vier van de vijf onderzochte specialistische voorzieningen behandelen slechts een relatief gering aantal specialistische zaken. Het gemiddeld aantal zaken per jaar varieert van 130 bij de natte kamer tot 200 bij het mededingingsteam. Het CBb behandelt per jaar aanzienlijk meer zaken, namelijk 1223. Bij de natte kamer en de Ondernemingskamer is het aantal zaken per jaar gedurende de periode 2002 t/m 2007 vrij stabiel. Bij de overige drie voorzieningen is sprake van een wisselend aantal zaken, een stijging bij de IE-kamer en een daling bij het mededingingsteam en het CBb.

Het gaat (ook) bij de beslechting van geschillen waarbij grote ondernemingen zijn betrokken bij de door ons onderzochte voorzieningen niet om grote aantallen. Geschillen van grote ondernemingen vormen kwantitatief gezien een duidelijke minderheid van de zaken die aan de onderzochte voorzieningen worden voorgelegd. Bij sommige voorzieningen blijken dergelijke ondernemingen slechts in zeer beperkte mate te procederen. Vooral bij het CBb is het aandeel van zaken waarbij grote ondernemingen zijn betrokken klein (slechts 7% van de afgehandelde zaken). Bij de natte kamer, IE-kamer en het mededingingsteam ligt het aandeel van zaken waarbij een groot

³¹⁸ Zie bijlage 2 voor meer informatie over de beschikbare kwantitatieve gegevens.

bedrijf is betrokken rond de 30%.³¹⁹ Over de Ondernemingskamer zijn geen precieze cijfers bekend, maar het merendeel van de zaken, en in het bijzonder ook het merendeel van de enquêteprocedures – de *corebusiness* van de OK, die tot uitgangspunt is genomen in het onderzoek heeft ook hier betrekking op andere dan grote ondernemingen, met name kleinere BV's, waaronder de nodige familiebedrijven. Het soort geschillen waarmee de door ons benaderde bedrijven bij de diverse voorzieningen terechtgekomen zijn, wordt als regel als 'complex' ervaren. Dit complexe karakter kan zijn gelegen in de inhoudelijke complexiteit van de materie waarover een geschil bestaat, maar bijvoorbeeld ook in het feit dat er sprake is van een geschil waarbij meerdere partijen zijn betrokken, waarvoor veel media-aandacht bestaat of waarbij buitenlandse partijen zijn betrokken. Bij bijvoorbeeld de natte kamer en de IE-kamer is bij ongeveer vier van de tien zaken ten minste een buitenlandse partij betrokken. Bij meer dan de helft van de procedures bij de natte kamer en bij bijna 40% van die bij het mededingingsteam is bovendien sprake van meer dan twee partijen. Alleen voor de natte kamer beschikken we over gegevens met betrekking tot het financieel belang waarover wordt geprocedeerd; met een gemiddeld bedrag van 270.000 euro ligt dit aanmerkelijk hoger dan het landelijke gemiddelde in handelszaken. Hoewel het dus vaak gaat om complexe zaken worden niet al deze zaken afgehandeld door een meervoudige kamer. Op dit punt verschil-

len de voorzieningen van elkaar. Bij het CBb en het mededingingsteam worden de meeste zaken meervoudig behandeld, bij de OK gebeurt dit altijd, terwijl bij de natte kamer en de IE-kamer verreweg de meeste zaken juist enkelvoudig worden afgedaan. Hierbij moet worden aangetekend dat een deel van de IE-zaken uitspraken in kort geding betreffen en uit zijn aard enkelvoudig worden afgedaan. Veel bedrijven die procederen bij de natte kamer en de IE-kamer zijn repeat player, dat wil zeggen dat hetzelfde bedrijf regelmatig een procedure heeft. In driekwart respectievelijk twee derde van de procedures bij de IE-kamer en de natte kamer is een repeat player betrokken. Bij het CBb is slechts bij 3% van de procedures geen repeat player betrokken. Grote bedrijven die werkzaam zijn in gereguleerde sectoren zijn meestal echte ervaringsdeskundigen, omdat ze veelvuldig te maken hebben met procedures bij het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam en/of het CBb (telecombedrijven, commerciële radiozenders en energiebedrijven). Bovendien gaat het in het economisch bestuursrecht aan de kant van de overheid vrijwel steeds om 'grote' repeat players, zoals de OPTA, NMa of het ministerie van LNV. Toch zijn niet alle grote bedrijven die te maken krijgen met het economisch bestuursrecht repeat player. Grote bedrijven (in een niet-gereguleerde sector) die ervaring hebben met een procedure op het terrein van het reguliere mededingingsrecht hebben meestal slechts eenmalig met een dergelijke procedure te maken.

319 Het gaat in de periode 2002 t/m 2007 bij het CBb om 492 afgehandelde zaken, bij het mededingingsteam om 340 zaken, bij de IE-kamer om 280 zaken en bij de natte kamer om 200 zaken. Zie voor meer informatie paragraaf 2 van de hoofdstukken 3 t/m 7 en bijlage 2.

Verder geldt wat de OK betreft, dat voor zover grote ondernemingen met deze voorziening ervaring hadden, dit als regel één procedure betrof.³²⁰ In het kader hiervan hadden zij in het algemeen wel meerdere malen contact met de OK. Van repeat players, in de zin van partijen die bij verschillende procedures betrokken zijn geweest, is bij de OK aan de kant van de grote ondernemingen dus (vrijwel) geen sprake, wel aan de kant van belangenbehartigers, zoals de VEB.³²¹

Bij de onderzochte voorzieningen wordt een aanzienlijk aantal zaken ingetrokken voordat de rechter tot een uitspraak is gekomen. Bij de natte kamer eindigt twee derde van de zaken met een intrekking. De IE-kamer, het CBb en het mededingingsteam komen in ruim de helft van de zaken tot een uitspraak. Uit de beschikkingen van de OK blijkt dat enquêteprocedures weliswaar regelmatig eindigen doordat er een minnelijke regeling is getroffen, maar dit bij grote c.q. beursgenoteerde ondernemingen beduidend minder vaak voor komt. (Zie verder over de 'dreigende werking' van de OK paragraaf 11.3.)

Gegevens over de inhoud van de uitspraak van de rechter waren alleen over het mededingingsteam over alle jaren voorhanden. In de gegevens over het CBb was deze informatie slechts over 2002 en 2003 beschikbaar. Over de natte kamer en de IE-kamer ontbrak dergelijke informatie geheel. Voor zowel het

CBb als de IE-kamer is aanvullende informatie over de inhoud van de uitspraken opgezocht via op internet gepubliceerde uitspraken. Op basis van de beschikbare gegevens blijkt niet dat grote bedrijven systematisch vaker een juridische procedure winnen dan andere partijen. Evenmin blijkt dat repeat players systematisch meer kans op succes hebben dan one-shotters. Op beide punten zijn de gegevens te divers voor een duidelijke conclusie; de ene keer heeft een groot bedrijf of een repeat player meer kans op succes, een volgende keer is het andersom. Deze bevinding is opmerkelijk daar in de literatuur vaak wordt aangenomen of vastgesteld dat repeat players meer kans hebben hun procedure te winnen.³²²

Het blijkt dat het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam in meer dan de helft van gevallen waarin het zich uitsprekt over de gegrondheid van het beroep, het beroep gegrond verklaart en daarmee het bestuursorgaan tenminste gedeeltelijk in het ongelijk stelt. Het CBb geeft echter het bestuur vaker gelijk dan het bedrijf. Door zowel het mededingingsteam als het CBb wordt een verzoek om voorlopige voorziening zelden toegewezen. De IE-kamer geeft eisers in merkenzaken vaker gelijk dan de gedaagde; bij de octrooizaken krijgt daarentegen de gedaagde vaker gelijk.

320 Een enquêteprocedure wordt in dit verband als één procedure aangemerkt, ook in het geval dat – bij wijze van uitzondering – door middel van een separaat verzoekschrift de tweede fase hiervan in gang is gezet.

321 Wat betreft de grote ondernemingen is dit uit de aard van de zaken waarop in het onderzoek het zwaartepunt is gelegd – enquêteprocedures – op zichzelf overigens positief nu een dergelijke procedure immers een verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon betreft op de grond dat er naar het oordeel van de verzoeker sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen (ofwel: sprake is van wanbeleid).

322 Zie bijvoorbeeld Galanter 1973; Schwitters 2008, p. 118; Vago 2006, p. 293-294.

11.3 De relatieve betekenis van de specialistische voorziening voor de oplossing van geschillen van grote ondernemingen

De gang naar de rechter wordt vaak aangeduid als een 'uiterste middel'. Wat betreft de routines en strategieën van grote ondernemingen om geschillen en procedures te voorkomen (vragen 3 en 4), geldt dat geen uniforme, voor de verschillende procedures geldende conclusies zijn te trekken ten aanzien van de grote ondernemingen die door ons in het kader van procedures bij de verschillende onderzochte voorzieningen zijn benaderd. De aard van de geschillen waarmee ondernemingen bij deze voorzieningen terechtkomen, en in het bijzonder ook de relaties waarin deze spelen, zijn daarvoor te divers. Zo gaat het bij de IE-kamer als regel om geschillen tussen concurrerende bedrijven, terwijl er bij geschillen bij de natte kamer vaak sprake is van partijen die in een contractuele verhouding tot elkaar staan of althans op de een of andere manier een 'klantrelatie' met elkaar hebben (of hadden). Tegen deze achtergrond blijken bedrijven uit de natte sector te trachten geschillen en procedures zo veel als mogelijk te voorkomen, bijvoorbeeld door ruim aandacht te besteden aan de contracten en, als er dan toch een geschil ontstaat, te trachten tot een vergelijk te komen en de zakenrelatie te behouden. Bij bedrijven die bij de IE-kamer procederen, speelt dit laatste aspect geen rol omdat het, zoals vermeld, als regel om concurrenten gaat.

In het kader van IE-geschillen lijkt de stap naar de rechter dan ook aanmerkelijk vlotter te worden gezet en bestaat de indruk dat in bepaalde bedrijfstakken procederen zelfs een wapen in de concurrentiestrijd vormt. Dit geldt naar verluidt in het bijzonder voor octrooikwesties in de farmaceutische industrie. De OK blijkt daarentegen weer veeleer een 'uiterste middel' te zijn, althans hadden de ondernemingen die in een OK-procedure zijn betrokken er als regel de voorkeur aan gegeven het geschil buiten rechte te kunnen afwikkelen. Dit geldt zowel voor WOR-procedures als voor enquêteprocedures. Evenals in de natte wereld, speelt hierbij het beschermen van een goede reputatie en het voorkomen van negatieve publiciteit een belangrijke rol. Zo mogelijk trachten de door ons benaderde grote ondernemingen geschillen over medezeggenschaps- alsmede bestuurs- en beleidskwesties te voorkomen door met name in te zetten op een goede communicatie met hun stakeholders. Tegen deze achtergrond worden procedures aanhangig gemaakt bij de OK ook regelmatig ingetrokken voordat de rechter er aan te pas komt.

Bedrijven en advocaten met ervaring met de economische bestuursrechter geven eveneens aan geschillen en procedures bij voorkeur te vermijden. Wat betreft het soort geschillen waarvoor men bij het mededingingsteam of het CBb terechtgekomen is, gebeurt dit bijvoorbeeld door aandacht te besteden aan een goede voorlichting binnen de onderneming over de uitleg van vigerende regelgeving

(door de rechter), zodat overtreding hiervan (in de toekomst) wordt voorkomen. Hiernaast tracht men in de gereuleerde sectoren geschillen ook wel te voorkomen door over de interpretatie van regels in een vroeg stadium contact op te nemen met de toezichthouders. Voor een deel achten de bedrijven in gereuleerde sectoren en in het bijzonder de telecommunicatie geschillen en procedures echter onvermijdelijk, omdat het (ook hier) gaat om bedrijven die elkaars concurrent zijn en ieder voor zich een zo goed mogelijke positie op de markt willen veroveren.

Indien er buiten een individueel geschil knelpunten of manco's worden gesignaleerd in de wetgeving waarmee een groot bedrijf te maken heeft en die kunnen leiden tot geschillen, wenden bedrijven zich regelmatig tot de Haagse of Brusselse politiek om te trachten deze knelpunten of manco's via aanpassing van wetgeving op te lossen.

11.4 De beoordeling en aanpassing van de voorzieningen

11.4.1 Oordeel over specialisatie en concentratie

In dit verband is allereerst de wenselijkheid van het (voort)bestaan van de vijf onderzochte *specialistische* voorzieningen aan de orde gesteld. Onder 'specialistisch' wordt in dit verband verstaan dat bepaalde rechters zich in het bijzonder toeleggen op bepaalde categorieën zaken. Specialisatie kan op verschillende

manieren vorm krijgen. Bij de vijf onderzochte voorzieningen is er, zoals vermeld, sprake van specialisatie door concentratie, merendeels op grond van een exclusieve wettelijke competentie, een enkele keer – de natte kamer – (voornamelijk) als gevolg van de feitelijke constellatie dat de partijen (en derhalve ook de gedaagden) die betrokken zijn bij het soort geschillen ter zake waarvan zich een specialisatie heeft ontwikkeld, in belangrijke mate in het rechtsgebied van het betreffende gerecht zijn gevestigd.

De door ons in het kader van interviews en expertmeetings geraadpleegde respondenten waren vrijwel unaniem van mening dat voor de geschillen die aan de vijf voorzieningen zijn opgedragen of waarmee deze zich althans bezighouden, een specialistische voorziening wenselijk of zelfs noodzakelijk is. De in dit kader aangevoerde argumenten hadden vooral betrekking op de inhoudelijke kwaliteit van de geschilafdoening. Ten aanzien van alle voorzieningen werd gerefereerd aan de vereiste bijzondere juridische kennis die ten aanzien van het desbetreffende rechtsgebied noodzakelijk werd geacht. Veelvuldig werd gerefereerd aan het feit dat de advocatuur die zich met dergelijke zaken bezighoudt (als regel) eveneens is gespecialiseerd en de rechter hieraan gewaagd moet zijn en 'een goede gesprekspartner' moet zijn. Naast vereiste specifieke juridische kennis, werd veelvuldig opgemerkt dat een rechter 'feeling' moet hebben met het terrein waarop het geschil zich afspeelt, in die zin dat bijvoorbeeld de

OK 'feeling' moet hebben met het reilen en zeilen van ondernemingen en de financiële wereld, de IE-kamer een bepaalde technische kennis of althans belangstelling voor die branche dient te hebben et cetera. Overigens werd aan 'branchekennis' door de bedrijven in het algemeen wat meer belang gehecht dan door advocaten en rechters. Wat betreft de natte kamer werd het belang van branchekennis bij de rechter ook door de advocatuur onderstreept, waarbij werd verwezen naar het eigen jargon en de eigen gewoontes in de natte wereld, 'die niet in de lesboeken zijn terug te vinden', maar wel direct doorwerken bij de toepassing van rechtsregels.

De respondenten waren in het algemeen eveneens voorstander van *concentratie* van de geschillen op de betreffende terreinen bij één voorziening. Argument hiervoor was in het bijzonder het complexe en specifieke karakter van de materie en het ontbreken van voldoende expertise als zaken door meerdere instanties zouden kunnen worden beslist en de rechter hiermee derhalve minder ervaring zou opdoen (hetgeen tevens tot een minder vlotte/efficiënte behandeling zou kunnen leiden). Tevens werd veelvuldig als voordeel van concentratie de grotere mate van voorspelbaarheid van uitspraken genoemd.

Hoewel de wenselijkheid van concentratie niet werd betwist, was er wel enige variatie in het oordeel over de meest optimale manier van concentratie. Zo waren de deelnemers aan de expertmeeting over de natte kamer geen voorstander van een wettelijke concentratie

van natte zaken bij de rechtbank Rotterdam; daarnaast gaven enkele experts en één respondent de voorkeur aan concentratie van natte zaken bij twee rechtbanken in plaats van bij een enkele rechtbank (par. 3.4.1). In de expertmeeting over de IE-kamer werd door sommigen eveneens gepleit voor het creëren van een tweede specialistische kamer voor nieuw te concentreren zaken (par. 4.6.1). Ook over de OK verschilden de respondenten en experts van mening over de optimale graad van concentratie (par. 5.4.2; zie ook par. 9.6). Door diverse respondenten werd aandacht gevraagd voor de keerzijde van een geconcentreerde gespecialiseerde voorziening, te weten dat er zowel aan de kant van de advocatuur als aan de kant van de rechterlijke macht een klein kringetje van personen ontstaat die zich met dergelijke geschillen bezighouden en elkaar derhalve na verloop van tijd goed kennen. Er dient voor gewaakt te worden dat ten opzichte van rechtzoekenden een 'ons kent ons'-indruk wordt gewekt en een schijn van partijdigheid zou kunnen ontstaan vanwege de contacten tussen rechterlijke macht en advocatuur. Dit werd het meest concreet gevoeld rond de OK (par. 5.4.2).

Hiernaast werd als keerzijde van een geconcentreerde voorziening genoemd dat, als deze slechts uit een paar rechters bestaat, enerzijds de persoon van de rechter (te) zeer een stempel drukt op de ontwikkeling van de rechtspraak, en anderzijds de continuïteit hierdoor onder druk kan komen te staan.

Niettemin wogen de gesignaleerde nadelen van concentratie duidelijk niet op tegen de door respondenten gesignaleerde voordelen. Afweging van de voor- en nadelen van concentratie resulteerde bij het IE-advocatenpanel tot het voorstel tot verdere uitbreiding van de specialisatie in IE-zaken. Gepleit werd voor concentratie van *alle* IE-zaken in eerste aanleg bij twee instanties; dit met uitzondering van de octrooizaken, die zouden geconcentreerd moeten blijven bij de IE-kamer in Den Haag, en de handelsnaamzaken die gedeconcentreerd konden blijven. Kortom: de vraag of specialisatie en concentratie ter zake van de geschillen waarover de voorziening oordeelt wenselijk werd geacht (vraag 5), werd in het algemeen positief beantwoord. Bovendien hebben bedrijven er behoefte aan dat hen bij de behandeling van de zaak – bijvoorbeeld ter gelegenheid van een comparitie of pleidooi – *blijkt* dat de rechter deskundig is c.q. specialist is, met name doordat hij relevante vragen stelt en een goede ‘gesprekspartner’ is van de (eveneens gespecialiseerde) advocaat. Dit verhoogt kennelijk de acceptatie van de uitspraak, ook als deze uiteindelijk ongunstig uitpakt. In aansluiting op de behoefte aan gespecialiseerde rechtspraak, zijn kritische kanttekeningen geplaatst bij het rouleren van rechters. Dit werd met name ook bezwaarlijk geacht vanwege de reeds kleine kring aan rechterlijke specialisten.

11.4.2 Oordeel over kwaliteit specialistische rechtspraak

Vervolgens is (in het kader van vraag 6) geïnventariseerd aan welke *kwaliteitseisen* een specialistische voorziening voor de beslechtting van geschillen van grote ondernemingen naar het oordeel van de respondenten dient te voldoen. In aansluiting op deze open vraag, is gevraagd welke waarde wordt toegekend aan de vier door de Raad voor de rechtspraak onderscheiden dimensies van kwaliteit: 1. de bejegening van de procespartijen ter zitting, 2. de onpartijdigheid en integriteit van de rechters, 3. de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de behandeling en van de uitspraak, 4. de doorlooptijd van de behandelde zaken. Vervolgens is aan de respondenten gevraagd of naar hun oordeel het functioneren van de specialistische voorziening aan de door hen gestelde kwaliteitseisen voldeed. In het algemeen waren respondenten tevreden tot zeer tevreden over de verschillende voorzieningen. Opmerkelijk is dat de antwoorden van de respondenten ten aanzien van de diverse voorzieningen op dit punt in grote mate overeenstemmen. De *onpartijdigheid en integriteit* van de rechters wordt door vrijwel alle respondenten ofwel als het belangrijkste element van kwalitatief goede rechtspraak genoemd ofwel – en dat kwam het meeste voor – als vanzelfsprekend beschouwd en daarom niet spontaan genoemd, maar desgevraagd wel als belangrijkste gerangschikt. Ondanks dat er op onder-

delen soms een kritische kanttekening is geplaatst (zie par. 10.5.2 alsmede de afzonderlijke hoofdstukken), wordt vrijwel unaniem geoordeeld dat de diverse voorzieningen voldoen aan de eisen van onpartijdigheid en integriteit.

De *inhoudelijke kwaliteit* werd door de meeste respondenten als veruit het belangrijkste kwaliteitskenmerk geduid. Onder 'inhoudelijke kwaliteit' wordt in dit verband vooral verstaan een goed gemotiveerde uitspraak waarin daadwerkelijk een knoop wordt doorgehakt in het materiële geschil en waarmee partijen daarom 'vooruit kunnen'. Bij de motivering van de uitspraak worden regelmatig kritische kanttekeningen geplaatst, zowel wat betreft de natte kamer, de IE-kamer, het CBb als de mededingingskamer van de rechtbank Rotterdam. Deze kanttekeningen betreffen sommige uitspraken die te oppervlakkig of te formalistisch worden gevonden of uitspraken waarin niet op alle aangevoerde beroepsgronden voldoende wordt ingegaan (par. 10.5.3). Wat betreft de OK worden met name wel kritische kanttekeningen geplaatst bij de motivering van de toewijzing van een enquêteverzoek alsmede bij het automatisme waarmee de OK, in de beleving van advocaten en respondenten van ondernemingen, het oordeel van de onderzoekers volgt bij zijn beslissing over de aanwezigheid van wanbeleid. Voor het overige ondervindt de motivering van uitspraken van de OK weinig kritiek.

De respondenten zijn over het algemeen tevreden over de manier waarop een zaak

tijdens een zitting wordt behandeld. Rechters geven naar hun oordeel in het algemeen blijk van een goede dossierkennis en deskundigheid en bieden partijen in het algemeen voldoende ruimte (zie ook hierna, in het kader van de bejegening). Wat betreft het CBb, het mededingingsteam en de IE-kamer is de behoefte geuit partijen meer gelegenheid te bieden om tijdens een zitting technische deskundigen aan het woord te laten. Door advocaten is (meer in het algemeen) veelvuldig opgemerkt dat het de efficiency ten goede zou komen als de rechter vóór een zitting reeds zou aangeven op welke punten hij (in elk geval) een nadere toelichting zou willen hebben. De advocaat kan zich hierop dan gericht voorbereiden en zich zo nodig bijvoorbeeld laten vergezellen door iemand die deze vragen kan beantwoorden. Kritische noten zijn geplaatst bij de rol van de raden bij de OK tijdens zittingen. Zij zouden 'te onzichtbaar' zijn. Wat betreft de OK en het CBb zijn door respondenten regelmatig kritische kanttekeningen geplaatst bij het feit dat deze voorzieningen in bepaalde gevallen de enige feitelijke instantie vormen en er derhalve geen hoger beroep mogelijk is. Niettemin prefereren ook deze respondenten dit (huidige) systeem boven het inlassen van een tweede feitelijke instantie, vooral vanwege de verkorting van de procedure door het ontbreken van een beroepsmogelijkheid. Benadrukt wordt evenwel dat het vanwege het ontbreken van een beroepsmogelijkheid 'extra' belangrijk is dat de zaak in eerste instantie goed wordt behan-

deld door deskundige rechters, maar zowel ten aanzien van de OK als het CBb wordt geoordeeld dat dit ook geschiedt. Over de rangorde van het belang van een vlotte *doorlooptijd* evenals van de *bejegening ter zitting* lopen de meningen uiteen. Respondenten betreffende de natte kamer en de OK rangschikken de doorlooptijd in het algemeen weliswaar ná de inhoudelijke kwaliteit en vóór de bejegening, maar benadrukken in het algemeen een vlotte doorlooptijd wel zeer belangrijk te vinden. Voor respondenten met ervaring met de voorzieningen op het gebied van het economisch bestuursrecht weegt de doorlooptijd in het algemeen minder zwaar dan de bejegening. Niettemin blijkt uit de interviews en expertmeetings dat een voortvarende afwikkeling van een zaak belangrijk wordt gevonden en worden er over de hele linie, in verschillende opzichten, de nodige kritische kanttekeningen geplaatst bij de doorlooptijd en wordt hierover bezorgdheid uitgesproken (zie ook par. 10.5.4 alsmede de afzonderlijke hoofdstukken). Met uitzondering van de IE-kamer, worden de doorlooptijden als te lang beoordeeld. Het streven van de IE-kamer zaken via een versneld regime af te handelen, is kennelijk succesvol. Kritiek richt zich niet alleen op de totale doorlooptijd, maar ook op de tijd tussen zitting en uitspraak alsmede de onduidelijkheid over het moment waarop een uitspraak van de rechter is te verwachten. Veel respondenten zijn met name op dit laatste punt kritisch, omdat onduidelijkheid op dit punt naar hun oordeel

relatief eenvoudig voorkomen kan worden. Vanuit de rechterlijke voorzieningen dient naar hun mening duidelijk(er) aangegeven te worden wanneer een uitspraak is te verwachten en deze datum dient dan ook daadwerkelijk in acht te worden genomen. Hoewel er door sommigen een kritische noot werd geplaatst bij de bejegening door de rechter, werd de bejegening bij de verschillende voorzieningen in het algemeen als het minst zwaarwegende kwaliteitselement geduid en wegen derhalve ook de enkele kritische noten in dit verband minder zwaar. Diverse respondenten merkten op dat de bejegening voor ondernemingen van minder belang is dan voor individuele burgers.

11.4.3 Vergelijking met andere voorzieningen

In het kader van vraag 7 is getoetst hoe de onderzochte Nederlandse specialistische gerechtelijke voorzieningen naar het oordeel van de actoren presteren in vergelijking met reguliere voorzieningen in Nederland, in vergelijking met vergelijkbare specialistische voorzieningen in het buitenland en in vergelijking met andere vormen van geschilbeslechting of -oplossing (ADR). Wat betreft een *vergelijking tussen de prestatie van de specialistische voorziening met die van een reguliere voorziening* staat voorop dat de prestaties van deze voorzieningen om verschillende redenen niet daadwerkelijk met elkaar vergeleken kunnen worden. Een van de redenen waarom een serieuze vergelijking niet

mogelijk is, is dat beide voorzieningen in het algemeen andersoortige zaken behandelen. Vanwege de veelal exclusieve toedeling van bepaalde zaken aan de specialistische voorziening worden dergelijke zaken niet behandeld door de reguliere voorziening; andersom komt het soort zaken waarmee een bedrijf bij de 'gewone rechter' terechtkomt in het algemeen niet aan de orde bij de specialistische voorziening. In die zin betreft het dus een vergelijking van appels en peren. Dit ligt wat anders bij met name de natte kamer, omdat deze voorziening immers geen exclusieve rechtsmacht heeft en ook andere rechtbanken een natte zaak te behandelen kunnen krijgen. Respondenten die daarmee ervaring hadden, onderstreepten naar aanleiding hiervan in de regel de voordelen van een specialistische voorziening als de natte kamer. Wat betreft de OK is er in die zin een vergelijking mogelijk dat aan de OK regelmatig onmiddellijke voorzieningen worden verzocht die evengoed in kort geding bij de 'gewone' voorzieningenrechter gevorderd kunnen worden. Ook in dit verband gaven respondenten echter in het algemeen aan in ondernemingsgerelateerde zaken een oordeel van de OK te prefereren en zo mogelijk te trachten de zaak aldus in te kleden dat men bij de OK terechtkon. Tijdens de expertmeeting gaven de IE-advocaten te kennen niet tevreden te zijn met de wijze waarop door niet-gespecialiseerde rechtbanken werd beslist over handavingsmaatregelen in octrooizaken.

Er zijn enkele opmerkingen geplaatst over de toegang tot de voorlopige voorzieningen bij het CBb en de onmiddellijke voorzieningen bij de OK in vergelijking met de gewone kort gedingrechter. Bedrijven en advocaten waarden over het algemeen de gemakkelijke toegang tot de onmiddellijke voorzieningen bij de OK en maken daarvan, zoals vermeld, dankbaar gebruik. Ten aanzien van de voorzieningenrechter bij het CBb wordt juist opgemerkt dat een erg hoge drempel wordt opgeworpen in vergelijking met een 'gewoon' kort geding, waardoor de rechtsbescherming in het geding komt.

'Voor wat het waard is' werd meer in het algemeen in het kader van een vergelijking tussen de specialistische voorzieningen en de reguliere voorzieningen een grotere waardering uitgesproken voor de diverse specialistische voorzieningen, met name vanwege de inhoudelijke deskundigheid van de rechters betreffende het soort zaak waarover geoordeeld moet worden alsmede de in de beleving van de respondenten veelal vlottere behandeling. Wat betreft dit laatste aspect zij de kanteekening geplaatst dat de aantallen zaken waarover de specialistische voorziening – met weliswaar minder rechters – dient te oordelen althans in sommige gevallen van andere orde is dan de aantallen zaken die door de reguliere voorziening moeten worden afgewikkeld. Zie voor kwantitatieve gegevens van de diverse voorzieningen de afzonderlijke hoofdstukken. Wat betreft de *vergelijking tussen de specialistische voorzieningen en ADR* geldt het vol-

gende. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, gaat het bij de beslechting van geschillen waarbij grote ondernemingen zijn betrokken bij de door ons onderzochte voorzieningen niet om grote aantallen. Uit de door ons geraadpleegde bronnen is echter duidelijk geworden dat, áls deze geschillen zich voordoen, men zich voornamelijk tot de diverse specialistische rechterlijke voorzieningen wendt voor de beslechting hiervan. ADR vormt op deze terreinen amper een alternatief voor de gang naar de overheidsrechter. Dit geldt zowel voor arbitrage, bindend advies als mediation. Wat betreft het bereiken van een minnelijke regeling zagen de meeste respondenten, voor zover deze niet door de ondernemingen en/of hun advocaten kon worden bereikt, veelal meer in een 'bemiddelende' rol van de rechter dan in mediation. Respondenten uit de natte praktijk waren overigens (ook) op dit punt in het algemeen terughoudend; als een zaak eenmaal aan de rechter was voorgelegd, wilde men veelal 'gewoon' een beslissing van de rechter en niet (nogmaals) een bemiddelingspoging.

Met mediation bleek overigens het merendeel van de respondenten zelf überhaupt geen ervaring te hebben opgedaan. Niet uitgesloten is derhalve dat onbekend onbemind maakt. Niettemin werden voor het niet opteren voor mediation soms ook wel 'technische' bezwaren aangedragen; zo werd bijvoorbeeld wat betreft mediation als alternatief voor een enquêteprocedure met betrekking tot grote, beursgenoteerde ondernemingen opgemerkt

dat de partijen bij de mediation niet te duiden zijn. Tevens werd (meer in het algemeen) wel als nadeel van mediation genoemd dat een mediator veelal kennis van de sector mist. Ook werd, bijvoorbeeld ten aanzien van het CBb, opgemerkt dat de belangen vaak te groot zijn om een zaak buiten de rechter om af te doen. Bij IE-procedures lijkt daarnaast een rol te spelen dat het hierbij in principe gaat om geschillen tussen concurrenten, die niets met elkaar 'hoeven' en derhalve ten opzichte van elkaar in de relationele sfeer weinig of niets te verliezen hebben.

Arbitrage werd weliswaar regelmatig genoemd als alternatief, maar vooral ter beslechting van algemene handelsgeschillen, niet ten aanzien van het soort geschillen waarvoor men bij de desbetreffende specialistische overheidsvoorziening terecht was gekomen. Voor natte zaken werd arbitrage nog het meest als alternatief voor de natte kamer genoemd, maar uiteindelijk leken de respondenten hiervoor slechts in een beperkt aantal gevallen te opteren. Arbitrage bij een van de Londense arbitrage-instituten³²³ is in de natte wereld kennelijk het meest voorkomende alternatief voor een procedure voor de Nederlandse overheidsrechter en wordt geprezen om de snelheid en gedegenheid, maar tegelijkertijd wordt opgemerkt dat dit een zeer kostbare aangelegenheid is en daarom in veel zaken niet geschikt.

Op de vraag of men ervaring had met een *buitenlandse instantie* en, zo ja, of deze beter was bevallen dan de Nederlandse voorziening,

323 Maritime Arbitrators Association en het Chartered Arbitrage Institute.

kwam weinig of geen respons, in die zin dat verreweg de meeste respondenten weinig of geen ervaring hadden met buitenlandse voorzieningen. Daar waar men daarmee wel ervaring had opgedaan, werd hieraan zelden of nooit een voorbeeld voor Nederland gezien. Zo werd bijvoorbeeld in relatie tot de natte kamer wel gerefereerd aan de *Commercial* en *Admiralty Courts* en arbitragevoorzieningen in Londen, maar werd opgemerkt dat een dergelijke grootschalige voorziening niet aansloot bij de (beperkte) aantallen geschillen zoals die zich in Nederland voordoen (en, zoals vermeld, procederen daar erg kostbaar is en daarom veelal niet aantrekkelijk(er)). Wat betreft de inhoudelijke kwaliteit van de geschilbeslechting hadden de respondenten kennelijk niet het beeld dat Londen kwalitatief beter was. Dit was ook het oordeel van respondenten betreffende de IE-kamer. Voor zover zij ervaring hadden met buitenlandse rechterlijke voorzieningen werd geoordeeld dat de Nederlandse rechter zich daarmee goed kon meten en werd opgemerkt dat de Nederlandse rechter tot de top van Europa behoort.

Wat betreft de OK werd regelmatig als (enige) min of meer vergelijkbare voorziening gerefereerd aan het *Delaware Court of Chancery*, maar op één uitzondering na had geen van onze respondenten zelf ervaring met deze instantie opgedaan.

Vanwege het kennelijk ontbreken van een 'voorbeeldfunctie' van een buitenlandse voorziening voor de beslechting van het soort

geschillen waarmee een door ons onderzochte specialistische Nederlandse voorzieningen is belast, is een vergelijking met buitenlandse voorzieningen in het kader van dit onderzoek achterwege gebleven.

11.4.4 Conclusie

Over het geheel genomen kan worden geconcludeerd dat de onderzochte specialistische rechterlijke voorzieningen wat betreft de door ons geraadpleegde grote ondernemingen als ook de advocaten die hen bedienen, duidelijk in een behoefte voorzien, ook al is het aantal zaken dat door grote ondernemingen aan deze voorzieningen wordt voorgelegd zowel absoluut als relatief bezien – ten opzichte van het totaal aantal zaken dat de betreffende voorziening behandelt – beperkt. De kwaliteit van de onderzochte voorzieningen wordt in het algemeen als goed tot zeer goed beoordeeld. Hoewel daarnaar expliciet is gevraagd, zijn er door respondenten geen buitenlandse voorzieningen genoemd die beter 'scoorden' vanuit oogpunt van kwaliteit dan de Nederlandse voorzieningen. Wat betreft ADR geldt dat geen van de hieronder geschaarde vormen van geschiloplossing – arbitrage, bindend advies en mediation – voor de door ons geraadpleegde ondernemingen en advocaten een daadwerkelijk alternatief vormden in zaken waarvoor men bij de onderzochte specialistische voorzieningen terecht kan. Om diverse redenen werd een procedure bij deze rechterlijke voorzieningen in het algemeen

toch aantrekkelijker gevonden (zie de argumenten zoals samengevat onder par. 11.4.3). Dit betekent niet dat er aan deze specialistische rechterlijke voorzieningen niets meer te verbeteren valt. Door respondenten zijn diverse aandachts- of verbeterpunten geopperd. Het gaat hierbij echter in het algemeen om min of meer praktische aandachtspunten (zoals hiervoor weergegeven, dan wel, daar waar het specifiek een van de voorzieningen betreft, in de afzonderlijke hoofdstukken betreffende de voorzieningen). De conclusie wat betreft het functioneren van de door ons onderzochte rechterlijke voorzieningen vanuit de optiek van grote ondernemingen is duidelijk: specialisatie loont!

Bijlage 1: Grote ondernemingen

Voor dit onderzoek is een lijst samengesteld van grote ondernemingen. Hier wordt de daarbij gevolgde werkwijze beschreven. De lijst bestaat uit twee onderdelen, een lijst met Nederlandse bedrijven en een lijst met internationaal werkzame bedrijven.

Nederlandse grote bedrijven

De lijst met de top van Nederlandse bedrijven is samengesteld op basis van door *FEM Business* samengestelde lijst van top 500 over 2006. Over de wijze van samenstellen van de lijst stelt *FEM Business*: 'FEM Business heeft de belangrijkste Nederlandse bedrijven willen selecteren. Buitenlandse concerns en financiële houdstermaatschappijen die zich louter om fiscale redenen in Nederland hebben gevestigd, zijn niet opgenomen. De FEM Business 500 bevat overigens wel veel bedrijven die (nagenoeg) volledig in handen van buitenlandse aandeelhouders zijn terechtgekomen, maar oorspronkelijk Nederlands zijn. Een enkele keer is een bedrijf op de lijst gekomen dat statutair weliswaar in het buitenland is gevestigd maar door zijn historie tot Hollands glorie gerekend mag worden. Beleggingsmaatschappijen, participatiemaatschappijen en private-equityfirma's zijn vanwege hun bijzondere karakter niet opgenomen.

De omzetcijfers (netto-omzet plus overige bedrijfsopbrengsten), winstcijfers (nettoresultaat minus lasten) en het aantal werknemers zijn grotendeels afkomstig van de LexisNexis-databank. LexisNexis haalt deze data uit jaarverslagen en uit jaarrekeningen die bij de Kamers van Koophandel zijn gedeponneerd. De cijfers hebben betrekking op de boekjaren 2006 en 2005. Helaas leveren niet alle Nederlandse bedrijven hun gegevens (tijdig) bij de KvK's aan. Dit maakt de samenstelling van een 100% kloppende lijst gecompliceerd.'³²⁴

Grote internationale bedrijven

De lijst van topinternationale bedrijven is samengesteld op basis van de lijsten van Fortune global 500 (over de jaren 2005, 2006, 2007)³²⁵ plus Forbes 2000 (over 2005 plus vorige lijst).³²⁶ Deze lijsten geven de grootste bedrijven wereldwijd op basis van omzet, winst, activa, marktwaarde en aantal werknemers. Samenvoeging van deze lijsten resulteert in een gecombineerde lijst met in totaal 2145 bedrijven.

De lijst van grote Nederlandse bedrijven en de lijst van grote internationale bedrijven zijn samen gevoegd in een lijst met 2621 grote bedrijven.³²⁷

324 <http://www.fembusiness.nl/web/artikelSmal/Vernatwoording-FEM-Business-500.htm> (14-11-2007).

325 http://money.cnn.com/magazines/fortune/global500/2007/full_list/index.html (3-12-2008).

326 <http://www.forbes.com/2004/03/24/04f2000land.html> (3-12-2008).

327 Deze lijst is beschikbaar via <http://www.ru.nl/rechten/rechtssociologie/specialistischerechtspraak>.

Bijlage 2: Overzicht van kwantitatieve gegevens

In deze bijlage wordt per specialistische gerechtelijke voorziening aangegeven welke kwantitatieve gegevens beschikbaar waren.

Voor een beschrijving van de rechtspraak van de vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen wilden wij graag beschikken over de volgende gegevens over afgehandelde zaken: kenmerken van de zaken, kenmerken van betrokken procespartijen, kenmerken van de procedure en kenmerken van de beslissing. Van aanvang aan was het de bedoeling om het kwantitatieve deel van het onderzoek te beperken tot beschikbare databestanden. Het zelf bij de verschillende gerechten verzamelen van gegevens zou een onevenredig beslag leggen op tijd en geld gelet op het doel van dit onderzoek.

Via de Raad voor de rechtspraak ontvingen we bestanden met kwantitatieve gegevens over de natte kamer, de IE-kamer, mededingings- en telecomzaken van de rechtbank Rotterdam en de Ondernemingskamer. Dit betreft voor de IE-kamer, het mededingingsteam en de natte kamer gegevens per procedurenummer over in de jaren 2002 t/m 2007 afgehandelde zaken. Over de Ondernemingskamer ontvingen we uitsluitend gegevens over het totaal aantal zaken dat per jaar is afgedaan. Andere gegevens over de zaken van de Ondernemingskamer ontbreken in het bestand. De Raad kon geen gegevens over het CBb leveren; alle gegevens over het CBb zijn via het CBb verkregen.

In de gegevensbestanden bleek slechts een deel van de door ons gewenste gegevens aanwezig. Zo was bijvoorbeeld informatie over de inhoud van de beslissing van de rechter (wie wint?) alleen beschikbaar voor het mededingingsteam. Er was vrijwel geen informatie over de aard van de procespartijen en over de procesvertegenwoordigers voorhanden.

Voor ons onderzoek was het van groot belang om onderscheid te kunnen maken tussen grote en minder grote bedrijven. Voor aanvang van het onderzoek waren wij ervan uitgegaan dat dit gegeven niet in het databestand aanwezig zou zijn, maar dat dit eenvoudig door ons zou kunnen worden toegevoegd op basis van de naam van de procespartij. Dit is uiteindelijk ook gelukt (behalve voor de OK), maar het heeft heel wat moeite gekost. Zo kon de Raad geen databestand leveren waarin dit gegeven was opgenomen. Dit betekende dat wij bij vier voorzieningen gevraagd hebben naar een bestand met namen van procespartijen per procedurenummer. De gerechtelijke instanties waren hiertoe niet in staat, omdat dit met de hand zou moeten gebeuren en daardoor zeer tijdrovend zou zijn. Dankzij een medewerkster bij de rechtbank Rotterdam kwam ons verzoek terecht bij ICTRO (ICT-bedrijf Rechterlijke Organisatie). ICTRO bleek in staat om het gevraagde bestand te leveren. Vervolgens hebben wij de drie andere instanties gewezen

op deze mogelijkheid. Uiteindelijk is het op deze manier gelukt. Op basis van het zaaknummer zijn per voorziening alle databestanden aan elkaar gekoppeld en geïntegreerd in een databestand.

We zijn medewerkers van de griffie en ondersteuning van de rechtbanken Rotterdam en Den Haag en het CBb zeer erkentelijk voor hun hulp.

Het verschilt per voorziening welke informatie beschikbaar is. Ook als informatie over hetzelfde kenmerk aanwezig is, is de gebruikte indeling niet altijd hetzelfde. In het onderstaande overzicht wordt per voorziening aangegeven over welke informatie wij konden beschikken en welke aanvullende gegevens wij zelf hebben verzameld.

1. De natte kamer

Waarop hebben de cijfers betrekking?

De gegevens over de natte kamer betreffen in 2002 t/m 2007 door de rechtbank Rotterdam afgehandelde zaken. De Raad voor de rechtspraak heeft gegevens verstrekt over handelszaken van het arrondissement Rotterdam met zaaktypering (Tweede Niveau) 'verkeersmiddelen en vervoer'.

Kenmerken van de zaken

Onderwerp

Per afgehandelde zaak is bekend op welk onderwerp de zaak betrekking heeft. Zaken worden getypeerd door de administratie na het lezen van de dagvaarding. Bij onduidelijkheid wordt er een algemene typering aan gegeven, zoals 'vervoersrecht algemeen' of 'overig goederenvervoer'.

Financieel belang

Per zaak is de hoogte van het geldelijk belang aangegeven.

Kenmerken van de betrokken procespartijen

Namen van de procespartijen

De rechtbank Rotterdam heeft een bestand verstrekt met per zaak de namen van alle betrokken procespartijen. Door een onduidelijke formulering van onze vraag is niet bekend welke procespartijen eiser en welke gedaagde zijn.

Groot bedrijf of niet

Op basis van de namen van de procespartijen is vastgesteld of een hiervan al dan niet voorkomt op de lijst met grote bedrijven. Wanneer een van de procespartijen voorkomt op de lijst met grote bedrijven is die zaak aangemerkt als een zaak waarbij een groot bedrijf is betrokken.

Betrokkenheid van de verzekeringsmaatschappijen

Op basis van de namen van procespartijen hebben we tevens aangegeven of bij een zaak een verzekeringsmaatschappij is betrokken.

Internationale bedrijven

Tevens is op basis van de namen van procespartijen aangegeven bij welke zaak een 'internationale' partij is betrokken. Partijen met een niet-Nederlandstalige naam of een adres in het buitenland zijn daarbij aangemerkt als 'internationale' partij.

Aantal procespartijen

Op basis van de lijst met namen van procespartijen is aangegeven hoeveel procespartijen bij een zaak zijn betrokken.

One-shotters en repeat players

Op basis van de namen van procespartijen is eveneens nagegaan hoe vaak de betreffende organisatie in de periode van 2002 t/m 2007 betrokken was bij een procedure bij de natte kamer. Er is geen onderscheid gemaakt naar eisers/gedaagden of naar het soort procedure waarmee het bedrijf ervaring heeft (bodemprocedure of kort geding).

Aard van de bedrijven

Afgezien van het gegeven of het om een groot of niet groot bedrijf gaat, hebben we geen andere informatie over kenmerken van de bedrijven, zoals bedrijfssector of de omvang van het bedrijf (omzet, aantal werknemers). Deze gegevens hebben we ook niet zelf toegevoegd (op basis van de namen van bedrijven is het in principe denkbaar gegevens over het bedrijf elders op te zoeken en toe te voegen). Evenmin is bekend wie als advocaat of procesvertegenwoordiger is opgetreden.

Kenmerken van de procedure

Soort procedure

Er is aangegeven of de zaak een bodemprocedure dan wel een kort geding betreft.

Doorlooptijd

Per zaak is de doorlooptijd bekend.

Contradictoir of verstek

Aangegeven is of het een contradictoire of verstekzaak betreft.

Enkelvoudig/meervoudig

Er is bekend of het gaat om een enkelvoudige of meervoudige kamer.

Afloop van de procedure

De afloop van de procedure is bekend (eindvonnis, royement).

Kenmerken van de beslissing

Er is geen informatie over de inhoud van de uitspraken van de natte kamer.

2. De IE-kamer van de rechtbank Den Haag

Waarop hebben de cijfers betrekking?

De gegevens van de IE-kamer van de rechtbank Den Haag betreffen alle in 2002 t/m 2007 afgedane zaken die betrekking hadden op octrooien en Gemeenschapsmerken. Deze zaken vormen het overgrote merendeel van de IE-geschillen waarvoor de IE-kamer exclusieve competentie heeft. De IE-geschillen waarvoor ook andere rechtbanken bevoegdheid hebben zijn geheel buiten beschouwing gelaten.

Wij kregen in de eerste plaats de beschikking over een databestand van de Raad voor de rechtspraak dat per procedurenummer gegevens bevat betreffende aard, behandeling en afloop van de IE-geschillen. In de tweede plaats konden via het ICTRO aan dit bestand, eveneens per procedurenummer, de namen van de eisers en de gedaagden worden gekoppeld. Het aldus verkregen bestand bevatte de volgende gegevens.

Kenmerken van de zaken

Onderwerp

De octrooizaken en de Gemeenschapsmerkszaken kunnen in de bestanden van elkaar worden onderscheiden.

Financieel belang

De gegevens over het financiële belang dat in het geding is, ontbreken erg vaak en zijn in het onderzoek buiten beschouwing gelaten.

Kenmerken van de betrokken procespartijen

Namen van de procespartijen

Per procedure zijn de namen van de eiser en de gedaagde bekend.

Kenmerken van de eisers

Op basis van de naam van eisers en gedaagden is nagegaan of de betreffende partij voorkomt op de door ons samengestelde lijst van grote bedrijven (zie bijlage 1).

Nederlands of buitenlands

Voorts is op basis van de naamsgegevens en zo nodig op basis van internetgegevens nageetrokken of het gaat om een partij die in Nederland of in het buitenland is gevestigd. Daarbij is de plaats waar het ondernemingsbestuur is gevestigd als het beslissende criterium genomen. Dit is ingegeven door de overweging dat beslissingen over procederen in IE-zaken – blijkens de interviews – veelal op *corporate level* worden genomen.

One-shotters en repeat players

Op basis van de namen van eisers en gedaagden is eveneens nagegaan hoe vaak zij in de periode van 2002 t/m 2007 betrokken waren bij een door de IE-kamer behandelde procedure.

Kenmerken van de procedure

Soort procedure

Per afgehandelde procedure is bekend of het om een bodemprocedure of een kort geding-procedure gaat. Tevens is bekend of de kwestie op tegenspraak is behandeld of niet (verstek).

Bijlage 2: Overzicht van kwantitatieve gegevens

Doorlooptijd

Per procedure is de doorlooptijd in dagen bekend (het aantal dagen tussen de datum van ontvangst van dagvaarding of verzoekschrift en de sluitdatum).

Afloop procedure

Per procedure is bekend of de procedure is ingetrokken of dat de rechtbank uitspraak heeft gedaan. In combinatie met de gegevens over de behandeling op tegenspraak of bij verstek kon de afloop van de procedure worden onderscheiden in drie categorieën: intrekkingen/royementen, verstekvonnissen en contradictoire vonnissen. Dit onderscheid was wenselijk, omdat bleek dat één partij bij de meeste verstekvonnissen en ook bij veel intrekkingen betrokken was.

Kenmerken van de beslissing

Inhoud van de uitspraak

Er waren geen gegevens over de inhoud van de uitspraak in de bestanden aanwezig. Om te kunnen vaststellen of grote ondernemingen meer winnen dan andere partijen zijn, op basis van namen van partijen, via internetbestanden (www.boek9.nl en www.iept.nl) gegevens daarover verzameld. Aan de hand van vonnissen kon veelal worden bepaald of de vordering(en) van de eiser zijn toegewezen. Dat is voor de octrooizaken beter gelukt dan voor de GemeenschapsmerkHzaken.

3. Het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam

Waarop hebben de cijfers betrekking?

De gegevens over het mededingingsteam betreffen alle in 2002 t/m 2007 door de sector bestuursrecht van de rechtbank Rotterdam afgehandelde geschillen die betrekking hadden op besluiten op grond van de Mededingingswet, de Telecommunicatiewet en de sectorspecifieke regelgeving op het gebied van energie en vervoer. Het team behandelt ook geschillen over besluiten van de Consumentenautoriteit en bestuursrechtelijke geschillen die niet onder een bijzondere competentie vallen. Deze zijn buiten beschouwing gelaten.

Wij kregen twee bestanden aangeleverd die per procedurenummer een aantal gegevens bevatten. Daarnaast kregen we van de rechtbank een bestand met, eveneens per procedurenummer, de namen van de eerste eiser en de verweerder en de aantallen appellanten en belanghebbenden. De gegevens hebben dus betrekking op procedures. Indien meerdere eisers een gezamenlijk beroepschrift indienen, wordt in het algemeen één procedurenummer toegekend. Indien tegen

hetzelfde besluit door verschillende eisers afzonderlijk beroep wordt ingesteld, krijgt ieder van deze beroepen een eigen procedurenummer. De rechtbank voegt deze beroepen in de regel ter behandeling samen. Een uitspraak kan dan ook betrekking hebben op meerdere procedure-nummers.

De bovengenoemde bestanden zijn door ons gekoppeld op basis van het procedurenummer. Het aldus verkregen bestand bevatte de volgende gegevens.

Kenmerken van de zaken

Regelgeving

Per afgehandelde procedure is bekend op welke regelgeving de zaak betrekking had: de Telecommunicatiewet dan wel de Mededingingswet of sectorspecifieke regelgeving op het gebied van energie en vervoer.

Bestuursorgaan en besluit

Het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen, is eveneens bekend. Een nadere aanduiding van de aard van het bestreden besluit is niet beschikbaar.

Financieel belang

Er is geen informatie beschikbaar over het financiële belang dat in het geding is. Bij bestuursrechtelijke procedures wordt dit niet geregistreerd.

Kenmerken van de betrokken procespartijen

Namen van de procespartijen

Per procedure zijn de namen van de eerste eiser en de verweerder bekend. Daarnaast is bekend of, en zo ja hoeveel, mede-eisers en/of belanghebbenden bij de procedure betrokken waren. De namen van deze extra partijen zijn echter niet beschikbaar. Per procedure kan in het Berber-registratiesysteem slechts één eiser (en één verweerder) worden ingevoerd.

Het ontbreken van de namen van mede-eisers en belanghebbenden vormt een belangrijke beperking bij onze analyses, in het bijzonder die met betrekking tot repeat players en one-shotters. Niet bekend is immers of een eiser als mede-eiser of belanghebbende bij andere procedures betrokken was. In de onderzochte periode waren bij 54% van de mededingings- en 35% van de telecomprocedures een of meer extra partijen betrokken.

Een aantal eisers en verweerders kwam onder verschillende namen in het bestand voor. Dit is

Bijlage 2: Overzicht van kwantitatieve gegevens

door ons gecorrigeerd. Daarnaast hebben wij een aantal verweerders samengevoegd (bijvoorbeeld de staatssecretaris en de minister van Economische Zaken).

Kenmerken van de eisers

Op basis van de naam van de eerste eiser is door ons vastgesteld of het om een bedrijf, belangenorganisatie, natuurlijk persoon of overheid ging. Bij bedrijven is vervolgens nagegaan of het bedrijf voorkomt op de door ons samengestelde lijst van grote bedrijven (zie bijlage 1). Bij het identificeren van procedures van grote bedrijven konden we dus uitsluitend afgaan op de aard van de eerste eiser.

We hebben geen informatie over kenmerken van de bedrijven, zoals bedrijfssector, Nederlands of internationaal bedrijf. Deze gegevens hebben we ook niet zelf toegevoegd. Evenmin is bekend wie als advocaat of procesvertegenwoordiger is opgetreden.

One-shotters en repeat players

Op basis van de naam van de eerste eiser is eveneens nagegaan hoe vaak de betreffende eiser in de periode van 2002 t/m 2007 betrokken was bij een aan het mededingingsteam voorgelegd geschil. Op basis van de namen van verweerders is hetzelfde gedaan voor de verweerders. Het komt voor dat dezelfde eiser op dezelfde datum meerdere procedures aanspant tegen dezelfde verweerder. In onze analyses met betrekking tot repeat players en one-shotters zijn wij ervan uitgegaan dat in zo'n geval sprake is van één geschil of zaak. Bij de verweerders zijn we er eveneens van uitgegaan dat procedures die gelijktijdig zijn gestart en beëindigd betrekking hebben op één geschil.

Bij het identificeren van procedures van repeat players konden we als gezegd uitsluitend afgaan op de naam van de eerste eiser. Het aantal geschillen waarbij een bedrijf betrokken was zal soms hoger zijn geweest dan uit de ons beschikbare gegevens bleek.

Bij de vaststelling van het aantal geschillen is geen rekening gehouden met het soort procedure waarmee door eiser of verweerder ervaring is opgedaan (verzoek om voorlopige voorziening of bodemprocedure; telecom- of mededingingsprocedure).

Kenmerken van de procedure

Soort procedure

Per afgehandelde procedure is bekend of het om een gewone beroepsprocedure of een verzoek om een voorlopige voorziening ging. Tevens is bekend of de rechtbank tot een vereenvoudigde behandeling heeft besloten.

Doorlooptijd

Per procedure is de doorlooptijd in dagen bekend (het aantal dagen tussen de datum van ontvangst van het beroep en de sluitdatum).

Afloop van de procedure

Per procedure is bekend of de procedure is ingetrokken of dat de rechtbank uitspraak heeft gedaan. Voor de ingetrokken procedures is tevens bekend in welk stadium ze zijn ingetrokken (voor inhoudelijke behandeling, na inhoudelijke behandeling of ter of na zitting).

Enkelvoudig/meervoudig

Het is onbekend of een zaak is behandeld door een enkelvoudige of meervoudige kamer.

Kenmerken van de beslissing

Inhoud van de uitspraak

Indien de rechtbank uitspraak heeft gedaan, is bekend wat de uitspraak inhoudt. De betreffende gegevens zijn door ons gehercodeerd tot: gegrondverklaring van het beroep of (gehele of gedeeltelijke) toewijzing van het verzoek om een voorlopige voorziening, ongegrondverklaring van het beroep of afwijzing van het verzoek om een voorlopige voorziening, niet-ontvankelijkverklaring, overig.

4. Het CBb

Waarop hebben de cijfers betrekking?

De gegevens van het CBb betreffen alle in 2002 t/m 2007 door het CBb afgehandelde zaken. Nadere afbakening is niet nodig, omdat het CBb een zelfstandige rechterlijke organisatie is en alle afgehandelde zaken in het bestand zijn opgenomen.

Elk procedurenummer is in dit verband aangemerkt als 'zaak' of 'procedure'. De meeste zaken hebben betrekking op een persoon of organisatie die in (hoger) beroep gaat bij het CBb. Soms betreft een procedurenummer echter meerdere appellanten. Bepalend is hier dat in een gezamenlijk geschrift beroep is ingesteld tegen een en dezelfde beslissing op bezwaar (b.o.b.). Gelijkluidende bezwaren van bezwaarden leiden doorgaans tot één b.o.b., waarin de overwegingen voor iedere bezwaarde hetzelfde zijn. Wanneer sprake is van meer dan één beslissing op bezwaar of wanneer niet sprake is van een gezamenlijk ingediend beroepsschrift, worden afzonderlijke procedurenummers toegekend.

Bijlage 2: Overzicht van kwantitatieve gegevens

Het komt ook voor dat een persoon of bedrijf gelijktijdig meerdere beroepschriften indient die naar alle waarschijnlijkheid betrekking hebben op één geschil. In de kwantitatieve overzichten is vrijwel steeds³²⁸ uitgegaan van procedures; een geschil telt dan meermalen mee.

Het CBb behandelt overigens alle beroepen die betrekking hebben op hetzelfde bestuursbesluit op een zitting. Het komt dan ook regelmatig voor dat het CBb een uitspraak doet die betrekking heeft op meer dan één procedurenummer. Wij zijn in het kwantitatieve overzicht telkens uitgegaan van procedures (en niet van uitspraken).

De data werden aangeleverd in zes verschillende bestanden die door ons zijn gekoppeld op basis van het zaaknummer en zijn geïntegreerd in een databestand.³²⁹ De volgende gegevens zijn beschikbaar.

Kenmerken van de zaken

Regelgeving

Per afgehandelde zaak is bekend op welke regelgeving of onderwerp de zaak betrekking heeft. Op basis van deze zaakstypering is een indeling gemaakt naar soort wetgeving.

Bestuursorgaan en besluit

De naam van het bestuursorgaan om wiens besluit het gaat is eveneens bekend. De bestuursorganen zijn voor een deel samengevoegd, bijvoorbeeld alle product- en bedrijfsschappen en het COKZ zijn samengevoegd onder de noemer 'pbo' en diverse gemeenten, provincies en andere lokale en regionale overheidsinstanties zijn samengevoegd als 'lagere overheid'. In sommige gevallen zijn ook de verschillende rijksdepartementen en ministeriële diensten samengevoegd. Er is geen nadere aanduiding van de aard van het besluit waar de procedure betrekking op heeft. Zo kan geen onderscheid worden gemaakt tussen bijvoorbeeld marktanalysebesluiten en sanctiebesluiten of tussen reguleringsbesluiten en besluiten in een geschillenprocedure.

Financieel belang

Gezien het karakter van de bestuursrechtelijke beroepsprocedure is geen informatie beschikbaar over het financiële belang dat in het geding is.

³²⁸ Uitzondering is de vaststelling of een bedrijf repeat player of one-shotter is.

³²⁹ De koppeling van bestanden werd bemoeilijkt doordat elk bestand weer anders was opgebouwd. De structuur van de bestanden was moeilijk te doorgronden (niet uitsluitend opgebouwd uit gegevens per procedurenummer, ook regels met (sub)totalen en sommige procedurenummers kwamen dubbel voor).

Kenmerken van de betrokken procespartijen

Namen van de procespartijen

Via het CBb is een aanvullend bestand verkregen met de namen van de eisers en gedaagden. In dit bestand is slechts de naam opgenomen van de eerste eiser en de eerste gedaagde. Namen van eventuele tweede of derde eiser/gedaagde zijn niet verkregen. Het Berber-registratiesysteem zou geen mogelijkheid bieden om meer dan een appellant te registreren per zaaknummer.

Wanneer een beroepschrift is ingediend door 'Abc bv' mede namens tien anderen, dan komt de naam van het beroepschrift op 'Abc bv e.a.' te staan. Wanneer dit zelfde beroep ingediend wordt door een gemachtigde/advocaat dan zal dit beroep worden ingenomen op naam van de eerste in het beroepschrift genoemde partij met de toevoeging 'e.a.'.

In naar schatting 4% van de zaken is meer dan een appellant betrokken. Vooral in hoger beroepsprocedures en in energie- en telecomzaken komt het regelmatig voor dat verschillende partijen gezamenlijk beroep instellen.

Wij hebben sommige eisers en verweerders samengevoegd. Soms komt een bedrijf of verweerder voor onder verschillende namen (bijvoorbeeld 'Koninklijke KPN nv' en 'KPN nv'). Ook verschillende onderdelen van een bedrijf of ministerie hebben we opgevat als een en dezelfde organisatie (bijvoorbeeld 'KPN bv', 'KPN Telecom bv' en 'KPN nv' wordt KPN; 'Min.v. Landbouw, Dienst Regelingen' en 'Min.v. Landbouw, Natuur & Voedselkwalit.' wordt ministerie van Landbouw).

Groot bedrijf of niet

Op basis van de namen van de eerste eiser/gedaagde is vastgesteld of een eiser of gedaagde al dan niet voorkomt op de lijst met grote bedrijven (zie bijlage 1). Bij de indeling van procedures waarbij een groot bedrijf is betrokken, is dus uitsluitend rekening gehouden met de aard van de eerste eiser/gedaagde.

Hoewel De Nederlandsche Bank voorkomt op de lijst van grote bedrijven is de DNB niet aangemerkt als groot bedrijf maar als bestuursorgaan vanwege de aard van zijn positie in deze procedures. Meestal wordt in de gepresenteerde gegevens slechts onderscheid gemaakt tussen zaken waarbij een groot bedrijf als eiser en/of gedaagde is betrokken en zaken waarbij geen groot bedrijf is betrokken als eerste eiser of gedaagde.

One-shotters en repeat players

Op basis van de namen van procespartijen is eveneens nagegaan hoe vaak de betreffende organisatie in de periode van 2002 t/m 2007 betrokken was bij een procedure bij het CBb. We zijn er hierbij van uitgegaan dat sprake is van één geschil wanneer een bedrijf meer dan een

Bijlage 2: Overzicht van kwantitatieve gegevens

procedure is gestart op dezelfde dag tegen dezelfde verweerder. Wanneer het bedrijf niet betrokken is bij andere procedures bij het CBb, wordt het bedrijf in die situatie door ons gekenmerkt als one-shotter. Bij bestuursorganen is er eveneens van uitgegaan dat procedures die gelijktijdig zijn gestart en beëindigd betrekking hebben op één geschil.

Bij de vaststelling van het aantal geschillen is rekening gehouden met zowel procedures waarbij een bedrijf of bestuursorgaan is betrokken als eiser en als verweerder. Ook is geen onderscheid gemaakt naar het soort procedure waarmee bedrijf of bestuursorgaan ervaring heeft (zoals hoger beroep, verzoek om voorlopige voorziening, bodemprocedure, of procedures op grond van bijvoorbeeld Telecommunicatiewet en Mededingingswet).

De indeling in one-shotters en repeat players wordt beperkt doordat deze uitsluitend is gebaseerd op de namen van de eerste eisers. Het aantal geschillen waarbij een bedrijf is betrokken zal daarom soms hoger zijn dan uit onze informatie blijkt.

Aard van de bedrijven

We hebben geen informatie over kenmerken van de bedrijven, zoals bedrijfssector, internationaal of Nederlands bedrijf. Deze gegevens hebben we ook niet zelf toegevoegd (op basis van de namen van bedrijven is het in principe denkbaar gegevens over het bedrijf elders op te zoeken en toe te voegen). Evenmin is bekend wie als advocaat of procesvertegenwoordiger is opgetreden.

Kenmerken van de procedure

Soort procedure

Op basis van de namen van gedaagden/verweerders zijn hoger beroepszaken geïdentificeerd. Zaken waarbij een gedaagde (en geen verweerder) wordt vermeld, zijn beschouwd als hoger beroep. De zaken waarbij een verweerder is vermeld (en geen gedaagde) zijn aangemerkt als zaak in eerste aanleg. Er is geen onderscheid gemaakt tussen hoger beroep tegen een beslissing in een bodemprocedure en hoger beroep tegen een beslissing van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam; beide zijn aangemerkt als hoger beroep.

In combinatie met informatie over de afloop van de zaak (meetelement) is een variabele gemaakt die het soort procedure aangeeft: hoger beroep (inclusief appel tegen vv), voorlopige voorziening, bodemzaak.

Doorlooptijd

Op basis van gegevens over de datum instroom en datum uitstroom is de doorlooptijd berekend. Circa 5% van alle berekende doorlooptijden bleek negatief (dat wil zeggen dat de datum uitstroom eerder valt dan de datum instroom). Deze zijn vervolgens buiten beschouwing gelaten.

Afloop van de procedure

Over de afloop van de procedure is bekend of de zaak is ingetrokken (en op welk moment) of uitspraak is gedaan (na gewone behandeling, na vereenvoudigde behandeling of na verzoek vv).

Enkelvoudig/meervoudig

Er is bekend of het gaat om een enkelvoudige kamer, meervoudige kamer of voorlopige voorzieningenrechter.

Kenmerken van de beslissing

Informatie over de inhoud van de uitspraak is slechts over de jaren 2002 en 2003 beschikbaar.

Over het jaar 2004 is dit gegeven over de helft van de zaken bekend, over 2005 t/m 2007 ontbreekt het. Het CBb was hierdoor verrast. Naar blijkt is de inhoud van de uitspraak in de jaren vanaf 2004 overschreven door de aanduiding dat de zaak is afgesloten (kennelijk naar aanleiding van aanmerkingen vanuit de Raad voor de rechtspraak dat in de registratie van het CBb zaken niet als afgesloten werden geregistreerd).

De gegevens over de jaren 2002 en 2003 (zaakscategorie) zijn als volgt gehercodeerd: niet-ontvankelijk/onbevoegd/doorverwijzing, ingetrokken, gegrond/toegewezen, ongegrond/afgewezen, onbekend/overig.

Als aanvulling op de registratiegegevens hebben we op www.rechtspraak.nl de inhoud opgezocht van alle uitspraken in 2007 in procedures waarbij een groot bedrijf is betrokken (geen hoger beroep) en een even groot aantal uitspraken in zaken waarbij geen groot bedrijf is betrokken. Er is telkens genoteerd of het beroep gegrond, ongegrond of gedeeltelijk gegrond is danwel dat het verzoek is afgewezen of toegewezen.

We hebben eveneens de inhoud van de uitspraak opgezocht op www.rechtspraak.nl van alle hoger beroepen uit de jaren 2002, 2003, 2004 en 2007. Van deze uitspraken in hoger beroep is genoteerd wie in hoger beroep ging (bedrijf of bestuur), wat de inhoud van de uitspraak van het CBb is (gegrond, gedeeltelijk gegrond, ongegrond) en of de uitspraak van de rechtbank Rotterdam geheel of gedeeltelijk werd vernietigd.

De verzamelde informatie gebaseerd op de uitspraak op www.rechtspraak.nl is toegevoegd aan het databestand.

In een aantal gevallen bleek de uitspraak van de zaak niet via www.rechtspraak.nl te vinden.

In de registratiegegevens verstrekt door het CBb is in sommige zaken informatie opgenomen over bijkomende bepalingen. Navraag leert dat bijkomende bepalingen worden opgenomen wanneer de rechter dit nodig acht. Dit verschilt dus per zaak en er is dan ook niet aan te geven wanneer dit wel of niet gebeurt. Deze informatie is niet gebruikt.

5. De Ondernemingskamer

Waarop hebben de cijfers betrekking?

De gegevens over de Ondernemingskamer die we ontvingen bevatten slechts het aantal afgehandelde zaken en het jaartal waarin de zaak werd afgehandeld. De Raad voor de rechtspraak beschikt niet over andere gegevens op zaakniveau met betrekking tot procedures bij de Ondernemingskamer. In overleg met de Raad voor de rechtspraak is geen energie geïnvesteerd in het verkrijgen van kwantitatieve gegevens bij de Ondernemingskamer, mede omdat naar de kwantitatieve aspecten van de enquêteprocedure reeds onderzoek gaande was in opdracht van het ministerie van Justitie. Om enig zicht te krijgen op de taaklast van de Ondernemingskamer en op zaakskenmerken is gebruikgemaakt van de gegevens uit dit onderzoek en van informatie uit jaarverslagen.

Kenmerken van de zaken

Inhoud van de procedure

Voor een overzicht van de aantallen door de Ondernemingskamer in de periode 2002-2007 behandelde zaken is voornamelijk geput uit de eigen jaarverslagen van de Ondernemingskamer. Daarin worden rechte tellingen per jaar gepresenteerd van de diverse typen zaken waarvoor de Ondernemingskamer exclusief bevoegd is.

Financieel belang

Van gegevens over het financieel belang ontbrak in de bestaande bronnen elk spoor.

Kenmerken van de betrokken partijen

Voor de enquêteprocedure kon een beroep gedaan worden op de gegevens vervat in het recente onderzoek van Cools, Geerts, Kroeze en Pijls.³³⁰ In dit onderzoek zijn gegevens verzameld over de kenmerken van partijen, het procedureverloop en de afloop op zaaksniveau voor de jaren 1971-1993 en 1994-2007.

Kenmerken van de procespartijen

In het onderzoek van Cools c.s. worden voor de eerste en tweede fase van de enquêteprocedure de diverse actoren onderscheiden die het verzoek indienen en de typen rechtspersonen (vereniging, coöperatie, al dan niet beursgenoteerde nv, bv etc.) onderscheiden ten aanzien van wie het verzoek is ingediend.

Er kan geen onderscheid worden gemaakt tussen zaken waarbij een groot bedrijf (volgens de lijst in bijlage 1) is betrokken en zaken waarbij dat niet het geval is. Ook informatie over one-shotters en repeat players is niet bekend.

Kenmerken van de procedure

Soort procedure

Ten aanzien van het verloop van de enquêteprocedure is in het onderzoek van Cools c.s. onderscheid gemaakt tussen de eerste fase van de procedure (verzoek om een enquête), de tweede fase (verzoek om vaststelling van wanbeleid) en de verzoeken tot onmiddellijke voorzieningen.

Doorlooptijd

Cools c.s. hebben ook gegevens verzameld over de doorlooptijd in dagen.

Afloop van de procedure

In het onderzoek van Cools c.s. is in kaart gebracht of de enquêteprocedure geëindigd is met een minnelijke regeling of met een uitspraak.

Kenmerken van de procedure

Inhoud van de uitspraak

Het onderzoek van Cools c.s. bevat ook gegevens over de inhoud van de beschikking in eerste en tweede fase. Ook is in kaart gebracht of er definitieve voorzieningen zijn getroffen en, zo ja, welke.

Bijlage 3: Informatie over interviews en respondenten

In het kader van dit onderzoek zijn interviews gehouden met grote ondernemingen die partij waren bij een procedure bij een van de vijf specialistische gerechtelijke voorzieningen. Aanvullend zijn interviews gehouden met andere bij deze procedures betrokken actoren, zoals gespecialiseerde advocaten, rechters en andere medewerkers van de specialistische gerechtelijke voorzieningen.

Keuze van bedrijven

Voor elk van de vijf rechtspraakvoorzieningen hebben we minimaal tien bedrijven gekozen voor het kwalitatieve deel van het onderzoek. Uitgangspunt daarbij is dat we ons concentreren op de grote bedrijven. Concreet betekent dit bedrijven die voorkomen in de AEX of AMX, op de lijst 500 grootste bedrijven in Nederland van *Fem Business* of op de lijst van 2000 grootste bedrijven in de wereld (moet wel actief zijn in Nederland). Bedrijven die op geen van deze lijsten voorkomen vallen buiten het onderzoek.

Onze onderzoeksopdracht betreft een onderzoek naar de ervaringen van grote bedrijven met gespecialiseerde rechtspraak. Naar aanleiding van de bevinding dat bij alle vijf instanties ook veel kleinere bedrijven procederen, is heroverwogen of we moesten blijven vasthouden aan de keuze voor grote bedrijven. De onderzoeksvragen hebben echter betrekking op de wijze waarop grote ondernemingen omgaan met geschillen, wat hun ervaringen zijn met specialistische rechtspraak en welke wensen zij op dat punt hebben. Voor deze vraagstelling is een concentratie op de grote ondernemingen noodzakelijk. Juridische problemen van kleine en middelgrote ondernemingen komen aan de orde in het WODC-onderzoek naar de MKB-geschillendelta. Afwijken van de keuze het onderzoek te beperken tot grote ondernemingen zou ertoe leiden dat het accent van het onderzoek zou verschuiven naar de verschillen tussen grote en kleine ondernemingen in de wijze waarop zij omgaan met conflicten en hun ervaringen en opvattingen over rechters. Dat is een ander onderzoek.

De ondernemingen zijn geselecteerd op basis van gegevens van de rechtspraakvoorziening, bij enkele instanties aangevuld op basis van gepubliceerde rechtspraak (www.rechtspraak.nl, JOR/ARO). Bij de keuze van ondernemingen is gestreefd naar ondernemingen met recente ervaring met de instantie (bij voorkeur in 2007 of later) en het verkrijgen van zoveel mogelijk variatie binnen het onderzoek. Zo is gestreefd naar variatie wat betreft de wijze van afdoening (bijvoorbeeld ten minste een zaak die eindigde met een intrekking, een zaak met hoger beroep of cassatie en een voorlopige voorzieningenprocedure of kort geding). Ook is gestreefd naar

enkele bedrijven die onderdeel zijn van een buitenlands concern, naar bedrijven die repeat player en one-shotter zijn, en naar variatie wat betreft het soort zaken (aard wetgeving). Het bleek al snel niet mogelijk om heel systematisch te werken met een nagestreefde verdeling over deze punten, omdat meestal slechts een beperkt aantal grote bedrijven betrokken was bij een recent afgesloten procedure. Vasthouden aan een bepaalde verdeling zou leiden tot zaken die reeds jaren tevoren waren afgesloten; dat is niet wenselijk omdat de betrokken personen dan niet meer te bereiken zijn (verandering functie, bedrijf bestaat niet meer of is gefuseerd e.d.) of niet meer precies weten waar het over ging. Bovendien zou het interview dan betrekking hebben op situaties en wetgeving die wellicht inmiddels zijn gewijzigd. Streven naar zoveel mogelijk variatie is echter wel uitgangspunt geweest bij de keuze.

Er is in 54 interviews gesproken met 58 medewerkers van 47 verschillende grote ondernemingen. 6 bedrijven werden 2x (of 3x) geïnterviewd, meestal betrof het medewerkers van verschillende bedrijfsafdelingen die ervaring hadden met een andere specialistische rechter.³³¹ vijf interviews met bedrijven hebben betrekking op ervaringen met zowel het CBb als de rechtbank Rotterdam inzake telecommunicatie en mededinging.

21 benaderde ondernemingen hebben niet aan het onderzoek meegewerkt. Soms betrof het een expliciete weigering (tijdgebrek, medewerker die betreffende procedure heeft behandeld is vertrokken, vacature, weinig ervaring met deze procedures, we doen nooit mee met onderzoek, zaak is nog onder de rechter), in andere gevallen werd de onderzoeker aan het lijntje gehouden of lukte het bij herhaling niet de juiste persoon te spreken te krijgen.

Er is gekozen voor semigestructureerde interviews door een van de onderzoekers. Het interview heeft plaatsgevonden met de medewerker van de onderneming die betrokken was bij een procedure bij de specialistische rechtspraakvoorziening. Soms betreft dit het hoofd of een medewerker van een bedrijfsjuridische afdeling, soms een directeur of een andere medewerker. Er is gebruikgemaakt van een basisvragenlijst als leidraad bij de interviews.³³² Per voorziening en per respondent is deze basislijst aangepast met meer specifieke vragen. De interviewvragen hebben betrekking op de gang van zaken en ervaringen met het onderzochte geschil en op het algemene beleid en de ervaringen en opvattingen binnen de onderneming met betrekking tot preventie van geschillen en geschilbeslechting. In het bijzonder is gevraagd naar de ervaringen met de in het onderzoek betrokken gerechtelijke voorziening, de wenselijkheid van een specialistische gerechtelijke voorziening en de specifieke deskundigheid waarover een rechter zou moeten beschikken. Tevens is uitgebreid stilgestaan bij de vraag wat de respondent verstaat onder kwalitatief goede rechtspraak, hoeveel gewicht wordt toegekend aan de vier onderscheiden dimensies van kwaliteit van rechtspraak en in hoeverre de onderzochte gerechtelijke voorziening voldoet aan de gestelde kwaliteitscriteria.

331 1 bedrijf 3 interviews (CBb, EB, OK), 5 bedrijven 2 interviews (2x IE & OK, CBb & OK, IE & NK en 2x OK).

332 Deze basistopiclijst is te raadplegen via <http://www.ru.nl/rechten/rechtssociologie/specialistischerechtspraak>.

Rechters en andere actoren van de onderzochte instanties

Een onderzoek naar de ervaringen met specialistische gerechtelijke voorzieningen is niet compleet wanneer daarin niet ook het perspectief van degenen die de gerechtelijke voorziening bemensen wordt betrokken. We hebben in totaal vijftien personen werkzaam bij de vijf onderzochte rechterlijke instanties geïnterviewd, het betreft vooral rechters. Er is voor elke instantie gesproken met de voorzitter van de betreffende voorziening en met ten minste één andere rechter of rechter-plaatsvervanger. Bij de ondernemingskamer zijn bovendien raden en onderzoekers geïnterviewd.

De interviews hadden betrekking op de mening van de betrokkenen over het functioneren van de specialistische voorziening en eventuele knelpunten en mogelijke oplossingen voor die knelpunten. Ook is aandacht besteed aan wat wordt gedaan om specialistische deskundigheid te verkrijgen en te behouden (minder roulatie, deskundige plaatsvervangers, cursussen, specialistische medewerkers, documentatie) en in hoeverre de rechters van oordeel zijn dat specialisatie belangrijk is en dat zij over voldoende specifieke deskundigheid beschikken (in vergelijking met procespartijen en hun vertegenwoordigers). Aan het eind van de onderzoeksperiode zijn de bevindingen uit de interviews en expertmeeting voorgelegd aan de onderzochte gerechtelijke instanties; bij vier instanties is naar aanleiding hiervan nogmaals een gesprek gevoerd met de voorzitter van de betreffende voorziening, één keer is volstaan met een schriftelijke reactie.³³³

Andere actoren met ervaring met de bestudeerde instanties

Aanvankelijk was het plan om bij elke gerechtelijke voorziening over twee tot drie geschillen een kleine casestudy te maken door ook andere relevante actoren dan het hoofd van de bedrijfs-juridische afdeling te interviewen. Dit bleek bij nader inzien niet altijd de beste strategie. Bij respondenten die veelgebruiker zijn van de betreffende gerechtelijke voorziening, zoals gespecialiseerde advocaten en telecommunicatiebedrijven, bleek het lastig om het interview te concentreren op één procedure en leidt dit tot een nodeloos verlies aan informatie. In enkele gevallen bleek een respondent terughoudend om te spreken over een bepaalde zaak, bijvoorbeeld omdat de zaak nog loopt in hoger beroep of cassatie, of omdat het gaat om vertrouwelijke strategische informatie. In enkele gevallen is het gelukt meerdere personen te interviewen die betrokken waren bij dezelfde procedure, bijvoorbeeld eiser, gedaagde en advocaat. Het bleek dan echter lastig om nadrukkelijk over zo'n geschil te rapporteren omdat de anonimiteit van de respondenten dan in het gedrang komt. Vandaar dat we ervan hebben afgezien om op die manier te rapporteren.

Wel hebben we per instantie een aantal andere actoren geïnterviewd met naar verwachting relevante ervaringen. Welke actoren dit zijn verschilt per instantie. We hebben gezocht naar

³³³ Deze gesprekken zijn niet opgenomen in de tabel met gerealiseerde interviews.

personen waarvan we verwachten dat ze een andere visie hebben of veel aanvullende informatie kunnen verstrekken. Bij alle voorzieningen zijn personen geïnterviewd die in verschillende posities verkeren.

Er zijn interviews tot stand gekomen met zeventien gespecialiseerde advocaten, met vijf rechters werkzaam op aanverwante gebieden, met vier onderzoekers van de ondernemingskamer, met medewerkers van drie bestuursorganen, drie belangenorganisaties, drie brancheorganisaties, twee andere juridisch deskundigen, één mediationorganisatie en één archiefmedewerker. Zie voor nadere informatie onderstaand overzicht. Ook hier gaat het om semigestructureerde interviews door een van de onderzoekers over de gang van zaken bij één of meer specifieke geschillen en om de mening van de betrokkenen over het functioneren van de specialistische voorziening, eventuele knelpunten en mogelijke oplossingen voor die knelpunten.

Bedrijven zonder ervaring met een van de vijf specialistische gerechtelijke voorzieningen

We hebben vier bedrijven benaderd voor een interview die, voor zover bij ons bekend, geen ervaring hebben met een van de vijf voorzieningen waarop ons onderzoek betrekking heeft. Dit is slechts in één geval gelukt. Bij een bedrijf lukte het ondanks herhaalde pogingen niet om iemand van de juridische afdeling te spreken te krijgen. De standaardreactie bij degene die de telefoon opnam was: afpoeieren. Bij twee andere bedrijven lukte het na herhaalde pogingen wel om iemand van de juridische afdeling aan de telefoon te krijgen. Als reden om niet mee te werken werd door beide bedrijven genoemd dat het erg druk was en dat men geen ervaring had met de vijf gerechtelijke voorzieningen. Een van deze bedrijven was inmiddels overgenomen en de huidige juristen waren niet op de hoogte van het beleid van het overgenomen bedrijf, en lieten weten juridische procedures over te laten aan advocaten. Onze indruk is dat enerzijds de bedrijven en bedrijfsjuristen niet erg betrokken waren bij het onderwerp van onderzoek (andere drukbezette bedrijfsjuristen vonden het vaak leuk om over hun werk te vertellen). Bovendien was men terughoudend om het beleid en strategie ten aanzien van juridische problemen te bespreken met een buitenstaander.

Op pagina 365 vindt u een overzicht van de gerealiseerde interviews en het aantal daarbij betrokken bedrijven/organisaties en het aantal respondenten. In de meeste gevallen vond het interview plaats met één respondent, maar bij enkele interviews waren twee respondenten aanwezig. Bij vijf bedrijven hebben twee interviews plaatsgevonden, bij één bedrijf drie; meestal werden mensen van verschillende afdelingen geïnterviewd over een andere specifieke rechtspraakvoorziening, bijvoorbeeld bij een onderneming die zowel geprocedeerd heeft bij de IE-kamer als de Ondernemingskamer. Hierdoor kunnen de getallen van de vijf voorzieningen niet eenvoudigweg bij elkaar opgeteld worden om het totaal aantal in het onderzoek betrokken

Bijlage 3: Informatie over interviews en respondenten

ondernemingen en respondenten te krijgen. De totalen zijn in onderstaand overzicht afzonderlijk vermeld.

Aantal gerealiseerde interviews (tussen haakjes het aantal bedrijven en aantal respondenten indien dit afwijkt)

	Grote bedrijven	Specialistische rechterlijke organisatie	Andere respondenten (advocaat, bestuurs- orgaan, andere leden rechterlijke macht, onderzoekers Ondernemingskamer, branche- of belangen- vereniging)	Bedrijven waarbij een interview niet tot stand is gekomen ³³⁴
Natte kamer R'dam	11 (15 resp.)	3	6	3
IE-kamer Den Haag	12	4	4	5
Ondernemingskamer	11 (10 bedrijven)	3	13	5
Mededinging R'dam	12 (11 bedrijven, 13 resp.)	2	8 (9 resp.)	5
CBb	15 (14 bedrijven)	3	10 (13 resp.)	3
Totaal aantal interviews	54	15	39	
Totaal aantal respondenten	58		43	
Totaal aantal bedrijven/ organisaties	47			17

Interviews

De interviews zijn in het algemeen gehouden in de periode van april 2008 tot februari 2009 en duurden gemiddeld anderhalf uur (variërend van een halfuur tot bijna drie uur). De meeste inter-

³³⁴ Bovendien bleek één benaderde advocaat niet tot een interview bereid.

views vonden plaats op de werkplek van de respondent; vijf interviews zijn telefonisch afgenomen. Van elk interview is een uitvoerig, veelal woordelijk verslag gemaakt (weergave van de geluidsband of door de onderzoeker uitgewerkte aantekeningen). Sommige geïnterviewden hechten erg veel belang aan de toezegging van anonimiteit. Dit speelt relatief vaak bij respondenten die werden geïnterviewd over hun ervaringen met de IE-kamer en de Ondernemingskamer. De informatie uit alle interviews is geanonimiseerd verwerkt in het eindverslag. Om de herkenbaarheid van de respondent te verminderen, zijn in citaten namen van personen of organisaties of bepaalde details in voorkomende gevallen verwijderd of vervangen door een algemene omschrijving. De informatie uit de interviews is voornamelijk kwalitatief geanalyseerd aan de hand van de onderzoeksvragen. Omdat de vijf in dit onderzoek betrokken voorzieningen sterk van elkaar verschillen, is gekozen voor een analyse per voorziening. In de analyse is nagegaan in hoeverre de ervaringen of meningen van de respondenten met elkaar overeenkomen om een algemeen beeld te kunnen schetsen. Daarnaast is aandacht besteed aan de variatie tussen respondenten, daarbij is nagegaan in hoeverre die variatie samenhangt met bepaalde kenmerken van de respondenten (zoals bedrijf of advocaat, bedrijfstak, soort zaak).

Overzicht van respondenten

Interviews over de natte kamer van de rechtbank Rotterdam

Grote ondernemingen

1. verzekeraar
2. verzekeraar
3. verzekeringsmakelaar
4. makelaar in maritieme verzekeringen
5. container terminal operator
6. producent chemische producten
7. vervoerder
8. vervoerder
9. scheepsbouwer
10. havenbedrijf overheid
11. berger

Andere betrokkenen

12. gespecialiseerde advocaat
13. gespecialiseerde advocaat
14. tuchtcollege scheepsvaart

15. belangenvereniging
16. wetenschapper universiteit verzekeringsrecht
17. wetenschapper universiteit maritiem recht

Interviews over de IE-kamer van de rechtbank Den Haag

Grote ondernemingen

1. producent chemische producten
2. geneesmiddelenproducent (innovatieve medicijnen)
3. geneesmiddelenproducent (generieke medicijnen)
4. geneesmiddelenproducent (weesmedicijnen)
5. producent technische installaties
6. producent elektronica
7. producent elektronica
8. producent consumentenproducten
9. producent voedingsmiddelen
10. producent frisdranken
11. producent merkkleding
12. producent merkkleding

Andere betrokkenen

13. advocaat Brinkhof advocaten (intellectuele eigendom)
14. advocaat Howrey LLP (octrooirecht)
15. rechter van het gerechtshof Den Haag
16. rechter van het gerechtshof Den Haag

Interviews over de Ondernemingskamer van de gerechtshof Amsterdam

Grote ondernemingen

Over het functioneren van de Ondernemingskamer zijn elf interviews gehouden met vertegenwoordigers van tien grote bedrijven die allen recente ervaring hadden met de Ondernemingskamer. De betreffende grote bedrijven zijn (of waren) beursgenoteerd. De meeste bedrijven hadden één zaak bij de Ondernemingskamer gehad, een enkel bedrijf was in de loop der jaren vaker bij een OK-procedure betrokken geweest. In zeven interviews stond de ervaring met een enquêteprocedure centraal. Bij twee bedrijven betrof het een jaarrekeningenprocedure, bij één bedrijf een medezeggenschapsprocedure.

Andere betrokkenen

Er zijn interviews gehouden met vijf advocaten, waarvan vier in het bijzonder ruime ervaring hebben met medezeggenschapszaken en deels bij de zaken van de geïnterviewde bedrijven betrokken zijn geweest alsmede ervaring hebben met medezeggenschapszaken bij andere grote bedrijven en daaruit voortvloeiende OK-procedures. Er is met twee advocaten gesproken over hun – eveneens ruime – ervaring met enquêteprocedures, in het bijzonder ten aanzien van grote bedrijven. Beiden zijn zowel aan de kant van bedrijven als aan de kant van verzoekers opgetreden. Tevens is aan de kant van ‘partijen’ gesproken met twee georganiseerde belangenbehartigers van aandeelhouders met ruime ervaring bij de Ondernemingskamer en dus repeat players. Ook hebben interviews plaatsgevonden met vier onderzoekers, betrokken bij één of meerdere enquêtes van grote bedrijven.

Interviews over de rechtbank Rotterdam, mededingingsteam

Grote ondernemingen

1. bouwonderneming
2. fietsenproducent
3. fietsenproducent
4. spoorwegbedrijf (reizigersvervoer)
5. spoorwegbedrijf (goederenvervoer)
6. spoorwegbedrijf (infrastructuurbeheerder)
7. telecombedrijf (aanbieder mobiele telefonie)
8. telecombedrijf (aanbieder vaste en mobiele telefonie)
9. telecombedrijf (IT-netwerkbedrijf)
10. telecombedrijf (voormalige monopolist)
11. energiebedrijf

Andere betrokkenen

12. Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA)
13. Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)
14. advocaat Allen & Overy (telecommunicatie)
15. advocaat Brinkhof advocaten (telecommunicatie)
16. advocaat LegalRail (spoorsector)
17. landsadvocaat Pels & Rijcken (mededinging)
18. wetenschapper universiteit economisch publiekrecht
19. wetenschapper universiteit mededingingsrecht

Interviews over het College van Beroep voor het bedrijfsleven

*Grote ondernemingen*³³⁵

1. telecombedrijf (aanbieder mobiele telefonie)
2. telecombedrijf (aanbieder vaste en mobiele telefonie)
3. telecombedrijf (IT-netwerkbijbedrijf)
4. telecombedrijf (voormalige monopolist)
5. telecombedrijf (televisie en telefonie)
6. energiebedrijf (producent en leverancier)
7. energiebedrijf (netbeheerder gas en elektra)
8. energiebedrijf (alternatieve energieleverancier)
9. diergeneesmiddelenproducent
10. biocideproducent
11. zuivelbedrijf
12. openbaar vervoerbedrijf
13. tabaksproducent
14. zorgverzekeraar

Andere betrokkenen

15. College voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden
16. Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA)
17. Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)
18. advocaat AKD Prinsen van Wijmen (gewasbeschermingsindustrie)
19. advocaat Allen & Overy (telecommunicatie)
20. advocaat Brinkhof advocaten (telecommunicatie)
21. landsadvocaat Pels & Rijcken (mededinging)
22. Stichting Natuur en Milieu
23. EnergieNed
24. wetenschapper universiteit economisch publiekrecht
25. wetenschapper universiteit mededingingsrecht

³³⁵ Respondenten van vijf bedrijven (telecom en energie) hebben zowel ervaring met het CBb als met het mededingingsteam van de rechtbank Rotterdam. Deze bedrijven staan vermeld bij beide rechtspraakvoorzieningen. Ook respondenten van bestuursorganen en gespecialiseerde advocaten hebben vaak ervaring met beide economische bestuursrechters.

Bijlage 4: Informatie over de expertmeetings

In februari en maart 2009 hebben vijf expertmeetings plaatsgevonden. We waren hiervoor te gast bij Houthoff Buruma te Rotterdam, Stibbe te Amsterdam en de Raad voor de rechtspraak te Den Haag.

Als leidraad voor het gesprek diende een notitie, opgesteld door de onderzoekers op basis van de eerste bevindingen uit de interviews, die vooraf aan de deelnemers was toegezonden.³³⁶

Voor de expertmeeting zijn gespecialiseerde advocaten, deskundigen uit het bedrijfsleven en gespecialiseerde rechtswetenschappers uitgenodigd. Omdat bedrijven doorgaans slechts eenmalig te maken hebben met de Ondernemingskamer zijn voor de expertmeeting over de OK geen bedrijven benaderd, maar voornamelijk advocaten met een ruime ervaring bij de OK, in het bijzonder met procedures waarin grote bedrijven betrokken waren.

De opkomst bij de meetings was goed, gemiddeld waren zestien deskundigen aanwezig. De deelnemers gaven hun mening over de noodzaak van specialisatie, de kwaliteit van de betreffende specialistische rechtspraakvoorziening en hun wensen en suggesties ter verbetering. De deelnemers hebben de gelegenheid gekregen te reageren op het verslag dat van de expertmeeting is gemaakt.³³⁷

Overzicht deelnemers van expertmeetings

	Advocatuur	Bedrijfsleven	Overig	Totaal
Natte kamer	8	4	5	17
IE-kamer	11	-	2	13
Ondernemingskamer	19	-	3	22
CBb	7	5	5	17
Mededingingsteam	2	3	8	13
Totaal	47	12	23	82

³³⁶ Deze notities zijn te vinden via <http://www.ru.nl/rechten/rechtssociologie/specialistischerechtspraak>.

³³⁷ De verslagen van de expertmeetings zijn beschikbaar via <http://www.ru.nl/rechten/rechtssociologie/specialistischerechtspraak>.

Experts die hebben deelgenomen aan de expertmeetings

Deelnemers expertmeeting natte kamer, 9 februari 2009

Mr. R. van der Burg, Allianz
Mw. mr. L. Bakelaar, Europe Container Terminals
Mr. W. ten Braak, dKM Advocaten
Prof. mr. K.F. Haak, Erasmus Universiteit Rotterdam
Mr. H. Hoek, Schipper Noordam Advocaten
Mr. M. Janssen, Van Traa Advocaten
Prof. mr. G. Kamphuisen, Radboud Universiteit Nijmegen
Mr. D. Karmelk, Europe Container Terminals
Mr. W.B.G. Neervoort, Medarba
Dhr. A. Orgelist, Vereniging van Nederlandse Inland Terminal Operators
Mr. M. Padberg, Padberg Spanjaart Advocaten
Mr. R.W.J.M. te Pas, Te Pas Advocaten
Mr. T. Roos, Van Dam & Kruidenier Advocaten
Mr. M. Sturm, Houthoff Buruma
Prof. dr. mr. N. van Tiggele-van der Velde, Radboud Universiteit Nijmegen
Prof. mr. J.H. Wansink, Erasmus Universiteit Rotterdam
Mr. T. Wiersma, Wiersma Van Campen Vos

Deelnemers expertmeeting IE-kamer, 12 maart 2009

Mr. J. Allen, NautaDutilh
Mr. B.J. Berghuis van Woortman, Freshfields Bruckhaus Deringer
Mr. K. Bisschop, Lovells
Mr. R.E. Ebbink, Brinkhof advocaten
Prof. mr. Th.C.J.A. van Engelen, Ventoux Advocaten
Mr. H.J.M. Harmeling, Freshfields Bruckhaus Deringer
Prof. mr. W.A. Hoyng, Howrey
Prof. mr. C.J.J.C. van Nispen, De Brauw Blackstone Westbroek
Mr. W. Pors, Bird & Bird
Prof. mr. A.A. Quaadvlieg, Radboud Universiteit Nijmegen
Mr. P. Steinhauser, Steinhauser VandenBrink Heezius Rijsdijk Advocaten
Mr. K.Th.M. Stöpetie, Brinkhof advocaten
Prof. mr. D.J.G. Visser, Universiteit Leiden

Deelnemers expertmeeting Ondernemingskamer, 12 maart 2009

Mr. B.F. Assink, NautaDutilh
Prof. mr. M.W. den Boogert, advocaat
Mw. mr. L.D. Bruining, Clifford Chance
Mr. O. van Brunschot, Boekel de Nerée
Mr. P.W.J. Coenen, VEB
Mr. A. Croiset van Uchelen, Allen & Overy
Mr. A. Doorman, Freshfields Bruckhaus Deringer
Mr. R.F. van den Heuvel, Simmons & Simmons
Mr. M. Holtzer, DLA Piper
Mr. W. Jongepier, Boekel de Nerée
Mr. M. Josephus Jitta, Stibbe
Mr. P.J. van der Korst, Houthoff Buruma
Mr. F. Leijten, Stibbe
Prof. mr. drs. M.P. Nieuwe Weme, Radboud Universiteit Nijmegen
Mr. P. Olden, NautaDutilh
Mr. D. Oranje, Clifford Chance
Mr. F. Peters, Spigthoff
Mr. H.A. de Savornin Lohman, Loyens & Loeff
Mw. mr. drs. E.M. Soerjatin, Nederlandse Zorgautoriteit (oud-advocaat)
Mr. J.W. van der Staay, Freshfields Bruckhaus Deringer
Mr. S.C.M. van Thiel, Loyens & Loeff
Mr. B. Verbunt, Simmons & Simmons

Deelnemers expertmeeting College van Beroep voor het bedrijfsleven, 16 maart 2009

Mw. mr. S. ten Asbroek, KPN
Mw. mr. M.L.C. van Assen, Brabers Corporate Counsel
Mw. mr. drs. N.J.E.G. Cremers, Zorgverzekeraars Nederland Zeist
Mr. E.J. Daalder, Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn
Mw. mr. M. Geus, Bird & Bird
Mr. E. Gottschal, energiebedrijf
Prof. mr. J.W. van de Gronden, Radboud Universiteit Nijmegen
Mw. mr. E. van Hasselt, GreenbergTraurig Amsterdam
Mr. R. Kolthek, UPC Nederland
Mr. Q. Kroes, Allen & Overy

Bijlage 4: Informatie over de expertmeetings

Mr. A.Th. Meijer, Loyens Loeff Rotterdam
Mw. prof. mr. A.T. Ottow, Universiteit Utrecht
Mr. E.H. Pijnacker Hordijk, De Brauw Blackstone Westbroek
Drs. J. Rutteman, Stichting Natuur en Milieu
Mw. mr. A.S.M.L. Prompers, Nederlandse Mededingingsautoriteit
Mr. G. Verberne, Van Doorne Amsterdam
Mr. T. Zee, OPTA

*Deelnemers expertmeeting Bijzondere competenties economisch bestuursrecht rechtbank
Rotterdam, 16 maart 2009*

Mr. drs. K.J. Defares, Stek
Mw. mr. S. van Es, Philips International
Mw. mr. A. Gerbrandy, Universiteit Utrecht
Mr. R. Groen, Shell International bv
Prof. mr. J.W. van de Gronden, Radboud Universiteit Nijmegen
Mr. R. van Hutten, Philips International
Mr. P. Kreijger, Freshfields Bruckhaus Deringer
Mw. prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, Universiteit van Amsterdam
Mw. mr. M.T.J.P. van Oers, Nederlandse Mededingingsautoriteit
Mr. drs. T.G.M. Simons, Centrale Raad van Beroep
Prof. mr. F.O.W. Vogelaar, Universiteit van Amsterdam
Mr. S.A. de Vries, Universiteit Utrecht
Mr. L.H. La Roi, OPTA

Literatuur

- Albers, P. (2009). 'The Assessment of Court Quality: Hype or Global Trend?', *Hague Journal on the Rule of Law* 4, p. 53-60.
- Asscher-Vonk, I.P. & C.A. Groenendijk (red.) (1999). *Gelijke behandeling: regels en realiteit, Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*. Den Haag: Sdu-uitgevers.
- Asser, W.D.H., H.A. Groen & J.B.M. Vranken (2003). *Een nieuwe balans, Interimrapport Fundamentele herbezinning*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Asser, C., G. van Solinge, M.P. Nieuwe Weme & R.G.J. Nowak (2009). *Rechtspersonenrecht; De naamloze en besloten vennootschap, 2-II**. Deventer: Kluwer.
- Assink, B.F. (2007). *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*. Deventer: Kluwer.
- Bach, M.L. & L. Applebaum (2004). 'History of the creation and jurisdiction of business courts in the last decade', *The Business Lawyer* 60(1), p. 151-275.
- Barendrecht, M. (2009). 'Verantwoording van rechtspraak richting burger', *Justitiële Verkenningen* 39/4, p. 15-30.
- Berge, J.B.J.M. ten (1998). 'Contouren van een kwaliteitsbeleid voor de rechtspraak', in: P.M. Langbroek, K. Lahus & J.B.J.M. ten Berge (red.), *Kwaliteit van rechtspraak op de weegschaal. Bijdragen aan het congres over kwaliteit van de rechtspraak gehouden op 25 september 1997 te Zutphen*. Zwolle: Tjeenk Willink, p. 21-40.
- Biesheuvel, M.B.W. & E.J. Daalder (2005). Vijftig jaar College van Beroep voor het bedrijfsleven, *NJB* 25, p. 1282-1288.
- Blanco Fernández, J.M., M. Holtzer & G. van Solinge (2004). *Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures*. Deventer: Kluwer.
- Blink, L.P. van den (2006). 'Ervaringen van een enquêteur', in: *De Frontsoldaten van de Ondernemingskamer*, Symposiumverslag, Amsterdam, p. 10-15.
- Blomme, T.M. (2008). 'Twintig jaar gecentraliseerde octrooirechtspraak in Den Haag: een statistisch overzicht', *IER* (4), p. 170-178.
- Böcker, A. (1991). 'A pyramid of complaints: the handling of complaints about racial discrimination in the Netherlands', *17 New Community*, p. 603-616.
- Bovend'Eert, P.P.T. & C.A.J.M. Kortmann (2008). *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*. Alphen aan den Rijn: Kluwer.
- Bruinsma, F. e.a. (1999). *De Hoge Raad van onderen*. Deventer: Tjeenk Willink, 2e herziene druk.

- Buruma, Y. (2009). 'Kwaliteit in de praktijk', in: Y.Buruma, A.A. van Rossum & J.W.M.Tromp (red.), *Kwaliteit in de praktijk*. Nijmegen/Arnhem: Radboud Universiteit Nijmegen, Rechtbank Arnhem en Gerechtshof Arnhem, p. 61-83.
- Chandler, A. (1997). *Scale and Scope: the Dynamics of Industrial Capitalism*. Belknap Press.
- Chandler, A.D. (2001). *Inventing the electric century: the epic story of the consumer electronics and computer industries*. New York: The Free Press.
- Chandler, A.D. (2005). *Shaping the industrial century: the remarkable story of the modern chemical and pharmaceutical industries*. Cambridge: Harvard University Press.
- Chayes, A. & A.H. Chayes (1985). 'Corporate Counsel and the Elite Law Firm', 37 *Stanford Law Review*, p. 277-300.
- College van Beroep voor het bedrijfsleven (2006). *Vijftig jaar College van Beroep voor het bedrijfsleven*, Jubileumboekje. Den Haag.
- Commissie verbetervoorstellen bestuursrecht (2007). *Eindrapport*, www.rechtspraak.nl.
- Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie (2006). *Rechtspraak is kwaliteit*. Den Haag.
- Commissie toedeling zaakspakketten (2008). *Specialisatie, concentratie en kwaliteit van rechtspraak. Rapport commissie toedeling zaakspakketten*. Den Haag: Raad voor de rechtspraak.
- Commissie-Verdam (1965). *Herziening van het ondernemingsrecht. Rapport van de Commissie ingesteld bij beschikking van de Minister van Justitie van 8 april 1960*. 's-Gravenhage.
- Cools, K., P.G.F.A. Geerts, M.J. Kroeze & A.C.W. Pijls (2009). *Het recht van enquête. Een empirisch onderzoek*. Amsterdam: Instituut voor Ondernemingsrecht.
- Croes, M.T. & G.C. Maas (nog te verschijnen). *Geschildbeslechtsingsdelta MKB. Over het optreden en afhandelen van (potentieel) juridische problemen in het midden- en kleinbedrijf*, Den Haag: WODC.
- Delanoeije, E., F. van Loon & Y. Wouters (1992). 'Conflictafhandeling in Vlaanderen, Een empirisch onderzoek naar het verloop van burgerrechtelijke geschillen', *Recht der Werkelijkheid*, p. 79-97.
- Delden, A.H. van, F. van Dijk & E. Bauw (2007). Kwaliteit van rechtspraak, *NJB* 19 januari, nr. 3, p. 144-151.
- Doorenbos, D.R. & M. Jurgens (2006). 'Specialisatie en concentratie van rechtspraak op het terrein van het financieel (bestuurs)strafrecht', in: Tromp e.a. (red.), *Concentratie en specialisatie van rechtspraak: noodzaak of overbodig?* Deventer: Kluwer, p. 95-114.
- Duijkersloot, A.P.W. (2007). *Toezicht op gereguleerde markten*, Cahiers staats- en bestuursrecht. Nijmegen: Ars Aequi Libri.

- Dumoulin (2008). 'Helder Heineken – OK 18 oktober 2001, NJ 2001, 641', in: M. den Boogert & H. Beckman et al., *Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert*. Deventer: Kluwer, p. 81-93.
- ENCJ Working Group on Quality Management (2008). *Final report*. European Network of Councils for the Judiciary.
- ENCJ Working Group on Quality Management (2009). *Quality Management Report 2008-2009*. European Network of Councils for the Judiciary.
- Eshuis, R. (2005). 'Versnellingsbeleid in de rechtspraak: resultaten en reflecties', *Rechtstreeks* 2005(2), p. 7-68.
- European Commission (2008). *Pharmaceutical sector inquiry – preliminary report*, DG Competition Staff Working Paper, 28 November 2008.
- Fasseur-van Santen, J.C. (2004). 'Concentratie, specialisatie en intellectuele eigendom', *Trema* 27(10) [*Special Wettelijke concentratie van rechtspraak*], p. 477-479.
- Frentrop, P. (2007). 'Laat ook Willems gras gaan maaien', *NRC Handelsblad* 16 juli 2007, p. 7, opinie.
- Galanter, M. & J. Rogers (1991). *The transformation of American business disputing: some preliminary observations*, Working-paper 10-3, Disputes processing research program, Institute for legal studies. University of Wisconsin.
- Galanter, M. (1973). 'Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change', 9 *Law & Society Review* 1, p. 95-160.
- Galanter, M. (1984). 'Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach about Legal Process', 34 *Journal of Legal Education*, p. 268-276.
- Gellaerts, S. (2008). *Lego®, The road ahead*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Genn, H. (1999). *Paths to justice: what people do and think about going to law*. Oxford: Hart.
- Gerbrandy, A. (2009). *Convergentie in het mededingingsrecht. De invloed van het EG-recht op materiële toepassing, toegang, bewijs en toetsing bij de Nederlandse mededingingsbestuursrechter, gezien in het licht van effectieve rechtsbescherming*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Gerzon, F. (1986). *Nederland, een volk van struikrovers? De herinvoering van de Nederlandse Octrooiwet (1869-1912)*. Den Haag: Orde van Octrooigemachtigden.
- Gielen, Ch. (red.) (2007). *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*. Deventer: Kluwer.
- Glazener, P. & Q. Kroes (2007). 'De rechterlijke toetsing van 'OPTA's marktanalyses. Materiële aspecten', *Mediaforum* 11/12, p. 334-343.
- Goldsmith, J.C., A. Ingen-Housz & G.H. Pointon (red.) (2006). *ADR in Business. Practice and Issues across Countries and Cultures*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

- Governor's Task Force on Civil Justice Reform, Committee on Business Courts (2000). *Final Report of Governor's Task Force on Civil Justice Reform* (September 6, 2000), <http://www.state.co.us/cjrtf/report/download/report1.doc>.
- Grabowski, H.G. & M. Kyle (2007). 'Generic Competition and Market Exclusivity Periods in Pharmaceuticals', *Managerial and Decision Economics* 28, p. 491-502.
- Groot-van Leeuwen, L.E. de & S. van Steenbergen (2006). 'Specialistische rechtspraak in de ogen van rechters en wetenschappers', in: Tromp e.a. (red.), *Concentratie en specialisatie van rechtspraak: noodzaak of overbodig?* Deventer: Kluwer, p. 37-50.
- Groot-van Leeuwen, L.E. de (2008). 'Advocaten en notarissen: rechtshulpverleners tussen professie en commercie', in: R. Schwitters (red.), *Recht en samenleving in verandering. Een inleiding in de rechtssociologie*. Deventer: Kluwer, p. 201-229.
- Haak, W.E. & B.C. de Savornin Lohman (2009). *Procederen in Rijnvaartzaken*. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Hammerstein, A. (2008). 'Mick den Boogert en Van der Grinten', in: M. den Boogert & H. Beckman et al., *Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert*. Deventer: Kluwer, p. 108.
- Hartendorp, R.C. (2003). *Notitie rechterlijke concentratie*. Den Haag: Raad voor de rechtspraak.
- Hoge Raad der Nederlanden (2009). *Verslag 2007 en 2008, Een vorm van selectie versterkt het gezag van de Hoge Raad en bevordert de kwaliteit van de rechtspraak*. Den Haag: Hoge Raad.
- Hol, A.M. & M.A. Loth (2002). 'Beter weten. Specialisatie in de rechterlijke macht', *Trema* 25(10), p. 486-505.
- Holtzer, M. (2003). 'De aansprakelijkheid van de onderzoeker in de enquêteprocedure', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*. Deventer: Kluwer, p. 251-268.
- Holtzer, M. (2006). 'Van de redactie', in: *Conflicten rond de onderneming, De Commissaris 3*, uitgave van DLA Piper Nederland NV, p. 3.
- Houtte, J. van, A. Duysters & V. Thielman (1995). *Gebruik van recht in de zakenwereld. Over juristen in grote industriële ondernemingen*. Leuven: Acco.
- Houtte, J. van, V. Thielman & K. de Valck (1996). *De zakenwereld en de juridische dienstverlening*. Leuven: Acco.
- Jettinghoff, A. (1992). 'Geschillen en gerechten', in: B.P. Sloot & R.J.S. Schwitters (red.), *Rechts-sociologie*. Heerlen: Open Universiteit, p. 215-231.
- Jettinghoff, A. (2001). *Het komt zelden voor. Beheersing van klachten en geschillen in relaties tussen bedrijven*. Maastricht: Universitaire Pers Maastricht.

- Jettinghoff, A. (2003). 'Weg van het recht: beheersing van conflictstof in commerciële relaties', in: L. Kools e.a. (red.), *De waarheid en niets dan de waarheid*. Brugge: die Keure, p. 201-221.
- Jones, G. (2006). 'Multinationals from the 1930s to the 1980s', in: A. Chandler & B. Mazlish (red.), *Leviathans, Multinational Corporations and the New Global History*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 81-105.
- Joosten, H.F.J. (1989). 'De rechtspraak van de Ondernemingskamer', *SMO-Informatief* 89-6, uitgave van de Stichting Maatschappij en Onderneming, p. 10-25.
- Josephus Jitta, M.W. & M.R. Mok (2004). *Het enquêterecht onderzocht*, Preadviezen voor de Vereniging 'Handelsrecht'. Deventer: Kluwer.
- Jurgens, M. & J.W.M. Tromp (2009). 'Minister en raad voor de rechtspraak: bezint eer ge begint!' *Trema* 32(5), p. 182-188.
- Kam, E. van der (2001). *Kwaliteit gewogen. Verschillende perspectieven op kwaliteit van civiele rechtspleging*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Kat, M. (2007). *In-House bij de Legal Counsel*. Delft: Nivo.
- Kidder, R.L. (1980-81). 'The end of the road? Problems in the analysis of disputes', *Law and Society Review* 15, p. 717-725.
- Kitagawa, T. & L. Nottage (2006). *Globalization of Japanese Corporations and the Development of Corporate Legal Departments: Problems and Prospects*, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper no. 06/46.
- Koning, K. de (2009). 'Verslag symposium Generalist of specialist, wie is aan zet?' *Trema* 32(2), p. 56-62.
- Koning, P.J.M. & N.U.N. van den Heuvel-Kien (2000). *Formeel mededingingsrecht*. Den Haag: Elsevier.
- Kooij, P.A.C.E. van der (2000). *The Community Trade Mark Regulation*. Londen: Sweet & Maxwell.
- Koopmans, T. (1995). 'Veertig jaar economische rechtspraak', *RM Themis* 1995/5, p. 183-185.
- Kranakis, E. (2007). 'Patents and Power. European Patent-System Integration in the Context of Globalization', 48 *Technology and Culture*, p. 689-728.
- Langbroek, P.M. (2006). Organisatieontwikkeling en kwaliteitszorg in de rechterlijke organisatie, in: E.R. Muller & C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke macht. Studies over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*. Deventer: Kluwer, p. 115-142.
- Langbroek, Ph.M. (2009). Kwaliteitszorg voor rechtspraak, *Justitiële Verkenningen* 39/4, p. 31-41.
- Langbroek, P.M., K. Lahus & J.B.J.M. ten Berge (red.) (1998). *Kwaliteit van rechtspraak op de weegschaal. Bijdragen aan het congres over kwaliteit van de rechtspraak gehouden op 25 september 1997 te Zutphen*. Zwolle: Tjeenk Willink.

- Legomsky, S. (1990). *Specialized Justice. Courts, administrative tribunals, and a cross-national theory of specialization*. Oxford: Clarendon Press.
- Loth, M.A. (2004). 'Met openbaar gezag bekleed. Over het publieke karakter van rechtspraak', in: N.J.H. Huls & M.A. Loth (red.) (2004), *Het domein van de rechter*. Rotterdam/Deventer: Sanders Instituut/Kluwer, p. 43-59.
- Macaulay, S. (1963). 'Non-contractual relations in business: a preliminary study', *American Sociological Review* 28, p. 55-67.
- Macaulay, S. (1977). 'Elegant models, empirical pictures and the complexities of contract', *Law & Society Review* 11, p. 507-528.
- Meulen, B.M.J. van der, M.E.G. Litjens & A.A. Freriks (2006). *Prorogatie in de Awb. Invoerings-evaluatie rechtstreeks beroep*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Meyer, K.E. (2006). 'Globalfocusing: From domestic conglomerates to global specialists', *Journal of Management Studies* 43, p. 1109-1144.
- Mijhad, J. (2006). 'De bevoegdheden van de Ondernemingskamer', in: *De Frontsoldaten van de Ondernemingskamer*, Symposiumverslag. Amsterdam, p. 26-32.
- Miller, R. & A. Sarat (1980-81). 'Grievances, claims and disputes: assessing the adversary culture', *Law and Society Review* 15, p. 525-566.
- Mok, M.R. (2006). 'Inleiding', in: College van Beroep voor het bedrijfsleven, *Vijftig jaar College van Beroep voor het bedrijfsleven*, Jubileumboekje. Den Haag, p. 8-12.
- Mol van Otterloo, H.M. de (2005). 'De enqueteprocedure; gedachten over wetswijzigingen', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*. Deventer: Kluwer 2005, p. 171.
- Mortelmans, K.J.M. (2000). 'Kroniek economisch bestuursrecht', *NJB* 31, p. 1577-1581 (<http://wiarda.library.uu.nl/publish/articles/000030/article.htm>).
- Mulder, A. (1980). Vijfentwintig jaar College van Beroep voor het bedrijfsleven, *SEW* 7/8, p. 393 - 399.
- Naves, H.C. (2004). 'Concentratie van rechtspraak in de praktijk. De bijzondere competenties van de rechtbank Rotterdam', *Trema* 27(10) [Special Wettelijke concentratie van rechtspraak], p. 485-486.
- Nelson, R.L. & L.B. Nielsen (2000). 'Cops, Counsel, and Entrepreneurs: Constructing the Role of Inside Counsel in Large Corporations', *Law & Society Review* 34 (2), p. 457-494.
- Ng, Gar Yein (2007). *Quality of judicial organisation and checks and balances*. Antwerpen/Oxford: Intersentia.
- Ondernemingskamer (2003). 'Kort jaarverslag 2002 van de Ondernemingskamer', *Ondernemingsrecht* 13, p. 498-499.

- Ondernemingskamer (2004). 'Kort jaarverslag 2003 van de Ondernemingskamer', 14 *Ondernemingsrecht* 14, p. 552.
- Pagenberg, J. (2007). 'Another Year of Debates on Patent Jurisdiction in Europe and No End in Sight?', *IIC, International Review of Intellectual Property and Comparative Law*, p. 805-825.
- Pietermaat, E. & A. Ottow (2007). 'De rechterlijke toetsing van 'OPTA's marktanalyses. Procedurele aspecten', *Mediaforum* 11/12, p. 343-350.
- Pon, W. du (2004). 'Octrooirechtspraak in de praktijk', *Trema* 27(10) [Special Wettelijke concentratie van rechtspraak], p. 489-490.
- Posner, R.A. (1996). *The federal courts. Challenge and reform*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Raad voor de rechtspraak (2004a). *Toetsingskader rechterlijke concentratie*. Den Haag: Raad voor de rechtspraak.
- Raad voor de rechtspraak (2004b). *Agenda van de Rechtspraak 2005-2008*. Den Haag: Raad voor de rechtspraak.
- Raad voor de rechtspraak (2006a). *Kwaliteit kost tijd*. Den Haag: Raad voor de rechtspraak.
- Raad voor de rechtspraak (2006b). *De Rechtspraak. Jaarverslag 2005*. Den Haag: Raad voor de rechtspraak.
- Raad voor de rechtspraak (2008a). *Kwaliteit van de rechtspraak* (brochure over RechtspraakQ). Den Haag: Raad voor de rechtspraak.
- Raad voor de rechtspraak (2008b). *De Rechtspraak. Kengetallen gerechten 2007*. Den Haag: Raad voor de rechtspraak.
- Raad voor de rechtspraak (2009). *De Rechtspraak. Kengetallen gerechten 2008*. Den Haag: Raad voor de rechtspraak.
- Recht op bezwaar: geen bezwaar. Verslag van het congres 13 januari 2006*. Wageningen: College voor de Toelating van Bestrijdingsmiddelen.
- Riezebos, R. & E. Waarts (1994). *Power Play. De slag om de wasmiddelenmarkt*. Groningen: Wolters-Noordhoff.
- Rooks, G. & C. Snijders (2004). 'Een hernieuwde kijk op dispuutpiramides', *Recht der Werkelijkheid*, p. 32-42.
- Rooks, G. (2001). *Contract en conflict: strategisch management van inkooptransacties*. Amsterdam: Thesis publishers.
- Schenk, W.L. (1973). *De praktijk van de ondernemingskamer*, Geschriften van de vereniging voor Belastingwetenschap. Deventer: Kluwer, p. 3-11.
- Schilder, A., W.H.M. Nuijts, D.C. Meerburg & S.C.J.J. Kortmann (2004). *Het advies en de rol van de adviseur*. Deventer: Kluwer.

- Schlössels, R.J.N. (2006). 'Concentratie van bestuursrechtspraak', in: Tromp e.a. (red.), *Concentratie en specialisatie van rechtspraak: noodzaak of overbodig?* Deventer: Kluwer, p. 51-93.
- Schneider, M. (2005). *Die Neuordnung der europäischen Patentgerichtsbarkeit*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac.
- Scordomaglia, V. (1997). 'Jurisdiction and Procedure in Legal Actions relating to Community Trade Marks', in: M. Franzosi (red.), *European Community Trade Mark. Commentary to the European Community Regulations*. Den Haag: Kluwer Law International.
- Slagter, W.J. (1996). '25 jaar Ondernemingskamer', in: *25 jaar Ondernemingskamer. De betekenis van de OK voor ondernemend Nederland*, Sinzheimer cahiers 11. 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers, p. 1-19.
- Slagter, W.J. & J.C.K.W. Bartel (2005). *Compendium van het Ondernemingsrecht*, 8^e herz. druk. Deventer: Kluwer.
- Slot, P.J., W.B. van Bockel e.a. (2002). *Eindrapport Evaluatie Mededingingswet. Juridisch deel-onderzoek*. Rotterdam: NEI.
- Snijders, H.J., C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer (2007). *Nederlands burgerlijk procesrecht*. Deventer: Kluwer.
- Sociaal-Economische Raad (2008). *Evenwichtig ondernemingsbestuur*, Publicatienummer 1, 15 februari 2008. Den Haag: SER.
- Storm, P.M. (2008). 'Kroniek enquête-recht 2007', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*. Deventer: Kluwer, p. 9-59.
- Susskind, R. (2009). *The end of lawyers? Rethinking the nature of legal services*. Oxford University Press.
- Thunissen, H.O. (1995). Een persoonlijke terugblik op veertig jaar College van Beroep voor het bedrijfsleven, *RM Themis* 5, p. 186-189.
- Timmerman, L. (2008). 'In gesprek met Mick den Boogert', in: M. den Boogert & H. Beckman et al., *Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert*. Deventer: Kluwer, p. 1-8.
- Tromp, J.W.M., M. Jurgens, L.E. de Groot-van Leeuwen & P.P.T. Bovend'Eert (red.) (2006). *Concentratie en specialisatie van rechtspraak: noodzaak of overbodig?* Deventer: Kluwer.
- Unah, I. (1998). *The courts of international trade: judicial specialization, expertise, and bureaucratic policy-making*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Vago, S. (2006). *Law and Society*. Upper Saddle River: Prentice Hall.
- Veenbergen, J.A. (2006). *Kwaliteit kost tijd*. Den Haag: Raad voor de rechtspraak.
- Velthoven, B.C.J. van (2005). *De waarde van de juridische infrastructuur voor de Nederlandse economie*, Research Memoranda 1(1). Den Haag: Raad voor de rechtspraak.

- Velthoven, B.J.C. van & M.J. ter Voert (2004). *De geschilbeslechtsingsdelta 2003*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Verslag rondetafelgesprek (2006). Rondetafelgesprek over de enquête-industrie, gespreksleider F. Stibbe, *De Commissaris* 3, uitgave van DLA Piper Nederland NV, p. 19-22.
- Waarden, F. van (2009). 'Power to the legal professionals: is there an Americanization of European law?', *3 Regulation & Governance*, p. 197-216.
- Werkgroep-Wiersma (1972). *Gedachten over de toekomst van de rechtspleging. Rapport van de werkgroep herziening rechterlijke organisatie*. Den Haag: Staatsuitgeverij.
- Wermeskerken, H. van (2008). 'Natte zaken', *Mr.* 8/9, p. 40-46.
- Widdershoven, R.J.G.M. (1995). 'Handhaving van sociaal-economisch recht in Nederland: terugblik en perspectief', *RM Themis* 5, p. 205-218.
- Widdershoven, R.J.G.M. e.a. (2008). *Evaluatie belastingrechtspraak in twee instanties. Eindrapport fase II*, Research Memoranda, nr. 4. Den Haag: Raad voor de rechtspraak.
- Wijk, J.W.H. van (2007). 'De Hoge Raad en het enquêterecht: een overzicht', *Ondernemingsrecht*, p. 386-398.
- Wilkins, M. (1998). 'Multinational Enterprise and Economic Change', *Australian Economic History Review* 38(2), p. 103-134.
- Willems, J.H.M. (2001). 'De achterkant van een postzegel', *Trema* 24(2), p. 36-40.
- Willems, J.H.M. (2006). 'De Frontsoldaten van de Ondernemingskamer, inleiding voor het symposium ter gelegenheid van het 35-jarig bestaan van de Ondernemingskamer op 16 november 2006', in: *De Frontsoldaten van de Ondernemingskamer*, Symposiumverslag. Amsterdam, p. 3-10.
- Winter, R.R. (2002). 'Het College van Beroep voor het bedrijfsleven in 2010', *Trema* 25(7), p. 325-332.
- Winter, R.R. (2006). 'Vijftig jaar College van Beroep voor het bedrijfsleven', in: *College van Beroep voor het bedrijfsleven, Vijftig jaar College van Beroep voor het bedrijfsleven*, Jubileumboekje. Den Haag, p. 5-7.
- Zelfde, R.C.A. van 't (2004). 'Het recht van expertise', in: M.L. Hendrikse & N.H. Margetson (red.), *Capita Zeerecht. Een praktische benadering van de overeenkomst van goederenvervoer over zee*. Deventer: Kluwer bv.
- Zuurmond, A., P. Castenmiller & P. Jörg (2006). *RechtspraakQ beoordeeld. Over het kwaliteitssysteem van de gerechten*. Den Haag: Zenc (www.rechtspraak.nl).

Colofon

Raad voor de rechtspraak
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

Deze publicatie verschijnt in het kader van het wetenschappelijk onderzoeksprogramma van de Raad voor de rechtspraak. Uitgave daarvan betekent niet dat de inhoud het standpunt van de Raad voor de rechtspraak weergeeft.

Voorzitter :
Prof. mr. C.E. du Perron
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Universiteit van Amsterdam

Leden:
Mr. ing. H.J. Damkot
Bijzonder beheer
Rabobank Groep Nederland

Dr. F. van Dijk
Hoofd Afdeling Ontwikkeling
Raad voor de Rechtspraak

Mr. H.F.M. Hofhuis
Coördinerend vice-president senior
Rechtbank Den Haag

Dr. A. Klijn
Wetenschappelijk adviseur
Raad voor de rechtspraak

Mr. F.F. Langemeijer
Advocaat-generaal
Hoge Raad

Mr. H.AE. Uniken Venema
Voorzitter van het bestuur
Rechtbank Utrecht

Mw. dr. M.J. ter Voert
Onderzoeksafdeling Rechtsbestel
Wetgeving en Internationale
aangelegenheden (RWI)
Wetenschappelijk Onderzoek-
en Documentatiecentrum (WODC)
Ministerie van Justitie

Voor leden van de rechterlijke organisatie zijn gratis exemplaren beschikbaar.
Deze kunnen worden besteld bij:
Raad voor de rechtspraak
Secretariaat afdeling Ontwikkeling
Postbus 90613
2509 LP Den Haag
Tel. (070) 361 97 05

De integrale tekst van dit rapport is gratis te downloaden van:
www.rechtspraak.nl/gerechten/Rvdr
Rubriek: wetenschappelijk onderzoek

Uitgever
Sdu Uitgevers BV, Den Haag

Vormgeving
Corps, Den Haag

Opmaak binnenwerk
Studio Typeface, Lelystad

Oplage
625 stuks

Maart 2010

© Staat der Nederlanden (Raad voor de rechtspraak)
Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, in een voor anderen toegankelijk gegevensbestand worden opgeslagen of worden openbaar gemaakt zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad voor de rechtspraak. De toestemming wordt hierbij verleend voor het verveelvoudigen, in een gegevensbestand toegankelijk maken of openbaar maken waarvoor geen geldelijke of andere tegenprestatie wordt gevraagd en ontvangen en waarbij deze uitgave als bron wordt vermeld.