

Mededingingsrecht in de Praktijk 2016(8) 322 Art. - Integratie CBb met Raad van State van de baan: kansen op verhoging efficiency en verbetering rechtseenheid op korte termijn verkeken

Publicatie	Mededingingsrecht in de Praktijk
Aflevering	16 afl. 8
Publicatiedatum	05 december 2016
Auteurs	Driest MRE, mr. E.A.W.Putter, mr. M. de

Integratie CBb met Raad van State van de baan: kansen op verhoging efficiency en verbetering rechtseenheid op korte termijn verkeken

Op 16 november 2016 heeft minister Plasterk het wetsvoorstel Wet organisatie hoogste bestuursrechtspraak ingetrokken. Op basis van een SWOT-analyse concluderen wij dat het aannemen van dit wetsvoorstel voor de mededingsrechtelijke praktijk duidelijke voordelen had gehad. Mededingingsrechtelijke zaken zouden binnen de Raad van State sneller en efficiënter worden afgewikkeld dan nu bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven het geval is. Met de intrekking van het wetsvoorstel zal bovendien ook het advies van de Commissie rechtseenheid met innovatieve voorstellen op de lange baan worden geschoven. Een gemiste kans dus.

Introductie

Met het wetsvoorstel Wet organisatie hoogste bestuursrechtspraak (34 389) beoogden de ministers Van der Steur en Plasterk twee van de vier gespecialiseerde hoogste bestuursrechters op te heffen. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) zou opgaan in de reguliere kolom van de rechtelijke macht (rechtbanken-gerechtshoven-Hoge Raad) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) zou worden ondergebracht binnen de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS).¹ Het doel was te komen tot een eindsituatie met twee hoogste bestuursrechters: de Hoge Raad voor zaken betreffende belasting, sociale zekerheid en ambtenarenrecht en de ABRvS voor de overige bestuursrechtelijke zaken.

Omdat met name de dreigende opheffing van het CBb de lezers van dit blad aan het hart zal gaan, beperken wij ons in dit artikel tot de mogelijkheid van opheffing van het CBb.

Op donderdag 6 oktober 2016 is het wetsvoorstel in de Tweede Kamer behandeld.² De politieke steun leek op dat moment groot genoeg. De SP, D66 en (zelfs) de VVD vonden het wetsvoorstel weliswaar niet ver genoeg gaan (want zij hadden liever 1 hoogste bestuursrechter gezien), maar constateerden ook dat het wetsvoorstel een stap in de goede richting was. Op 8 november heeft de Tweede Kamer ingestemd met een aantal amendementen die bij brief van diezelfde dag door de ministers met klem waren ontraden.² Voor dit artikel is met name relevant het amendement waarin de kamer een wijziging aanbracht in het wetsvoorstel waardoor het Cbb zou worden ondergebracht bij het gerechtshof Den Haag in plaats van de ABRvS.³ De ministers achtten dit amendement strijdig met de essentie van het wetsvoorstel.

Om de risico's en de kansen voor de mededingsrechtelijke praktijk in te schatten menen wij een SWOT⁴ analyse goed te kunnen gebruiken om een inschatting te kunnen maken van wat partijen bij een hoger beroep betreffende een mededingingsrechtelijk besluit van de Autoriteit Consument & Markt (ACM) had kunnen verwachten binnen de ABRvS. Als relevante context schetsen we eerst een kort stukje parlementaire geschiedenis dat aan het wetsvoorstel vooraf ging.

Aanloop naar het wetsvoorstel

De aanloop naar het wetsvoorstel was lang. De discussie over de toekomst van de bestuursrechtspraak loopt al sinds 1984 en mondde in 1992 met de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie uit in de huidige

vierdeling van hoogste bestuursrechters. De bedoeling was dat een verdere institutionele vereenvoudiging zou worden meegenomen in de derde fase van de herziening, maar zover is het nooit gekomen. Voorlopige eindpunt was de beslissing van de verantwoordelijke ministers Donner⁵ en Remkes in 2004 om de situatie bij het oude te laten.⁶ Kamerleden bleven echter op het onderwerp terugkomen. Zo werd in de motie Heerts-Ankerin (2008) aangedrongen op één hoogste rechtsvoorziening van cassatie op alle rechtsgebieden⁷ en in de motie Engels (2009) werd gevraagd naar meer perspectief op eenheid in de bestuursrechtspraak waaronder institutionele aanpassingen.⁸

Met het regeerakkoord in 2012 werd het onderwerp definitief teruggeplaatst op de politieke agenda, met de woorden:

“De Raad van State wordt gesplitst in een rechtsprekend deel en een adviserend deel. Het rechtsprekende gedeelte wordt samengevoegd met de Centrale Raad van beroep en het College voor het bedrijfsleven”.

Door middel van het wetsvoorstel Wet organisatie hoogste bestuursrechtspraak werd in feite alleen de eerste zinsnede van die afspraak uitgevoerd, namelijk dat de Raad van State zou worden gesplitst in een rechtsprekend deel en een adviserend deel, want in het wetsvoorstel was voorzien in een verbod dat er geen rechters meer lid zijn van zowel het rechtsprekende als het adviserende deel van de ABRvS. Het tweede deel van de belofte in het regeerakkoord werd met het wetsvoorstel gedeeltelijk ingelost, aangezien het CRvB niet zou gaan fuseren met de ABRvS, maar bij de reguliere rechtskolom zou worden ondergebracht en het CBb zou opgaan in de ABRvS, in plaats van daarmee samengevoegd te worden.

In het wetsvoorstel kwam de ABRvS als grote 'winnaar' uit de bus. Vanzelfsprekend was dat niet - getuige de standpunten die de “hoofdrospelers” in de bestuursrechtelijke kolom innamen bij de aftrap van het wetgevingstraject in januari 2013.⁹ Polak (voorzitter ABRvS) zag de CRvB en het CBb het liefst bij de ABRvS ondergebracht worden en vond cassatie (hetgeen mogelijk zou worden in geval van onderbrenging in de reguliere kolom) te duur en niet in lijn met de ontwikkelingen in het bestuursrecht, die immers gericht is op snelheid, finaliteit en kostenreductie.¹⁰ Vanzelfsprekend zagen Corstens en Fokkens van de Hoge Raad de bestuursrechtspraak wel graag geïntegreerd in de reguliere kolom, inclusief de mogelijkheid van cassatie. De Raad voor de Rechtspraak wilde het liefst een nieuw bestuursrechtelijk hof, buiten de ABRvS om. De CRvB en het CBb pleitten voor samenvoeging, waarbij het CBb dat expliciet buiten het huis van de Raad van State zag gebeuren.

Behalve wat betreft de CRvB, zou Polak dus volledig zijn zin hebben gekregen met het ingetrokken wetsvoorstel: handhaving van en toevoegingen aan 'zijn' ABRvS en geen cassatie, terwijl in feite alle andere hoofdrospelers pleitten voor 1 hoogste bestuursrechter buiten de ABRvS.

Strengths

Polak had uitstekende argumenten om 'zijn' ABRvS voortaan de mededingingsrechtelijke zaken te laten behandelen.

De efficiëntie van de ABRvS is zondermeer veel hoger dan het CBb. In het FD van juni wees Polak er fijntjes op dat de ABRvS met 40 fte aan staatsraden per jaar gemiddeld 10.000-12.000 zaken behandelt, die gemiddeld in 21 weken worden afgedaan.¹¹ Het CBb, met 17 raadsheren, behandelt slechts ongeveer 1.000 zaken per jaar, met een gemiddelde doorloopsnelheid van 59 weken. Feit is dat vooral de asielzaken door de ABRvS snel afgehandeld kunnen worden, waardoor dit type zaken de gemiddelde doorloopsnelheid bij de ABRvS flink omhoog haalt. Maar als voor die zaken wordt gecorrigeerd, dan is de doorloopsnelheid binnen de ABRvS gemiddeld 30 weken; nog steeds 2 keer zo snel als bij het CBb. Als de zaken die nu bij het CBb worden behandeld ook dit soort doorlooptijden zouden kunnen krijgen, is dat zondermeer winst voor de rechtspraktijk.

De oorzaak van de snelheid ligt volgens Polak bij de bedrijfsvoering binnen de ABRvS. Meer dan bij het CBb wordt er gebruik gemaakt van juristen als ondersteuners. Dat kunnen wij uit eigen ervaring beamen. Anders dan bij het CBb worden bij de ABRvS veel zaken door enkelvoudige kamers afgedaan, waar soms 1 maar vaak ook 2 ambtenaren van staat in de raadszaal aanwezig zijn. Naar ons idee wordt de enkelvoudige kamer bij de ABRvS al lang niet meer alleen ingezet bij de makkelijkste zaken. Ook komt het bij grote zaken voor dat er 3 ambtenaren van staat aanwezig zijn en wordt er gedurende de zitting intensief overlegd tussen staatsraden en ambtenaren. Geregeld stelt ook de behandelende ambtenaar van staat een inhoudelijke vraag aan partijen. Bij het CBb worden er in onze

ervaring veel vaker meervoudige kamers ingezet, met een kleinere bezetting aan ondersteuning voor de raadsheren en hebben de griffiers een minder actieve rol.

Het tegenargument dat menig mededingingsrechtsspecialist geneigd zal zijn in te brengen is de stelling dat mededingsrechtelijke zaken veel groter en complexer zijn dan de zaken die aan de ABRvS worden voorgelegd. Dit argument herkennen wij echter niet, althans niet in algemene zin. Natuurlijk worden er in absolute zin veel meer kleinere en minder complexe zaken behandeld bij de ABRvS dan bij het CBb (er worden namelijk veel meer zaken behandeld), maar onderschat niet de omvang en de complexiteit van het type zaken dat de ABRvS behandelt. Denk aan bestemmingsplandossiers (met veel partijen en veel verschillende belangen en argumenten), tracébesluiten (ten behoeve bruggen of wegen van nationaal belang), infrastructurele projecten (zoals windparken) en bijzondere dossiers zoals de Sinterklaasuitspraak of de gaswinning in Groningen. De ABRvS is gewend aan omvangrijke dossiers, telkens wijzigende (materiële) wetgeving, veel procespartijen en exotische onderwerpen.

Een aansprekend voorbeeld, waarbij één van ons zelf betrokken was, was het oordeel van de ABRvS over de nationalisatie van SNS in 2013.¹² Binnen vier weken na het besluit tot onteigening van SNS door de minister heeft de ABRvS uitspraak gedaan, waarin een (weliswaar klein) deel van de beroepen gegrond werd verklaard en de onteigening voor het overige in stand werd gelaten. In die procedure waren 700 gedupeerde aandeelhouders opgekomen tegen het besluit tot nationalisatie en werd er binnen twee weken na beroep een 2-daagse zitting gehouden waar alle argumenten overzichtelijk en duidelijk aan bod kwamen. Niet onbelangrijk was dat de raadkamer bestond uit staatsraden die geen achtergrond hadden in het economisch bestuursrecht, maar tijdens de behandeling getuigden van verrassend goed inzicht in het wettelijk kader.

Wij verwachten daarom dat de mededingingsrechtpraktijk zich naar verwachting had mogen verheugen op een verhoogde slagkracht en efficiëntie onder het dak van de ABRvS. De praktijk binnen de ABRvS heeft zich op die punten zondermeer bewezen.

Weaknesses

De grootste zwakte van de wetsvoorstel was onmiskenbaar het feit dat het geen allesomvattende oplossing bood voor de principiële bezwaren tegen het huidige versnipperde stelsel. Er zouden meerder hoogste bestuursrechters blijven die gedeeltelijk wel en gedeeltelijk niet in de reguliere kolom terecht zouden komen. Dit, terwijl het bestuursrecht bij uitstek eenduidig en herkenbaar zou moeten zijn, al was het maar omdat bij deze rechter zonder advocaat geprocedeerd zou moeten kunnen worden. Ook het handhaven binnen de Raad van State van de combinatie van advies en rechtspraak bleef principieel moeilijk verdedigbaar, ook al hadden de staatsraden op basis van het wetsvoorstel in het geheel geen dubbele petten meer mogen dragen. Argumenten als 'schijn van partijdigheid', 'strijd met de Trias politica' en 'niet (echt) EVRM proof' zouden ook na incorporatie van het CBb in de ABRvS valide blijven.

Het door Polak gegeven tegenargument dat "*de combinatie van een adviserende en rechtsprekende rol [...] de expertise van de organisatie [zou vergroten]*"¹³ overtuigt ons niet. Met het wetsvoorstel werd weliswaar een poging gedaan de pijn te verzachten door wettelijk vast te leggen dat er geen enkele staatsraad meer benoemd zou mogen worden in zowel de adviserende tak als de rechtsprekende tak van de Raad van State (op dit moment zijn er nog maximaal 10 staatsraden in beide takken actief), maar als de voorzitter er expliciet waarde aan blijft hechten dat alle expertise onder één dak geconcentreerd blijft, wordt er kennelijk toch kennis uitgewisseld tussen de twee takken. Dan zijn die twee takken in de praktijk dus toch niet zo gescheiden als de politiek wil en blijft het principiële bezwaar onverkort overeind.

In de afgelopen jaren zijn de principiële bezwaren wel enigszins geneutraliseerd doordat er op het gebied van rechtseenheid en transparantie onmiskenbaar grote stappen zijn gezet en zouden in samenhang met het wetsvoorstel verder worden geadresseerd door de Commissie rechtseenheid.

De Commissie rechtseenheid bestuursrecht, die sinds 2010 bestaat, bevat een vertegenwoordiging van alle hoogste bestuursrechters. Dit informele overleg heeft geleid tot een waslijst aan uitspraken, waarbij de verschillende hoogste bestuursrechtelijke colleges expliciet bij elkaars oordelen aansloten en/of verduidelijking boden.¹⁴ Daarnaast is het sinds 1 januari 2013 mogelijk om een zogenoemde grote kamer van 5 in plaats van 3 leden te formeren. Die kamer

wordt in feite alleen gebruikt bij rechtseenheidsvraagstukken.¹⁵ Het werk van de informele Commissie rechtseenheid bestuursrecht kan hierdoor in formeel samengestelde kamers zichtbaar en transparant worden vastgelegd in de uitspraak in de betreffende zaak. Deze ontwikkeling neutraliseert ons inziens in zekere zin de zwakte dat ook in de nieuwe opzet twee hoogste bestuursrechters naast elkaar zouden blijven bestaan.

De Commissie rechtseenheid bestuursrecht had op verzoek van het kabinet advies uitgebracht over verdere bevordering van de rechtseenheid in het geval de Wet organisatie hoogste bestuursrechtspraak inwerking zou treden. In het advies van 5 van september 2016 wordt een gedifferentieerde aanpak voorgesteld voor rechtseenheidsvragen die door de ABRvS en de Hoge Raad behandeld zullen worden na inwerkingtreding van het wetsvoorstel organisatie hoogste bestuursrechtspraak. Naast het gebruik van de grote kamer voor belangrijke zaken, kan bijvoorbeeld bij minder belangrijke vragen worden volstaan met informele afstemming. Dit advies was naar de Tweede Kamer gestuurd met een positief schrijven van de minister.¹⁶ Onduidelijk is nog wat er met deze aanbevelingen zal worden gedaan nu het wetsvoorstel is ingetrokken. Nu het advies gebaseerd was op de eindsituatie dat het CBb zou zijn opgegaan in de ABRvS en de CRvB in de reguliere kolom, zullen verdere stappen op het gebied van rechtseenheidsvraagstukken naar alle waarschijnlijkheid ook stil komen te liggen. In ieder geval tot na de verkiezingen.

Naast de aanpak van rechtseenheidsvraagstukken moet ook de hoge kwaliteit van de bestuursrechtspraak worden benoemd als neutraliserende factor ten opzichte van de principiële bezwaren tegen het bestaande stelsel. De Nederlandse bestuursrechters doen het goed in klantwaarderingsonderzoeken; zo scoort Nederland bijvoorbeeld het hoogst van alle Europese lidstaten als het gaat om vertrouwen in de bestuursrechtspraak.¹⁷ Het wetsvoorstel beoogde dan ook uitdrukkelijk niet de kwaliteit van de rechtspraak te verbeteren, want op dat vlak zijn er geen zorgen over de huidige opzet.

Opportunities

Nu het wetsvoorstel is ingetrokken ligger er op termijn kansen om in één keer tot volledige integratie van de hoogste bestuursrechters te komen. Wat ons betreft in de reguliere kolom van het bestuursrecht, met voor sommige zaken het recht van cassatie bij de Hoge Raad.

Die kans om tot volledige integratie te komen was er misschien ook wel geweest als de Wet organisatie hoogste bestuursrechtspraak als tussenstap was doorgevoerd. Het kabinet noch de (voorzitter van de) ABRvS streefden echter naar volledige integratie. Sterker nog, het wetsvoorstel was door de ministers voorgesteld als definitief systeem.¹⁸ Onder politici (ook recent nog tijdens de behandeling in oktober 2016)¹⁹ en overige spelers (Hoge Raad, CRvB, Raad voor de Rechtspraak) bleef de roep om tot één hoogste bestuursrechter te komen echter aanhouden. Wellicht dat de tijd rijp is om die stap te zetten na de aankomende verkiezingen, maar zekerheid dat een volgend kabinet dit onderwerp wel tot een goed einde weet te brengen, is er niet.

Threats

Het voornemen van het kabinet c.q. de ABRvS om slechts 8 van de 17 raadsheren van het CBb mee te nemen naar de ABRvS werd door het CBb als enorme bedreiging gezien c.q. gepositioneerd voor het expertiseniveau van de rechtspraak in mededingingszaken. Tijdens de parlementaire behandeling werd op dit punt door verschillende partijen flinke kritiek geuit, dus de kans was aanwezig dat dat dit plan geheel of gedeeltelijk zou worden teruggedraaid in de aanloop naar integratie van het CBb in de ABRvS.²⁰

Toch menen wij dit potentieel verlies aan expertise in perspectief te moeten plaatsen. De hele staf van het CBb (ongeveer 350 personen) zou wel mee zijn overgaan naar de ABRvS. Naar onze verwachting zou de kwaliteit van oude CBb zaken niet werkelijk in het geding zijn gekomen als maar een deel van de raadsheren was meegegaan. Dat de zwaardere rol van ondersteunende juristen geen afbreuk hoeft te doen aan de kwaliteit, heeft praktijk binnen de ABRvS wel bewezen. Dat neemt niet weg dat er overgangsproblemen hadden kunnen optreden en het voor de betreffende 9 raadsheren geen prettig perspectief zal zijn geweest om bij de hoven onderdak te moeten zoeken.

Conclusie

Wij concluderen uit deze SWOT-analyse dat de beoefenaren van het mededingingsrecht zich over het algemeen hadden mogen verheugen op onderbrenging binnen de ABRvS. Het is aannemelijk dat de mededingsrechtelijke zaken sneller en efficiënter zouden worden afgewikkeld en er op het gebied van de rechtseenheid goede stappen zouden zijn genomen. De angst voor verlies aan expertise lijkt ons niet terecht, al zou het onderbrengen van 9 van de 17 raadsheren buiten de ABRvS mogelijk negatief aan de transitie hebben bijgedragen.

Ondanks dat de weegschaal bij onze SWOT-analyse van integratie met de ABRvS naar de positieve kant overhelte, maken wij wel de uitdrukkelijke kanttekening dat de principiële zwakheden van het huidige systeem met het wetsvoorstel niet werden opgelost. Wellicht dat door een volgend kabinet wel in één keer doorgestoten wordt naar volledige integratie, met de ervaringen opgedaan met het wetsvoorstel organisatie bestuursrechtspraak in het achterhoofd.

Een persoonlijke, juridisch weliswaar zeer ondergeschikte, overpeinzing tot slot. In de parlementaire behandeling is (vanzelfsprekend) geen aandacht besteed aan het uiteenlopende togagedrag binnen de huidige bestuursrechtscolleges. Het blijft gek dat je als bestuursrechtelijke advocaat bij de rechtbanken in vol ornaat wordt verwacht, terwijl je bij het grootste en hoogste bestuursrechtelijk college (ABRvS) in je gewone kloffie moet aanschuiven. Vooral voor cliënten trouwens. Bij dezen spreken wij de wens uit dat wij in een toekomstige opzet gewoon overal (staand en) in toga mogen komen pleiten.

mr. E.A.W. Driest MRE en Mr. M. de Putter

Marleen de Putter en Liesbeth Driest zijn advocaat bij Legaltree. Marleen is gespecialiseerd in het mededingingsrecht. Liesbeth is gespecialiseerd in het (algemeen) bestuursrecht, met de nadruk op handhaving en omgevingsrecht. Samen hebben zij recent nog bij het CBb geprocedeerd en Liesbeth procedeert regelmatig bij de ABRvS en een enkele keer bij het CRvB. Dit artikel is op 18 november 2016 afgerond.

Voetnoten

- 1 TK 34 389, nr. 7
- 2 TK 34 389, nr. 10.
- 2 TK 34 389, nr. 22
- 3 TK 34 389, nr. 21
- 4 SWOT is het Engelstalige acroniem van *Strengths, Weaknesses, Opportunities* en *Threats*.
- 5 Oud-minister Donner was voorafgaand aan zijn ministersambt staatsraad bij de ABRvS.
- 6 TK 25 425, nr. 7
- 7 TK 30 585 nr. 26.
- 8 TK 30 585, I.
- 9 Deelnemers aan het debat op 18 januari 2013 waren naast J.E.M. Plak (voorzitter ABRvS), G.J.M. Corstens (president Hoge Raad), J.W. Fokkens (procureur-generaal bij de Hoge Raad), F.C. Bakker (lid Raad voor de Rechtspraak), T.G.M. Simons (president CRvB) en R.F.B. van Zutphen (president CBb).
- 10 Zie voor het verslag van het debat met de standpunten van de hoofdrolspelers: B.J. van Ettehoven, "One peak or twin peaks?' Het debat: one peak or twin peaks?' NJB 2013/495, blz. 604-605.
- 11 Interview J.E.M. Polak in FD 28 juni 2016 'Geschillen bedrijven voortaan sneller opgelost'.

- 12 ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265, AB 2013/146.
- 13 Interview J.E.M. Polak in FD 28 juni 2016 'Geschillen bedrijven voortaan sneller opgelost'
- 14 Zie voor de waslijst voetnoot 5 bij de Maaskantlezing die J.E.M. Polak in 2015 uitspraak.
- 15 Art. 8:10a, vierde lid, van de Awb. In de grote kamer kunnen rechters worden benoemd uit rechters uit de hoogste bestuursrechtelijke instanties. Zo had in de eerste uitspraak van de grote kamer van de ABRvS ook een rechter uit de Hoge Raad zitting, zie ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:188, JB 2014/48.
- 16 TK 34 389, nr. 9.
- 17 ABRS 34 389, nr. 19.
- 18 ABRS 34 389, nr. 19
- 19 Zie het amendement van Nispen C.S., 34 389, nr. 10
- 20 Zie TK 34 389, nr. 19.
-