

NIJMEGEN SOCIOLOGY OF LAW WORKING PAPERS SERIES



2010/05

Tetty Havinga, Carla
Klaassen, Alex Jetting-
hoff & Anita Böcker

Specialisatie binnen de rechtspraak
Ervaringen van grote ondernemingen
met de economisch bestuursrechter en
gespecialiseerde civielrechtelijke
rechtspraakvoorzieningen

The Institute for Sociology of Law is part of the Law Faculty of the Radboud University Nijmegen. It has a long tradition of empirical research in the area of law and society. Special focuses are the legal professions, food safety regulation, migration law and anti-discrimination law. The researchers at the Institute have different disciplinary backgrounds (including law, sociology, anthropology, development studies, Middle Eastern studies) and much of their research is interdisciplinary.

The Nijmegen Sociology of Law Working Paper Series provides a vehicle for staff members, PhD students and fellows to rapidly disseminate their research results.

ISSN 2212-7844

Nijmegen Sociology of Law Working Papers Series 2010/05

Faculty of Law
Radboud University Nijmegen
P.O. Box 9049
6500 KK Nijmegen
The Netherlands

Editors Dr. Tetty Havinga, t.havinga@jur.ru.nl
Friso Kulk MA LLM
Dr. Anita Böcker

Lay-out Hannie van de Put

Cover photo Erik van 't Hullenaar

© 2010, T. Havinga, C. Klaassen, A. Jettinghoff, A. Böcker

url: www.ru.nl/rechten/SociologyofLawWorkingPapers

SPECIALISATIE BINNEN DE RECHTSPRAAK ERVARINGEN VAN GROTE ONDERNEMINGEN MET DE ECONOMISCH BESTUURSRECHTER EN GESPECIALISEERDE RECHTSPRAAKVOORZIENINGEN

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

Abstract

Based on interviews with large corporations and other parties concerned (judges, attorneys) the paper analyses experiences and opinions of large corporations with five specialized courts in the Netherlands. What is the legal practice of the specialized courts? (number cases, characteristics of cases, work routines, number of cases with large companies), What is the number and character of disputes of large companies?, What are company strategies dealing with disputes?, Do special courts do a good job in the opinion of large companies?

The Council for the Judiciary (the Netherlands organization of courts) contracted us to investigate experiences of large companies with special courts. Our research included two administrative courts (the Court of Appeal on Trade and Industry and the District Court Rotterdam: special competence economic administrative law) and three civil law courts (the Enterprise Section of the Amsterdam Court of Appeal, the Patent Section of the District Court The Hague and the team dealing with disputes in harbour and sea transportation of the District Court Rotterdam).

Key words

Specialized court, judicial specialization, large corporations

In opdracht van de Raad voor de rechtspraak is door ons empirisch onderzoek gedaan naar de ervaringen van grote ondernemingen met vijf gespecialiseerde rechtspraakvoorzieningen: de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (OK), de intellectuele-eigendomskamer van de rechtbank Den Haag (IE-kamer), de 'natte kamer' van de rechtbank Rotterdam, het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) en het 'mededingingsteam' van de rechtbank Rotterdam. De aanleiding voor dit onderzoek is, aldus de Raad, gelegen in het rapport 'Nederland Handelsland: het perspectief van de transactiekosten' van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, waarin de kwaliteit van de nationale gerechtelijke infrastructuur aan de orde is gesteld.¹ Tevens wordt verwezen naar eerder in opdracht van de Raad uitgevoerd onderzoek

* Dit artikel is gebaseerd op onderzoek in opdracht van de Raad voor de Rechtspraak. De resultaten van het onderzoek zijn gepubliceerd in: Anita Böcker, Tetty Havinga, Alex Jettinghoff, Carla Klaassen en Laurens Bakker, *Specialisatie loont?! Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, 's-Gravenhage: Sdu 2010. t.havinga@jur.ru.nl.

1 WRR, *Nederland Handelsland: het perspectief van de transactiekosten*, Den Haag: Sdu 2003.

waaruit naar voren kwam dat de kwaliteit van de gerechtelijke infrastructuur van aanzienlijke betekenis is voor de economische ontwikkeling.² Tegelijkertijd sluit het door ons verrichte onderzoek aan bij twee doelstellingen vermeld in de Agenda voor de Rechtspraak 2005-2008, te weten: differentiatie zaakbehandeling en normering van doorlooptijden alsmede specialisatie door concentratie.³

Ons onderzoek spitst zich, zoals vermeld, toe op grote ondernemingen. ‘De Rechtspraak’ beoogt aan dit onderzoek argumenten te ontleen voor nadere besluitvorming over (eventuele) herinrichting van het huidige stelsel ter beslechting van complexe geschillen van grote ondernemingen.

In dit artikel wordt – na een korte weergave van de belangrijkste onderzoeksvragen – eerst een korte schets gegeven van de rechtspraktijk van de vijf onderzochte specialistische gerechtelijke voorzieningen. Vervolgens wordt ingegaan op de methode van onderzoek en worden de belangrijkste bevindingen van het onderzoek vermeld.

Onderzoeksvragen

Het onderzoek heeft betrekking op geschillen van grote ondernemingen die zijn voorgelegd aan een van de vijf genoemde specialistische rechtspraakvoorzieningen. Daarbij gaat het om civielrechtelijke geschillen (voornamelijk tussen ondernemingen en andere ondernemingen of aandeelhouders) en om bestuursrechtelijke geschillen (tussen ondernemingen en de overheid). De onderzoeksvragen betreffen een drietal thema’s: 1. het geschil- en procedeedrag van de grote ondernemingen, 2. de wenselijkheid van de bestaande specialisaties en 3. het oordeel van ondernemingen en deskundigen over de kwaliteit van de specialistische gerechtelijke instanties.

Ad. 1. Hierbij gaat het om de relatieve betekenis van de genoemde voorzieningen voor de behandeling van geschillen van grote ondernemingen. Wat is de omvang en aard van de geschillen waarmee de ondernemingen geconfronteerd zijn? Welke methoden hanteren grote bedrijven om geschillen en gerechtelijke procedures te voorkomen? In hoeverre is een procedure bij de specialistische gerechtelijke voorziening uitzonderlijk dan wel komt dit frequent voor? Worden daarbij routines of strategieën gebruikt en zo ja, welke? In welke mate worden geschillen – indien er een keuzemogelijkheid bestaat – voorgelegd aan buitenlandse fora of wordt de voorkeur gegeven aan geschilbeslechting buiten de overheidsrechter om (ADR)?

2 B.C.J. van Velthoven, *De waarde van de juridische infrastructuur voor de Nederlandse economie*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2005 (Research Memoranda 1/1).

3 Raad voor de rechtspraak, *Agenda van de Rechtspraak 2005-2008*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2004.

Ad. 2. Nut en noodzaak van specialisatie. Wordt specialisatie en concentratie terzake van de geschillen waarover de specialistische rechterlijke voorziening oordeelt wenselijk geacht? Wat zijn de voor- en nadelen van de huidige wijze van specialisatie? Bestaan er wensen tot verbetering?

Ad. 3. Wat is het oordeel van bedrijven en deskundigen (advocaten, rechters en academici) over de kwaliteit van de specialistische rechterlijke voorzieningen? Geven de oordelen van ondernemingen en deskundigen over de prestaties van de specialistische gerechtelijke voorzieningen aanleiding tot wijzigingen en zo ja, in welke opzichten?

De vijf gerechtelijke voorzieningen

Bij alle vijf onderzochte rechtspraakvoorzieningen voor het bedrijfsleven is sprake van specialisatie door concentratie. Toch is de aard van de onderzochte voorzieningen in diverse opzichten zeer verschillend. Het gaat om drie voorzieningen op civielrechtelijk terrein (de 'natte kamer', de IE-kamer en de OK), en twee voorzieningen op het terrein van het economisch bestuursrecht (het mededingingsteam en het CBb). De OK en het CBb zijn bij wet ingestelde voorzieningen met wettelijk geregelde exclusieve bevoegdheden. Bij de IE-kamer en het mededingingsteam gaat het om bij wet aan een rechtbank toegekende bijzondere competenties, die vervolgens door de rechtbank aan een bepaald team of een bepaalde kamer worden toebedeeld. 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 (haven, zeescheepvaart). In enkele wetten op het gebied van het natte recht is vervolgens ook een exclusieve bevoegdheid aan de rechtbank Rotterdam toegekend.

Naast de wettelijke basis en de organisatorische inbedding varieert ook de graad van specialisatie. Het CBb heeft van de vijf voorzieningen de meest diverse specialistische caseload. Daar staat tegenover dat de rechters van het CBb uitsluitend economisch bestuursrechtelijke zaken behandelen. Aan de OK is weliswaar op geheel uiteenlopende terreinen (exclusieve) bevoegdheid toegekend, maar in de praktijk houdt de OK zich voornamelijk bezig met enquêteprocedures en medezeggenschapsprocedures (ofwel WOR-procedures). 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 OK werkte ten tijde van dit onderzoek alleen de voorzitter fulltime voor deze kamer.

Twee raadsheren waren hiernaast bijvoorbeeld tevens werkzaam in de belastingkamer van het Hof Amsterdam. Tevens is van belang dat de OK voor de behandeling van zaken gebruik maakt van zogenoemde 'raden' (lekenrechters), met specifieke deskundigheid op het terrein van de door de OK te behandelen zaken.

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 OK 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.

Bij de onderzochte rechtspraakvoorzieningen is slechts een gering aantal gespecialiseerde rechters werkzaam. Het CBB is met zeventien raadsheren en 25 plaatsvervangers het omvangrijkst, bij de overige vier voorzieningen varieert het aantal gespecialiseerde rechters van vier tot zeven.

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 minderheid van de zaken die aan de onderzochte voorzieningen worden voorgelegd.

Het soort geschillen waarmee bedrijven bij de gespecialiseerde voorzieningen terecht gekomen zijn, wordt doorgaans 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 de natte kamer en de IE-kamer bijvoorbeeld is bij ongeveer vier van de tien zaken ten minste één 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 sprake van meer dan twee partijen. Bij de OK halen zaken betreffende grote bedrijven veelvuldig de media en wordt met name van de zijde van procederende aandeelhouders of hun belangenbehartigers – zoals de Vereniging voor Effectenbezitters (VEB) – hiervan ook welbewust gebruik gemaakt in het kader van hun processtrategie. Wat betreft het financiële belang waarover wordt geprocedeerd, beschikken we alleen voor de natte kamer over gegevens; 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 verschillende 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 kort gedingen betreffen en uit hun aard enkelvoudig worden afgedaan.

Methode van onderzoek

De ervaringen van gebruikers met rechtspraakvoorzieningen kunnen op twee verschillende manieren worden onderzocht. In een 'bottom-up' benadering wordt het vertrekpunt gevormd door (alle) situaties die zouden kunnen leiden tot een geschil en 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 geschil zich kan ontwikkelen en de factoren die daarop van invloed zijn. Deze onderzoekstrategie is bijvoorbeeld toegepast in het klassieke onderzoek van Miller en Sarat, in de geschilbeslechtingdelta en het recente WODC onderzoek naar MKB-bedrijven.⁴

Een 'bottom-up' benadering was voor onze onderzoeksvraag echter minder geschikt. Uit onderzoek blijkt keer op keer dat slechts een zeer beperkt deel van de geschillen die aan de rechter zouden kunnen worden voorgelegd ook daadwerkelijk leidt 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.⁵ Bedrijven lossen eveneens problematische situaties doorgaans op zonder een beroep te doen op de rechter.⁶ Een 'bottom-up' onder-

4 R. Miller & A. Sarat, 'Grievances, claims and disputes: assessing the adversary culture', 15 *Law and Society Review* 1980-81 p. 525-566; B.J.C. van Velthoven & M.J. ter Voert, *De geschilbeslechtingdelta 2003*, Den Haag: Boom 2004; M.T. Croes & G.C. Maas, *Geschilbeslechtingdelta midden- en kleinbedrijf. Over het optreden en afhandelen van (potentieel) juridische problemen in het midden- en kleinbedrijf*, Den Haag: WODC 2009.

5 Miller & Sarat 1980-81 en Van Velthoven & Ter Voert 2004 (zie voetnoot 4); A. Böcker 'A pyramid of complaints: the handling of complaints about racial discrimination in the Netherlands', 17 *New Community* 1991, p. 603-616; E. Delanoeije, F. van Loon & Y. Wouters 'Conflictafhandeling in Vlaanderen, Een empirisch onderzoek naar het verloop van burgerrechtelijke geschillen', *Recht der Werkelijkheid* 1992, p. 79-97; H. Genn, *Paths to justice: what people do and think about going to law*, Oxford: Hart 1999; A. Jettinghoff, 'Geschillen en gerechten', in: B.P. Sloot & R.J.S. Schwitters (red.), *Rechtssociologie*, Heerlen: Open Universiteit 1992, p. 215-231; R.L. Kidder, 'The end of the road? Problems in the analysis of disputes', 15 *Law and Society Review* 1980-81, p. 717-725.

6 A. Jettinghoff, *Het komt zelden voor. Beheersing van klachten en geschillen in relaties tussen bedrijven*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2001; A. Jettinghoff, '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 2003, p. 201-221; G. Rooks & C.

→

zoekstrategie zou leiden tot informatie over slechts een relatief klein aantal ervaringen met de vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen en de kans was dan groot geweest dat over een of enkele voorzieningen geen ervaringen in het onderzoek terecht zouden komen.

Vandaar dat voor een 'top down' benadering is gekozen. We hebben ons gericht op bedrijven die ervaring hebben met een geschil dat is voorgelegd aan een van de vijf specialistische rechtspraakvoorzieningen. Op deze wijze werd gewaarborgd dat over elk van de vijf gerechtelijke voorzieningen voldoende ervaringen in het onderzoek zouden worden betrokken.

De kern van het onderzoek wordt gevormd door de vraag naar de ervaringen van grote ondernemingen met de specialistische rechtspraakvoorzieningen en de waardering daarvan. Het antwoord op deze vragen is verkregen op basis van interviews met grote ondernemingen die partij waren bij een procedure bij een van de vijf specialistische voorzieningen. Er is in 54 interviews gesproken met 58 medewerkers van 47 verschillende grote ondernemingen. Onder 'grote ondernemingen' worden in dit onderzoek verstaan bedrijven die voorkomen op de lijst van 500 grootste Nederlandse ondernemingen van FEM Business dan wel Nederlandse vestigingen van grote internationaal opererende ondernemingen (op basis van Fortune Global 500 en Forbes 2000).

Aanvullend zijn interviews gehouden met andere bij deze procedures betrokken actoren zoals 17 gespecialiseerde advocaten, 5 leden van de rechterlijke macht werkzaam op aanverwante gebieden dan wel bij hogere instanties, 4 onderzoekers van de Ondernemingskamer, medewerkers van 3 bestuursorganen, 3 belangenorganisaties, 3 brancheorganisaties, en 4 anderen. Ook zijn 15 personen werkzaam bij de vijf onderzochte rechterlijke instanties geïnterviewd. Op basis van een notitie met voorlopige bevindingen is per specialistische voorziening een expertmeeting gehouden. Aan deze expertmeetings is deelgenomen door 47 gespecialiseerde advocaten, 12 deskundigen uit het bedrijfsleven, en 23 andere ervaringsdeskundigen en rechtswetenschappers.⁷

Voor de kwantitatieve beschrijving van de rechtspraktijk van de specialistische voorzieningen is gebruik gemaakt van registratiegegevens van de gerechtelijke organisatie over de jaren 2002 t/m 2007.

Snijders, 'Een hernieuwde kijk op dispuutpiramides', *Recht der Werkelijkheid* 2004, p. 32-42.

7 Zie voor nadere informatie over de vraagstelling, methode en uitvoering van het onderzoek: A. Böcker, T. Havinga, A. Jettinghoff, C. Klaassen & L. Bakker, *Specialisatie loont?! Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, 's-Gravenhage: Sdu 2010.

Geschil- en procedeedrag van grote ondernemingen

Ondernemingen gaan gerechtelijke procedures bij voorkeur uit de weg, vooral als het om duurzame ruilverhoudingen gaat, zo leert onderzoek over *contractual relations*.⁸ En als *repeat players* kunnen ze daar bepaalde werkwijzen voor ontwikkelen.⁹ In hoeverre hanteren de onderzochte grote ondernemingen routines en strategieën om geschillen en procedures te voorkomen?

Bedrijven uit de 'natte sector' (reders, vervoerders, cargadoors) proberen 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. Dit wordt ingegeven door de wens om in de toekomst zaken met elkaar te kunnen blijven doen. Verzekeraars geven eveneens aan bij voorkeur de kosten en complicaties van een juridische procedure te vermijden en 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 kans op succes dit billijken. Tweederde van de zaken bij de natte kamer eindigen in een royement. Tijdens de veelal langdurige procedure gaan de onderhandelingen tussen partijen vaak door.

Bij geschillen over octrooien en merken zijn partijen meestal elkaars concurrenten. Om die reden is het continueren van een zakelijke relatie niet van belang voor de bij IE-procedures betrokken bedrijven. De kosten die verbonden zijn aan IE-procedures zorgen er echter doorgaans voor dat waar mogelijk toch eerst andere oplossingen worden gezocht. Als dat niets oplevert, wordt het besluit om te procederen aan een kosten-batenafweging onderworpen. Als die afweging positief uitvalt, is procederen in de onderlinge verhoudingen een 'normale' optie, waarvoor de meeste respondenten niet terugschrikken.

De ondernemingen die in een procedure bij de Ondernemingskamer zijn betrokken hebben hiertoe vrijwel nooit zelf het initiatief genomen. De bedrijven hadden 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. Grote ondernemingen trachten geschillen over medezeggenschaps- en bestuurs- en beleidskwesties te voorkomen door een goede communicatie met hun 'stake-

8 Cf. S. Macaulay, 'Non-contractual relations in business: a preliminary study', 28 *American Sociological Review* 1963, p. 55-67. Voor een overzicht van de literatuur nadien zie: J. Griffiths & H. Weyers (red.) *De sociale werking van recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005, p. 56-59.

9 M. Galanter, 'Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change', 9 *Law & Society Review* 1973, p. 95-160; Jettinghoff 2001 (zie noot 6); R. Susskind, *The end of lawyers? Rethinking the nature of legal services*, Oxford University Press 2009.

holders'. Tegen deze achtergrond worden procedures aanhangig 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. Dit gebeurt bijvoorbeeld door aandacht te besteden aan een goede voorlichting binnen de onderneming over de uitleg van vigerende (mededingings)regelgeving (door toezichthouder en rechter) om overtreding te voorkomen. Door tijdig contact op te nemen met de toezichthouder over de interpretatie van regels trachten gereguleerde bedrijven eveneens geschillen te voorkomen. De meeste grote bedrijven zien echter doorgaans weinig mogelijkheden om via overleg geschillen op het terrein van het economisch bestuursrecht op te lossen. Voor veel bedrijven in gereguleerde markten (telecommunicatie, energie) hebben bepaalde besluiten van de toezichthouder/marktautoriteit zodanig grote gevolgen voor de financiële positie, de overlevingskansen of de marktmogelijkheden dat bedrijven al snel in beroep gaan tegen een besluit. 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.

De mogelijkheden om geschillen en procedures te voorkomen zijn niet in alle onderzochte sectoren hetzelfde. Dat heeft waarschijnlijk onder meer te maken met het feit dat de relaties waarin de geschillen ontstaan divers van aard zijn. De these van Macaulay dat bedrijven terughoudend zijn om een conflict voor te leggen aan de rechter heeft vooral betrekking op contractuele relaties. Wanneer het om andere relaties gaat, bijvoorbeeld als ondernemingen elkaars concurrenten zijn, zoals bij IE-geschillen en geschillen in gereguleerde markten, zijn geschillen en procedures moeilijker te voorkomen.¹⁰

Aangezien er vaak beloftevol over ADR (arbitrage, bindend advies en mediation) wordt geschreven, is de respondenten uitdrukkelijk gevraagd naar hun ervaringen met dergelijke vormen van geschilbeslechting in hun bedrijfspraktijk. We zijn tot de opmerkelijke conclusie gekomen dat de door ons geïnterviewde grote ondernemingen weinig gebruik maken van ADR, althans op de terreinen die tot de competentie van de onderzochte specialistische voorzieningen behoren. Om diverse redenen wordt een procedure bij de overheidsrechter in het algemeen toch aantrekkelijker gevonden. Alleen in de natte praktijk wordt met name arbitrage soms als alternatief gezien.

10 Zie ook T. Havinga, 'Waarom telecommunicatiebedrijven zoveel procederen', in: N. Doornbos, N. Huls & W. van Rossum (red.), *Rechtspraak van buiten. Liber amicorum prof. dr. J.F. Bruinsma*, Deventer: Kluwer 2010, p. 29-36.

Vermeldenswaard is tenslotte dat naar het oordeel van de respondenten en deskundigen het buitenland niet per se aantrekkelijkere voorzieningen te bieden heeft. Over de kwaliteit van de IE-kamer en de 'natte' kamer is men in vergelijking met dergelijke fora in het buitenland door de bank genomen tevreden. De OK geldt als een uniek fenomeen waarvoor in feite geen bruikbaar buitenlands alternatief bestaat.

In de rechtssociologische literatuur wordt aangenomen dat het geschil- en procedeedrag in belangrijke mate wordt beïnvloed door de vraag of de procespartij slechts incidenteel of veelvuldig een dergelijke juridische procedure voert. Aan *repeat players* worden bepaalde gemeenschappelijke capaciteiten toegedicht, zoals de mogelijkheid strategisch om te gaan met procedures en het lobbyen voor nieuwe regels.¹¹ Doorgaans wordt aangenomen dat grote ondernemingen over het algemeen juridische *repeat players* zijn. Gedragen de onderzochte bedrijven zich ook volgens deze verwachtingen?

De meeste bedrijven die procederen bij de natte kamer en de IE-kamer zijn inderdaad *repeat player*, dat wil zeggen dat hetzelfde bedrijf regelmatig een procedure heeft (in driekwart respectievelijk twee derde van de procedures in de periode 2002-2007). Voor grote ondernemingen die octrooien of merken houden is procederen een normaal (maar kostbaar) middel om zo nodig concurrenten van inbreuken af te houden respectievelijk hun geldigheidsclaims aan te vechten. In bepaalde bedrijfstakken lijkt procederen zelfs stelselmatig te worden gebruikt als wapen in de concurrentiestrijd. Dit geldt naar verluidt in het bijzonder voor octrooikwesties in de farmaceutische industrie.¹²

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 *repeat players* die jaarlijks tientallen beroepsprocedures hebben zoals OPTA, NMa of het Ministerie van LNV. Bij het veelvuldig procederen in bestuursrechtelijke geschillen in gereguleerde markten speelt overigens mee dat het om jonge wetgeving gaat. In deze geschillen wordt vaak geprocedeerd omdat bedrijven en/of de toezichthouder duidelijkheid willen verkrijgen over de uitleg van de regels. Dat verklaart ook – in combinatie met de grote belangen die op het spel kunnen staan – waarom veel uitspraken van het 'me-

11 Galanter 1973; Jettinghoff 2001; Susskind 2009 (zie noot 9).

12 A. Jettinghoff, 'Repeat players in de farmaceutische industrie', in: N. Doornbos, N. Huls & W. van Rossum (red), *Rechtspraak van buiten*, Deventer: Kluwer 2010, p. 37-43.

dedingingsteam' in hoger beroep aan het CbB worden voorgelegd. Toch zijn niet alle grote bedrijven die te maken krijgen met het economisch bestuursrecht *repeat player*. Grote bedrijven (in een niet gereguleerde sector) hebben meestal slechts eenmalig te maken met een procedure op het terrein van het reguliere mededingingsrecht.

Bij de OK zijn de grote ondernemingen evenmin als *repeat players* aan te merken; (ook) grote ondernemingen worden hooguit eenmalig geconfronteerd met een enquêteprocedure bij de OK; voor WOR-procedures ligt dit in het algemeen niet anders. Daarentegen is een belangenbehartiger als de VEB bijvoorbeeld wel *repeat player* in enquêteprocedures.

Indien er buiten een individueel geschil knelpunten of manco's worden gesignaleerd in de wetgeving waarmee een groot bedrijf te maken heeft (die kunnen leiden tot geschillen), wenden bedrijven zich regelmatig tot de Haagse of Brusselse politiek om te trachten langs die weg tot een oplossing te komen.

Specialisatie gewenst

Onder 'specialisatie' wordt hier 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 sprake van specialisatie door concentratie.

In de wetenschappelijke literatuur over specialistische rechtspraak worden uiteenlopende argumenten voor en tegen rechterlijke specialisatie genoemd. De meest genoemde argumenten hebben betrekking op de kwaliteit van het eindproduct: specialistische rechters zouden beter in staat zijn om complexe wetgeving toe te passen en bewijsmateriaal te beoordelen en concentratie van specialistische rechtspraak bevordert consistentie en rechtsontwikkeling. Daar staat als nadeel tegenover dat een paar rechters hun stempel kunnen drukken op de rechtspraak, dat zich een 'tunnelvisie' kan ontwikkelen en dat specialisatie kan leiden tot een gebrek aan coherentie met het 'algemene' rechtsgebied. In de literatuur wordt tevens gesteld dat het efficiënter is om complexe en niet heel veel voorkomende zaken door gespecialiseerde rechters te laten afdoen en dat het zal bijdragen aan de acceptatie van rechterlijke uitspraken door het publiek of partijen.¹³ Daarentegen wordt ook opgemerkt dat specialisatie ertoe kan leiden dat de schijn van partijdigheid ontstaat omdat rechters bijvoorbeeld hun kennis hebben opgedaan in een vorige werkring binnen indus-

13 Zie voor een uitgebreide bespreking, gebaseerd op een analyse van de Angelsaksische literatuur en interviews met rechters in verschillende Angelsaksische landen: S. Legomsky, *Specialized Justice. Courts, administrative tribunals, and a cross-national theory of specialization*, Oxford: Clarendon Press 1990, p. 7-19. Zie voor een inventarisatie gebaseerd op een andere indeling: A.M. Hol & M.A. Loth, 'Beter weten. Specialisatie in de rechterlijke macht', *Trema* 25(10) 2002, p. 486-505.

trie of advocatuur en omdat sprake is van steeds hetzelfde kleine kringetje van juridisch deskundigen (rechter, advocaten, bedrijfsjuristen).

De door ons geïnterviewde grote ondernemingen en andere (ervarings-) deskundigen waren vrijwel unaniem van mening dat een specialistische voorziening wenselijk of zelfs noodzakelijk is voor de geschillen die de vijf onderzochte voorzieningen behandelen. Voor een inhoudelijk goede geschilafdoening zijn 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. Bovendien hebben bedrijven er behoefte aan dat bij de behandeling van de zaak – bijvoorbeeld ter gelegenheid van een comparitie of pleidooi – *blijkt* dat de rechter deskundig is, met name doordat hij relevante vragen stelt en een goede ‘gesprekspartner’ is van de (eveneens gespecialiseerde) advocaat. Dit zou de acceptatie van de uitspraak verhogen, ook als deze uiteindelijk ongunstig uitpakt. Het bij de rechtbanken gebruikelijke roulatiesysteem wordt gezien als belemmering; ingewerkte specialisten vertrekken na enkele jaren en het roulatiebeleid stimuleert rechters niet om te investeren in specialisatie.

De respondenten waren in het algemeen eveneens voorstander van *concentratie* van de geschillen op de betreffende terreinen. Argumenten hiervoor waren het complexe en specifieke karakter van de materie en het beperkte aantal zaken; als zaken door meerdere instanties zouden worden beslist, zouden de rechters er minder ervaring mee opdoen, hetgeen tevens tot een minder vlotte/efficiënte behandeling zou kunnen leiden. De grotere mate van voorspelbaarheid van uitspraken werd eveneens veelvuldig genoemd als voordeel van concentratie. Hoewel de wenselijkheid van concentratie niet werd betwist, was er wel enige variatie in het oordeel over de meest optimale vorm van concentratie: bij één voorziening of bij enkele voorzieningen? Zo waren de deelnemers aan de expertmeeting over de natte kamer geen voorstander van een wettelijke concentratie van natte zaken bij (alleen) de rechtbank Rotterdam. In de expertmeeting over de IE-kamer werd door sommigen gepleit voor het creëren van een tweede specialistische kamer voor nieuw te concentreren zaken. Ook betreffende de OK verschilden de respondenten en experts van mening over de optimale graad van concentratie en met name over de wenselijkheid van een tweede OK, bijvoorbeeld in het Oosten van het land.

Door diverse respondenten werd aandacht gevraagd voor wat zij als keerzijde van één geconcentreerde gespecialiseerde voorziening zagen: als deze slechts uit een paar rechters bestaat, drukt enerzijds de persoon van de rechter (te) zeer een stempel op de ontwikkeling van de rechtspraak, en kan anderzijds de continuïteit hierdoor onder druk komen te staan. Vooral in gesprekken over de OK werd hiernaast gewezen op het gevaar dat ten opzichte

van rechtzoekenden een ‘ons kent ons’-indruk wordt gewekt en een schijn van partijdigheid ontstaat vanwege het kleine kringetje advocaten en rechters die zich met dergelijke geschillen bezighouden en elkaar derhalve na verloop van tijd goed kennen.

Niettemin wogen de gesignaleerde nadelen van concentratie voor de respondenten duidelijk niet op tegen de 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. De meeste deelnemers aan de expertmeeting over het mededingingsteam waren voorstander van een verdere concentratie van mededingingszaken door de rechtbank Rotterdam bevoegdheid te geven te oordelen over beroep tegen alle besluiten en handelingen van de NMa. Op deze wijze zou meer geprofiteerd kunnen worden van de bij de rechtbank Rotterdam opgebouwde kennis en ervaring. Tevens werd een gespecialiseerde appelrechter voor civiele mededingingszaken bepleit.

Kortom: de vraag of specialisatie en concentratie ter zake van de geschillen waarover de voorziening oordeelt wenselijk is, werd positief beantwoord. 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 door verloop.

Positief oordeel over kwaliteit van onderzochte rechtspraakvoorzieningen

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 vergelijking met buitengerechtelijke en buitenlandse voorzieningen. Dit is onderzocht aan de hand van drie opeenvolgende vragen. Allereerst hebben we de open vraag gesteld wat voor de betrokkene kwalitatief goede rechtspraak is in de onderzochte specialistische geschillen. De gedachte hierachter is na te gaan 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 bejegening van procespartijen ter zitting, onpartijdigheid van rechters, de juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de behandeling en van de uitspraak, en de doorlooptijden van de behandelde zaken.¹⁴ Respondenten is gevraagd of en, zo ja, hoe belangrijk zij deze dimensies vinden voor de kwaliteit van rechtspraak.

Ten slotte is de vraag gesteld of de onderzochte rechtspraakvoorziening aan de gestelde kwaliteitseisen voldoet en welke verbeteringen eventueel gewenst worden geacht.

Vrijwel alle respondenten en experts zijn van mening dat de vijf onderzochte specialistische voorzieningen kwalitatief goed zijn. Opmerkelijk is dat sprake is 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.

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 gemotiveerd is en een oplossing biedt voor het materiële geschil. Op beide punten vinden sommige respondenten dat het in een aantal gevallen beter kan.

De *onpartijdigheid en integriteit* van de rechters wordt door vrijwel alle respondenten als een vanzelfsprekendheid beschouwd (en daarom op de open vraag niet spontaan als belangrijkste genoemd) of als het belangrijkste genoemd. Ondanks dat er op onderdelen soms een kritische kanttekening is geplaatst, wordt vrijwel unaniem geoordeeld dat de diverse voorzieningen voldoen aan de eisen van onpartijdigheid en integriteit.

De *juridisch inhoudelijke kwaliteit* wordt door de meeste respondenten als veruit het belangrijkste kwaliteitskenmerk geduid. De antwoorden op de open vraag laten zien dat onder 'rechtspraak van goede kwaliteit' wordt verstaan: een goed gemotiveerde uitspraak waarin daadwerkelijk een knoop wordt

14 Raad voor de rechtspraak, *Kwaliteit kost tijd*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2006.

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. Wat betreft de OK worden 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 haar 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. De gespecialiseerde rechters geven naar hun oordeel doorgaans blijk van een goede dossierkennis en deskundigheid en bieden partijen in het algemeen voldoende ruimte. 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. Wat betreft de OK geldt dat respondenten over het algemeen (zeer) positief staan tegenover de inzet van raden, maar kritische noten zijn geplaatst bij de rol van de raden tijdens zittingen. Zij zouden ‘te onzichtbaar’ zijn ofwel te passief (overkomen).

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 behandeld 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 met ervaring bij de natte kamer en de OK rangschikken de doorlooptijd in het algemeen weliswaar ná de inhoudelijke kwaliteit en vóór de bejegening, maar bena-

drukken in het algemeen dat ze een vlotte doorlooptijd wel zeer belangrijk 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. Met uitzondering van de IE-kamer, worden de doorlooptijden als te lang beoordeeld. Het streven van de IE-kamer zaken via een versneld regime snel 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 gerechtelijke 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. Als suggesties ter verbetering zijn op een betere interne organisatie en op uitbreiding van het aantal rechters genoemd.

Hoewel er door sommigen een kritische noot wordt geplaatst bij de bejegening door de rechter, wordt 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.

Conclusie

Over het geheel genomen, kan worden geconcludeerd dat de onderzochte specialistische rechterlijke voorzieningen naar de mening van de door ons geraadpleegde grote ondernemingen alsook 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 op het punt van kwaliteit beter ‘scoren’ 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 vormt in zaken waarvoor men bij de onderzochte

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

Dit betekent niet dat er aan deze specialistische gerechtelijke voorzieningen niets meer te verbeteren valt. Door respondenten zijn diverse aandachts- of verbeterpunten geopperd, maar dit neemt niet weg dat de ervaringen van grote ondernemingen met de door ons onderzochte rechterlijke voorzieningen tot het eindoordeel leiden dat in deze zaken specialisatie loont.