



## AUV/Aesculaap en de redelijke termijn in mededingingszaken

Rb. Rotterdam 22 mei 2006, MEDED 03/3812 BRO1, AUV Coöperatieve Nederlandse Veterinair-Farmaceutische Groothandel UA ('AUV') en de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit ('NMa'), met als derdenpartijen Aesculaap BV en drs. X, Y en Z, en Rb. Rotterdam 22 mei 2006, MEDED 03/3824 BRO1, Aesculaap BV en de Raad van Bestuur van de NMa, met als derdenpartijen AUV en drs. X, Y en Z.  
(m.nt. dr mr M.M. Slotboom en mr A. ter Heegde<sup>1</sup>)

De rechtbank Rotterdam heeft op 22 mei 2006 uitspraak gedaan in twee zaken over een besluit van de NMa waarin AUV en Aesculaap boetes kregen opgelegd wegens overtreding van het kartelverbod. De materieelrechtelijke aspecten van deze zaak zijn niet bijzonder. De uitspraak is wel belangrijk vanwege de overwegingen die de rechtbank wijdt aan de redelijke termijn van inbreukprocedures van de NMa. Enkele maanden na de uitspraak van de rechtbank Rotterdam deed het Europese Hof van Justitie ('HvJ EG') twee interessante uitspraken over de redelijke termijn van inbreukprocedures van de Europese Commissie in de zaken *Technische Unie/Commissie* en *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie*. In deze annotatie besteden wij ook aandacht aan deze uitspraken.

### Het verloop van de procedure voor de NMa

Op 26 mei 1998 ontving de NMa een klacht van een dierenartspraktijk over de weigering van AUV om dierengeneesmiddelen te leveren. De NMa stelde een onderzoek in waarbij de NMa concludeerde dat er ook sprake was van soortgelijke gedragingen van Aesculaap. AUV, een coöperatieve vereniging van dierenartsen, en Aesculaap zijn beide groothandelaren in dierengeneesmiddelen. Op 15 februari 2001 bracht de NMa een rapport over deze kwestie uit dat op dezelfde datum werd bekend gemaakt aan AUV en Aesculaap. De hoorzitting vond plaats op 12 september 2001. Op 13 november 2001 dienden AUV en Aesculaap

hun laatste schriftelijke reacties in. Het duurde vervolgens tot 29 augustus 2002 voordat de NMa een besluit bekendmaakte. Hierin constateerde de NMa dat AUV en Aesculaap artikel 6 van de Mededingingswet ('Mw') hebben overtreden door geen geneesmiddelen te leveren aan dierenartsen, die zich niet hielden aan een bepaling in de statuten van AUV om dierengeneesmiddelen slechts aan te wenden voor gebruik in eigen praktijk. De NMa legde aan AUV een boete op van € 9.7 miljoen en aan Aesculaap € 750.000.

Op 2 en 9 oktober 2002 maakten AUV en, respectievelijk, Aesculaap *pro forma* bezwaar tegen het besluit. Op 28 november en 6 december 2002 dienden Aesculaap en, respectievelijk, AUV hun aanvullingen in op de gronden van bezwaar. De hoorzitting vond plaats op 14 februari 2003. Het laatste commentaar op het verslag van deze hoorzitting kwam op 23 april 2003 binnen. Op 18 september 2003 bracht de bezwaaradviescommissie van de NMa haar advies uit. Op 18 november 2003 verklaarde de NMa de bezwaren van AUV ongegrond. Het bezwaar van Aesculaap met betrekking tot de hoogte van de boete werd gedeeltelijk gegrond verklaard en de boete werd verlaagd tot € 250.000.

### Het verloop van de procedure voor de rechtbank

AUV en Aesculaap stelden beide op 23 december 2003 beroep in bij de Rechtbank Rotterdam. Aesculaap meldde zich als derdenpartij in de procedure van AUV, en *vice versa*. Ook drie dierenartsen meldden zich als derdenpartijen. Aesculaap en AUV dienden als derdenpartijen een schriftelijke uiteenzetting in op respectievelijk 30 augustus 2004 en 27 september 2004 (in de zin van artikel 8:43 Awb). Doordat de NMa een aantal stukken vertrouwelijk achtte, werd een rechter-commissaris benoemd die op 1 maart 2005 de beperking van de kennisneming van een aantal stukken inderdaad gerechtvaardigd achtte. Een aantal stukken werd hiertoe wederom aan het dossier toegevoegd. AUV en Aesculaap werden krachtens artikel 8:29 lid 5 Awb gevraagd of zij toestemming gaven aan de rechtbank om op grondslag van de vertrouwelijk te houden stukken uitspraak te

<sup>1</sup> Marco Slotboom en Annemarie ter Heegde zijn advocaat bij Simmons & Simmons te Brussel en Rotterdam.

doen. Op 5 april 2005 liet AUV de rechtbank weten hiervoor toestemming te weigeren. Aesculaap en de betrokken dierenartsen X, Y en Z gaven wel toestemming. De stukken in kwestie werden vervolgens buiten de procedure gelaten. De NMa diende op 6 april 2005 haar verweerschrift in. Uiteindelijk werd het beroep van AUV en Aesculaap ter zitting van 13 januari 2006 behandeld.

### Beoordeling door de Rechtbank

Voor de rechtbank voerden AUV en Aesculaap diverse materieelrechtelijke middelen aan tegen het boetebesluit. Deze blijven hierna buiten beschouwing. Wel wordt besproken de beoordeling door de rechtbank van het laatste middel van de twee partijen. AUV en Aesculaap stelden dat er sprake was van een schending van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 lid 1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ('EVRM').

Bij de behandeling van dat middel verwees de rechtbank allereerst naar de jurisprudentie van de Hoge Raad ('HR'), die uitvoering geeft aan dit beginsel van de redelijke termijn. In § 4.2 van zijn arrest van 22 april 2005, JB 2005/166 stelde de HR onder meer het volgende vast:

*'Of op het aan de beboete toegekende recht op berechting binnen een redelijke termijn inbreuk wordt gemaakt, hangt af van het tijdsverloop, te rekenen vanaf het moment dat vanwege het betrokken bestuursorgaan jegens de beboete een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat aan hem een boete zal worden opgelegd. [...].'*

Volgens de HR geldt als uitgangspunt dat de berechting van zaken in eerste aanleg niet binnen een redelijke termijn in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM geschiedt, indien de rechtbank niet binnen twee jaar nadat die termijn is aangevangen uitspraak doet, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden. In deze termijn is de duur van de bezwaarfase inbegrepen. De HR geeft – nog steeds in het door de rechtbank Rotterdam aangehaalde arrest – voorts aan van welke omstandigheden de redelijkheid van de duur van berechting in een boetezaak onder meer nog afhankelijk is:

- de ingewikkeldheid van de zaak;
- de invloed van de beboete en/of diens raadsman/gemachtigde op het procesverloop;
- de wijze waarop de zaak door het bestuursorgaan is behandeld; en
- de wijze waarop de zaak door de rechter is behandeld.

Volgens de HR dient overschrijding van de redelijke termijn te leiden tot vermindering van de boete, afhankelijk van de mate waarin de redelijke termijn is overschreden.

In de hier geannoteerde zaak past rechtbank Rotterdam deze richtsnoeren toe op de NMa-procedure. De rechtbank stelt vast dat de onderhavige zaak als een bewerkelijke zaak

dient te worden aangemerkt vanwege de ingewikkeldheid alsmede het aantal belanghebbende meeprocedurende partijen. Daardoor is volgens de rechtbank de redelijke termijn van de procedure voor de NMa eerst na een periode van twee jaren overschreden.

Volgens de rechtbank konden AUV en Aesculaap vanaf het moment dat de NMa haar rapport opmaakte en aan hen bekend maakte – op 15 februari 2001 – redelijkerwijze verwachten dat aan hen een boete zou worden opgelegd. Het tijdsverloop vanaf deze datum tot de bekendmaking van het bestreden besluit op bezwaar door de NMa op 18 november 2003 is twee jaar en tien maanden. Hiermee is in beginsel gegeven dat de redelijke termijn is overschreden. Voorts zijn in de procedure voor de NMa een aantal periodes van (relatieve) inactiviteit aan te wijzen, waarvoor AUV en Aesculaap niet verantwoordelijk kunnen worden gehouden. Allereerst meent de rechtbank dat de periode tussen de bekendmaking van het rapport en de hoorzitting (zeven maanden) drie maanden korter had kunnen zijn. Ten tweede had de periode tussen de laatste reactie van AUV op de hoorzitting en het primaire besluit (negen maanden) ten minste vijf maanden korter gekund. Ten slotte verstreken tussen het moment waarop de hoorzitting in de bezwaarfase plaatsvond en het moment waarop de bezwaaradviescommissie haar advies uitbracht opnieuw zeven maanden. Volgens de rechtbank had dit ten minste vier maanden eerder gekund. De rechtbank merkt hierbij op dat de bezwaaradviescommissie haar werkzaamheden niet had hoeven uitstellen tot het moment waarop alle partijen op het verslag van de hoorzitting hadden gereageerd.

De rechtbank laat zichzelf evenmin buiten schot. Een redelijke behandelingstermijn was volgens de rechtbank anderhalf jaar geweest. In het onderhavige geval kostte het de rechtbank tweeënhalf jaar om een uitspraak te doen. Ook voor de rechtbank hadden relatief lange periodes van inactiviteit plaats. Bovendien was de rechtbank niet in staat om binnen twaalf weken uitspraak te doen na de mondelinge behandeling.

De rechtbank concludeert derhalve dat de redelijke termijn in het onderhavige geval ruimschoots is overschreden. De rechtbank verlaagt de boete opgelegd aan AUV met 17,5 procent en die van Aesculaap met 20 procent. De rechtbank merkt hierbij op dat AUV de laatste vier maanden van 2005 grotendeels verhinderd was om voor een behandeling ter zitting aanwezig te zijn. Dit leidt tot een hogere boeteverlaging voor Aesculaap.

### Commentaar

Bij de totstandkoming van de Mw in 1996 zag de minister van economische zaken af van de mogelijkheid om een beslistermijn voor de NMa in het wetsvoorstel op te nemen voor besluiten met betrekking tot inbreuken op artikelen 6 en 24 Mw alsmede artikelen 81 en 82 EG. De Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten had hier wel voor gepleit en stelde een termijn van twaalf weken voor, tussen rapport en besluit (Kamerstukken II, 1995/96,

24 707, nr. 3 p. 92). Voor overtredingen van, onder meer, de medewerkingsplicht en het concentratietoezicht is wel een beslistermijn in de Mw opgenomen. Artikel 79 lid 4 Mw bepaalt bijvoorbeeld dat het besluit binnen dertien weken na opmaak van het rapport dient te worden gegeven. Overschrijdt de NMa deze termijn, dan vervalt de bevoegdheid tot het opleggen van een boete (zie Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3 p. 96). Uitgangspunt van de minister in 1996 was wel dat kartel- en misbruikbesluiten binnen redelijke termijn moesten worden genomen. In de hier besproken zaken wordt daaraan voor het eerst toepassing gegeven.

#### De AUV/Aesculaap-uitspraken in het licht van Nederlandse jurisprudentie inzake de redelijke termijn

In de twee besproken uitspraken leunt de rechtbank Rotterdam sterk op de handreikingen die in eerdere arresten van de HR zijn gegeven. De rechtbank verwijst met name naar de eerdergenoemde uitspraak van 22 april 2005 van de HR, dat een fiscale navorderingsaanslag als voorwerp had. In deze zaak formuleerde advocaat-generaal Wattel bij de HR in een uitgebreide en lezenswaardige conclusie vuistregels inzake de redelijke termijn in belastingboetezaken.

Ook al sluit de rechtbank Rotterdam aan bij het genoemde arrest van de HR, toch zijn er verschillen tussen het arrest van de HR en de uitspraak van de rechtbank Rotterdam. Vanwege de vrij summiere motivering door de rechtbank blijven deze verschillen onverklaard.

Allereerst gaat de HR er in de door de rechtbank geciteerde overwegingen in het genoemd arrest vanuit dat de redelijke termijn voor de berechting van een zaak in eerste aanleg, inclusief de bezwaarfase, – d.w.z. de procedures bij de Belastinginspecteur en het Gerechtshof tezamen genomen – in totaal twee jaar zou mogen duren. Deze termijn zou gaan lopen vanaf het moment dat vanwege het bestuursorgaan jegens de boete een handeling is verricht, waaraan deze in redelijkheid de verwachting kan ontlenuen dat aan hem een boete zal worden opgelegd. De HR erkent overigens wel dat ook naar de duur van de afzonderlijke fasen moet worden gekeken. In het onderhavige geval bekijkt de rechtbank Rotterdam de termijnen van de procedures bij de NMa en de rechtbank apart. Op basis van het arrest van de HR zou men op het eerste gezicht hebben kunnen aannemen dat voor de NMa-procedure (inclusief bezwaar) en rechtbankprocedure gezamenlijk een redelijke termijn van twee jaar zou moeten gelden. Maar die termijn zou uiteraard in de praktijk veel te kort zijn, gezien de complexiteit van de meeste mededingingszaken en (doorgaans) het aantal belanghebbenden dat bij de procedure is betrokken. De door de rechtbank Rotterdam gemaakte uitsplitsing tussen de NMa-procedure (twee jaar inclusief bezwaar) en de rechtbankprocedure (anderhalf jaar) is daarom geenszins onredelijk. Het gebrek aan motivering op dit punt door de rechtbank is wel opvallend.

Ten tweede motiveert de rechtbank niet waarop zij zich baseert bij de vaststelling van de percentages boetevermindering. De 17,5 procent voor AUV en 20 procent voor Aescu-

laap lijken inderdaad uit de lucht te vallen. In zijn conclusie bij het aangehaalde arrest van de HR formuleerde de advocaat-generaal vuistregels. Zo suggereerde hij in het geval van rechtspersonen als vuistregel 5 percentages vermindering voor het eerste jaar van overschrijding, 7,5 voor het tweede jaar, 10 voor elk van de volgende twee jaren, 12,5 voor het vijfde jaar, 15 voor het zesde jaar en 20 voor het zevende en het achtste jaar, maar die heeft de rechtbank niet toegepast. De rechtbank komt tot aanzienlijk hogere percentages (respectievelijk 20 procent en 17,5 procent) dan het geval zou zijn geweest bij toepassing van deze vuistregels. Opvallend is voorts het verschil in boeteverlaging voor AUV en Aesculaap. Aesculaap krijgt een hogere boeteverlaging (20 procent) dan AUV (17,5 procent), omdat de procedure bij de rechtbank enkele maanden vertraagd werd door verhindering van AUV. Als gevolg van het in deze uitspraken gemaakte verschil tussen Aesculaap en AUV zullen – naar verwachting – de NMa, de rechtbank Rotterdam en het CbB in procedures waarbij meerdere partijen betrokken zijn (en dat is in kartelzaken bijna per definitie het geval) een (nog) strikter beleid voeren ten aanzien van verhinderdata en verzoeken om uitstel.

Een belangrijke rol bij het vaststellen van een eventuele overschrijding van de redelijke termijn speelt de *dies a quo*, i.e., de aanvangstermijn voor de vaststelling van de redelijke termijn. In het Nederlandse mededingingsrecht gaat het om het moment waarop de NMa een handeling verricht, waaraan de onderneming of ondernemersvereniging in redelijkheid de verwachting kan ontlenuen dat de NMa tot de oplegging van een boete over zal gaan. Volgens de rechtbank gold dat zowel AUV als Aesculaap er vanaf de bekendmaking van het rapport van uit konden gaan dat een boete zou worden opgelegd. De vraag rijst of dit altijd het geval is, of dat soms ook kan worden aangenomen dat de *dies a quo* vóór de vaststelling van het rapport ligt. Zo liet het Gerechtshof in zijn arrest, waarop het eerdergenoemde arrest van de HR betrekking had, de *dies a quo* reeds aanvangen op de dag waarop de eerste besprekingen met belanghebbende plaatsvonden over de (voorlopige) bevindingen van het boekenonderzoek waaruit de navorderingsaanslag voortvloeide. Hoewel de advocaat-generaal hiertegen bezwaar maakte, heeft de HR dit gesanctioneerd. In de zaak voor de HR maakte de afwijking van enkele maanden voor de uiteindelijke uitkomst overigens geen groot verschil. Dat kan in onderzoeksprocedures van de NMa anders liggen. Men kan zich voorstellen dat voorafgaand aan het bekendmaken van een rapport in kartelzaken zich al momenten kunnen voordoen (zoals een bedrijfsbezoek), waaraan de onderneming in redelijkheid de verwachting kan ontlenuen dat een boete zal worden opgelegd. Of zich in de besproken zaken zulke momenten hebben voorgedaan, onderzoekt de rechtbank niet uitdrukkelijk. Een aanpak, waarbij de *dies a quo* ook vóór ontvangst van het rapport kan aanvangen, zou overigens wel goed aansluiten bij de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens ('EHRM'). Dit Hof stelde bijvoorbeeld al eerder dat de termijn reeds kan beginnen te lopen op het moment dat een persoon door een instantie als bijvoorbeeld de FIOD als ver-

dachte wordt gehoord (EHRM, 22 mei 1998, *Hozee – Nederland*, Reports 198, p. 1101).

### Twee jaar als vuistregel – of minder?

In de besproken zaken gaat de rechtbank Rotterdam uit van een redelijke termijn van twee jaar in NMa-procedures. Naar onze mening kan echter niet zomaar worden aangenomen dat deze twee jaar nu een ‘standaard’ redelijke termijn is. Allereerst zullen er in de praktijk – afhankelijk van de omstandigheden – uitschieters naar boven en beneden zijn. Bovendien, indien (zoals vaak voorkomt) de bezwaarfase wordt overgeslagen en dus rechtstreeks beroep wordt ingesteld bij de rechtbank tegen een boetebesluit, rijst de vraag wat dan een redelijke termijn is. Geldt dan ook de twee jaar als uitgangspunt, die de rechtbank Rotterdam redelijk vond voor een NMa-procedure *inclusief* de bezwaarfase? Of is dan de redelijke termijn aanzienlijk korter?

In ieder geval staat nu uitdrukkelijk vast dat er grenzen zijn aan de tijd die de NMa kan nemen voor het vaststellen van kartel- en misbruikbesluiten – en bovendien zijn die grenzen vrij strak gesteld. De NMa zal er in de praktijk de vaart in moeten houden. Dat geldt met name voor de Juridische Dienst, die de zaak na vaststelling van het rapport van de Directie Concurrentietoezicht overneemt (ook al kan – gezien het bovenstaande – geenszins worden uitgesloten dat ook deze Directie de redelijke termijn in de gaten zal moeten houden).

### AUV/Aesculaap en Technische Unie

Op 21 september 2006 deed het HvJ EG in de arresten *Technische Unie/Commissie* en *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie* (respectievelijk, zaak C-113/04 P, n.n.g., en zaak C-105/04 P, n.n.g., te vinden via <http://www.curia.europa.eu>) uitspraak over de redelijke termijn in Europese mededingingszaken. Deze arresten zijn (in samenhang met eerdere door de Europese rechters gegeven arresten over de redelijke termijn) interessant, met name omdat zij een andere mogelijke consequentie van overschrijding van de redelijk termijn behandelen. Daar de materiële beoordeling door het HvJ EG in beide arresten op de voor deze annotatie relevante punten hetzelfde luidt, wordt in het onderstaande enkel verwezen naar het arrest *Technische Unie*.

In *Technische Unie* stelde appellante dat het tot haar gerichte boetebesluit vernietigd diende te worden, omdat door de overschrijding van de redelijke termijn inbreuk was gemaakt op haar recht van verdediging. Vanaf 1991 (het jaar waarin de Commissie een waarschuwingsbrief en een verzoek om inlichtingen verzond) hadden zich onder meer wijzigingen voorgedaan in de samenstelling van het personeel van de betrokken onderneming. Onder meer om deze reden stelde Technische Unie dat zij niet meer het van haar verlangde tegenbewijs kon vergaren (door middel van bijvoorbeeld getuigen). Zoals in eerdere rechtspraak aanvaardt het HvJ EG dat overschrijding van de redelijke termijn kan leiden tot vernietiging van het boetebesluit, indien die overschrijding

leidt tot schending van de rechten van verdediging. Echter, in het onderhavige geval slaagde Technische Unie er volgens het HvJ EG niet in om aan te tonen dat de schending van de rechten van verdediging het gevolg kon zijn van de (wel aangenomen) buitensporig lange duur van de administratieve procedure.

Als we de *AUV/Aesculaap* uitspraken van de rechtbank Rotterdam en het *Technische Unie* arrest van het HvJ EG naast elkaar leggen, kunnen we een aantal interessante punten opmerken.

Allereerst dient te worden opgemerkt dat het EVRM aan overschrijding van de redelijke termijn in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM zelf geen gevolgen verbindt. De gevolgen dienen krachtens artikelen 1 en 13 EVRM te worden voorzien binnen het kader van het nationale recht. Vereist wordt een billijke genoegdoening (*‘adequate redress for any violation that has already occurred’*, zie ook hieronder). Zo leidt in Nederlandse strafrechtzaken overschrijding van de redelijke termijn doorgaans tot strafvermindering en in uitzonderlijke gevallen tot niet-ontvankelijkheid. Trekken we parallellen met het mededingingsrecht, dan kunnen we zeggen dat de hier geannoteerde zaken van de rechtbank Rotterdam gaan over ‘strafvermindering’ (in Nederlandsbestuursrechtelijke termen: boeteverlaging) in geval van overschrijding van de redelijke termijn, terwijl *Technische Unie* de vraag betreft of er in dat geval sprake moet zijn van ‘niet-ontvankelijkheid’ (in Europeesrechtelijke termen: vernietiging van het boetebesluit).

In *Technische Unie* had overigens de Europese Commissie op eigen initiatief reeds een boeteverlaging van € 100.000 toegepast, waardoor de boete voor Technische Unie uiteindelijk € 2,15 miljoen bedroeg. De handelswijze van de Commissie sluit aan bij het arrest *Baustahlgewebe* (zaak 185/95 P, *Baustahlgewebe GmbH*, Jur. 1998, p. I-8417). Daarin ging het HvJ EG ertoe over om de opgelegde boete van € 3 miljoen met € 50.000 te verlagen, omdat de procedure voor het Gerecht van eerste aanleg (*‘GvEA’*) teveel tijd in beslag had genomen. Hieruit volgt dat boeteverlaging wegens overschrijding van de redelijke termijn ook in het Europese mededingingsrecht mogelijk is (naast vernietiging, indien door overschrijding van de termijn de rechten van verdediging zijn geschondden). In dat kader is nog verwarrend dat het GvEA in de zaak *PVC II* afweek van *Baustahlgewebe*. Het GvEA besliste dat overschrijding van de redelijke termijn in de Commissieprocedure (zonder gestelde aantasting van de rechten van verdediging) slechts als een schadebrengend feit in het kader van een aparte schadevergoedingsactie in de zin van artikelen 235 en 288 tweede alinea EG kan worden aangevoerd (zaak T-305/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV*, Jur. 1999, p. II-931). Advocaat-generaal Mischo achtte deze afwijking van *Baustahlgewebe* onjuist. Het standpunt van de advocaat-generaal is ons inziens juist, omdat een aparte schadevergoedingsactie het disproportioneel moeilijk zou maken billijke genoegdoening in de zin van het EVRM te verkrijgen. Het HvJ EG kwam in hoger beroep niet toe aan deze kwestie.

Naar Europees recht is dus nu wel duidelijk dat overschrijding van de redelijke termijn in ieder geval kan lei-



den tot twee remedies: ofwel boeteverlaging ter compensatie van het feit dat de betrokkene te lang in onzekerheid is gelaten en om te verzekeren dat het recht wordt toegepast zonder vertragingen die de effectiviteit en geloofwaardigheid ervan zouden kunnen aantasten; ofwel, indien door de overschrijding van de redelijke termijn afbreuk is gedaan aan de mogelijkheid om tegenbewijs te vergaren, vernietiging van het boetebesluit. De vraag is of ook in Nederlandse mededingingsprocedures een NMa-besluit vernietigd kan worden vanwege overschrijding van een redelijke termijn die leidt tot aantasting van de rechten van verdediging. Deze vraag kwam niet aan de orde in *AUV/Aesculaap*, omdat de overschrijding (afgaande op de richtlijnen van de rechtbank nam de NMa tien maanden teveel, de rechtbankprocedure overschreed de redelijke termijn met één jaar en één maand) – in vergelijking met *Technische Unie* (het GvEA achtte de redelijke termijn voor de administratieve fase overschreden nu tussen het verzoek om inlichtingen uit 1991 en de eerste bedrijfsbezoeken meer dan drie jaar, en tussen de hoorzitting en het uitbrengen van de beschikking 23 maanden waren verstreken) – toch vrij beperkt was. Zij komt ook niet aan de orde in het door de rechtbank genoemde arrest van de HR. Wij menen dat uit artikel 6 lid 1 EVRM volgt dat deze vraag bevestigend zou moeten worden beantwoord.

#### Dies a quo

Voorts beslist het HvJ EG dat het beginsel van de redelijke termijn uitdrukkelijk pas volle werking krijgt vanaf het moment dat de mededeling van punten van bezwaar is ontvangen. Derhalve is de *dies a quo* in Europees mededingingsrecht per definitie de dag van ontvangst van de mededeling van de punten van bezwaar. Naar Nederlands recht kan daarentegen voorshands niet worden uitgesloten dat de *dies a quo* vóór toezending van het rapport door de NMa (het equivalent voor de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie) kan worden geplaatst. Weliswaar stelde de rechtbank Rotterdam in de *AUV/Aesculaap*-uitspraken de *dies a quo* vast op de dag van bekendmaking van het rapport. Het staat evenwel niet vast dat het om een principevaststelling (zoals in de *Technische Unie*-zaak) of een vaststelling in het concrete geval ging. Zoals gezegd kan dit laatste niet worden uitgesloten vanwege rechtspraak van het EHRM en de daarop gebaseerde belasting-rechtspraak van de HR, waarbij de *dies a quo* gelegen was op het moment dat er nog (lang) geen formele aankondiging van de navorderingsaanslag was ontvangen.

Dit (mogelijke) verschil tussen de Nederlandse en Europese aanpak is in de praktijk wellicht kleiner, omdat in de *Technische Unie*-zaak het HvJ EG toch bereid was om rekening te houden met de buitensporige duur van de onderzoeksprocedure, die vooraf ging aan het verzenden van de mededeling van punten van bezwaar. Een buitensporig lange duur van de onderzoeksfase vóór de mededeling van punten van bezwaar kan volgens het HvJ EG immers van invloed zijn op de uitoefening van de rechten van verdediging in de tweede fase van de administratieve procedure. Hoe meer tijd

er verstrijkt tussen een onderzoeksmaatregel (zoals een waarschuwingsbrief) en de mededeling van punten van bezwaar, hoe waarschijnlijker het wordt dat eventueel disculperend bewijs niet meer, of slechts met moeite kan worden vergaard.

#### 'Straatsburgse' grondrechten voldoende beschermd door Luxemburgse rechters?

Al vaker is door partijen in procedures en door commentatoren in de literatuur opgemerkt dat de Europese rechters in Luxemburg de bescherming van de grondrechten minder serieus opvatten dan hun collegae in Straatsburg. Temeer gezien het feit dat, sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam, het HvJ EG krachtens artikel 46 onder d j<sup>o</sup> artikel 6 lid 2 van het EU-Verdrag bevoegd (en wellicht verplicht) is de eerbiediging van de grondrechten door de Europese instellingen te doen naleven, zou een kritischer optreden van het HvJ EG verwacht worden. Ook de aanpak van het beginsel van de redelijke termijn door het HvJ EG staat onzes inziens op gespannen voet met de rechtspraak van het EHRM. Het EHRM bepaalt weliswaar niet hoe billijke genoegdoening moet worden gegeven, maar er moet wel sprake zijn van '*adequate redress for any violation that has already occurred*' (zie bijvoorbeeld EHRM, 8 juni 2006, *Surmeli – Duitsland*, 77529/01, § 98). Of de Luxemburgse rechters – gezien de huidige rechtspraak – '*adequate redress*' geven, valt te betwijfelen.

Allereerst is de vaststelling door het HvJ EG dat de *dies a quo* (ook al gebruikt het Hof die bewoordingen niet) de dag van ontvangst van de mededeling van de punten van bezwaar is, wellicht onverenigbaar met de eerdergenoemde rechtspraak van het EHRM. Uit die rechtspraak volgt dat de redelijke termijn eerder kan aanvangen. Het feit dat nu in *Technische Unie* indirect ook naar de termijn van de voorafgaande administratieve fase wordt gekeken, doet daaraan niet af. Als gevolg van het (naar onze mening) kunstmatig opsplitsen van de administratieve procedure in twee fasen (vóór en na het verzenden van de punten van bezwaar), kent het HvJ EG de Commissie een aanzienlijk langere redelijke termijn toe dan het EHRM voor ogen heeft (als uitgangspunt twee jaar voor zaken waarin het gaat om punitieve sancties).

Ten tweede zijn de Europese boeteverlagingen karig, ook in vergelijking met de boeteverlagingen in *AUV/Aesculaap*. Terwijl de rechtbank Rotterdam boeteverlagingen van 17,5 procent en 20 procent toekent, kent de Commissie in *Technische Unie* op eigen initiatief een boeteverlaging van slechts 4,6 procent toe (overigens vanwege de lengte van de gehele administratieve procedure!) en het HvJ EG in *Baustahlgewebe* een boeteverlaging van niet meer dan 1,6 procent. In *AUV/Aesculaap* ging het om een NMa-procedure, die inclusief bezwaar in totaal vijfenhalf jaar duurde met overschrijding van tien maanden. In *Technische Unie* heeft de Commissieprocedure in totaal meer dan acht jaar geduurd. De rechtbankprocedure in *AUV/Aesculaap* duurde meer dan tweeënhalf jaar met een overschrijding van meer dan één jaar, terwijl de Gerechtsprocedure in *Baustahlgewebe* vijfenhalf jaar heeft geduurd. De procedure bij de NMa

in *AUV/Aesculaap* vanaf verzending van het rapport tot het primaire besluit rapport duurt anderhalf jaar, terwijl de administratieve fase in *Technische Unie* na verzending van de mededeling van punten van bezwaar meer dan drie jaar duurde. Hoewel deze vergelijkingen (bij gebrek aan duidelijke vuistregels van het HvJ EG over wat een redelijke termijn is) niet geheel opgaan, rijst toch twijfel of in Europese mededingingszaken wel sprake is van een billijke genoegdoening zoals het EVRM vereist of dat boeteverlagingen – ten onrechte – slechts een symbolische functie hebben. Uiteraard moet er rekening mee worden gehouden dat Commissieprocedures complex zijn door bijvoorbeeld taalkwesties, maar het belang van ondernemingen bij een voortvarende behandeling zou moeten prevaleren.

De verschillen tussen de Nederlandse en de Europese ‘aanpak’ ten aanzien van het beginsel van de redelijke termijn, spelen in een gemoderniseerd mededingingsrecht, waarin Europese kartelzaken worden verdeeld tussen de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten, een zekere rol van betekenis. Toewijzing van een Europese mededingingszaak in het Europese netwerk van mededingingsautoriteiten aan de NMa zal in beginsel moeten leiden tot een eventueel boetebesluit binnen twee jaar vanaf de *dies a quo*. Bij overschrijding moeten substantiële boeteverlagingen worden toegepast. Komt een zaak bij de Europese Commissie terecht, dan kunnen partijen aanzienlijk minder steun ontleen aan het beginsel van de redelijke termijn.

#### Tot slot

Na de *AUV*- en *Aesculaap*-uitspraken staat vast dat bij de toepassing van het mededingingsrecht de NMa, de rechtbank Rotterdam en het CBb een redelijke termijn in acht dienen te nemen. Dit valt toe te juichen. Inbreukprocedures hebben immers vaak een grote impact op een onderneming (en in de ondernemingen werkzame personen). De uitkomst (inclusief de omvang van een eventuele boete) van dergelijke procedures kan grote gevolgen hebben, maar is vaak zeer onzeker. Precies om die redenen is het beginsel van de redelijke termijn in artikel 6 lid 1 EVRM opgenomen. De op de NMa, de rechtbank en het CBb rustende verplichting om een redelijke termijn in acht te nemen, stelt terecht qua tijdsdimensie grenzen aan bedoelde onzekerheid.