

EUROPEES/ECONOMISCH RECHT

Mr. W.W. Geursen, Vrije Universiteit, Amsterdam

Mw. mr. H.M. Cadenau, Pels Rijcken en Droogleeve Fortuijn, Den Haag

**De zaak Heemskerk: geen verplichte
ambtshalve toetsing aan het
gemeenschapsrecht ten nadele
van de burger** 08-141

Auteur: mr. W.W. Geursen, Vrije Universiteit, Amsterdam

Feiten en nationale procedure

Op 25 januari 2000 hebben de bedrijven Heemskerk en Schaap ieder 300 vaarzen/ eerste kalfskoeien geëxporteerd naar Marokko. Samen met 40 andere vaarzen zijn zij te Moerdijk voor transport geladen in het onder de Ierse vlag varende schip de M/S Irish Rose.

Terzake van die uitvoer hebben Heemskerk en Schaap op grond van Verordening 800/1999 uitvoerrestituties (dat zijn Europese exportsubsidies die het spiegelbeeld vormen van importrechten/-heffingen) aangevraagd bij en verleend door het Productschap Vee en Vlees.

Tijdens een controle van de administratie van Heemskerk en Schaap is gebleken dat de toegestane belading van het Ierse schip was overschreden. De officiële dierenarts die bij de belading van het Ierse schip aanwezig was, heeft niet gecontroleerd of de normen voor beladingsdichtheid waren gerespecteerd. Een nadere controle door de Algemene Inspectiedienst (AID), de controle- en opsporingsdienst van het Ministerie van LNV, heeft een getuigenverklaring opgeleverd van degenen die de dieren tijdens het transport had begeleid. Daaruit heeft de AID geconcludeerd dat duidelijk niet was voldaan aan de beladingsnorm. Er hadden maar 578 dieren mogen worden vervoerd op het Ierse schip, terwijl er 640 aan boord waren; 62 te veel.

Het niet voldoen aan de dierenwelzijnsnormen is een grond om exportrestituties niet te verlenen en eventuele voorschotten daarop terug te vorderen. Naar aanleiding van deze conclusies heeft het Productschap bij besluiten van 26 maart 2004 de verleende uitvoerrestituties ingetrokken en

de reeds uitbetaalde bedragen teruggevorderd onder verhoging van 10% en wettelijke rente. Na bezwaar van Heemskerk en Schaap, heeft het Productschap de terug te vorderen bedragen verlaagd, in die zin dat alleen de uitvoerrestituties moesten worden terugbetaald voor de 62 vaarzen waarmee de beladingsnorm was overschreden en naar rato van hun aandeel daarin. Dat was voor beiden 29 vaarzen te veel. Tegen deze besluiten op bezwaar hebben Heemskerk en Schaap beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) (LJN: AZ2235). Waar Heemskerk en Schaap ieder nog in bezwaar waren gegaan tegen de weigering van restituties voor 300 vaarzen, bevochten zij elk in beroep slechts nog de weigering van restituties voor 29 vaarzen.

Het CBb heeft als voorlopig inhoudelijk oordeel dat met 'de geconstateerde overbelading de welzijnsnormen van alle 640 getransporteerde drachtige runderen zijn geschonden' en dat daarom 'geen van deze runderen voor restitutie in aanmerking komt en dat derhalve de volledige uitbetaalde restitutie had moeten worden ingetrokken en teruggevorderd. Door de geconstateerde overbelading van het M/S Irish Rose zijn immers alle 640 getransporteerde drachtige vaarzen getroffen, niet slechts de (...) 62' vaarzen die teveel aan boord waren (r.o. 5.7.) Dat zou tot de conclusie moeten leiden dat Heemskerk en Schaap niet alleen de aangevochten 29 restituties zouden kwijtraken en voorschotten daarop zouden moeten terugbetalen, maar ieder ook de restituties voor de overige 271 vaarzen. Met dat oordeel zouden Heemskerk en Schaap echter slechter af zijn dan voor het instellen van het beroep bij het CBb.

Die conclusie stuit in beginsel af op de procesrechtelijke bevoegdheden van het CBb op grond van art. 8:69 Awb, aangezien het daarmee buiten het geschil zou treden dat zich beperkt tot de genoemde 29 restituties. De overige 271 restituties zijn geen voorwerp van het geschil. Bovendien zou dat in strijd zijn met het in art. 8:69 Awb besloten verbod op *reformatio in peius* - hetgeen inhoudt dat de appellante niet slechter af mag zijn dan zonder het ingestelde beroep het geval zou zijn geweest. Het CBb verwijst hierbij naar de totstandkomingsgeschiedenis van de Awb waaruit blijkt dat art. 8:69 Awb primair niet zozeer handhaving

van het objectieve recht beoogt, maar het bieden van rechtsbescherming (r.o. 5.5). Derhalve komt het CBb tot de voorlopige conclusie dat het 'niet bevoegd is op dit punt een uitspraak te doen' (r.o. 5.4). Desalniettemin vraagt het CBb zich af of het 'op grond van het communautaire recht gehouden is' de beperking van art. 8:69 Awb terzijde te schuiven en alsnog te oordelen dat de restituties voor alle 600 vaarzen ongedaan moeten worden gemaakt, ondanks dat dat 'zou leiden tot een verslechtering van de rechtspositie van appellanten' (r.o. 5.6). Het CBb heeft ter beantwoording van die vraag enkele prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ), inclusief enkele vragen over de materieelrechtelijke kant van de Europese beladingsnormen; geregistreerd als zaak C-455/06.

Uitspraak

Het HvJ heeft op 25 november jl. de vragen van het CBb beantwoord. Naast de antwoorden op de materiële vragen van het CBb over de Europese beladingsnormen, concludeert het HvJ dat het doorbreken van het verbod op *reformatio in pelus* 'niet alleen [zou] indruisen tegen het beginsel van de eerbiediging van het recht van verweer, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, (...) maar zou voor de particulier die beroep heeft ingesteld tegen een voor hem bezwarende handeling, het risico meebrengen dat dit beroep hem in een ongunstigere positie brengt dan die waarin hij zou hebben verkeerd wanneer hij zich ervan had onthouden dit beroep in te stellen' (r.o. 47). Na die opmerking concludeert het HvJ niet nader gemotiveerd dat 'het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet verplicht om een bepaling van het gemeenschapsrecht ambtshalve toe te passen, wanneer een dergelijke toepassing zou meebrengen dat hij het in het toepasselijke nationale recht verankerde beginsel van het verbod van *reformatio in pelus* doorbreekt' (r.o. 48).

Commentaar

Waar er legio rechtspraak is over de bescherming van *rechten* die particulieren ontlenen aan het gemeenschapsrecht en de grenzen die nationaal procesrecht daaraan mag stellen, is er minder rechtspraak over de *verplichtingen* die door het gemeenschapsrecht aan particulieren worden opge-

legd en de grenzen die nationaal procesrecht daaraan mag stellen. De zaak *Heemskerk* is een voorbeeld van dat laatste en vormt min of meer het spiegelbeeld van zaak *Van der Weerd* - die een voorbeeld vormt van het eerste. In de zaak *Van der Weerd* was het de vraag, naar aanleiding van prejudiciële vragen van eveneens het CBb, of art. 8:69 Awb eraan in de weg mocht staan dat particulieren, zoals de varkensboeren Van der Weerd e.a., geen *rechten* konden ontlenen aan het gemeenschapsrecht, omdat zij zich in die procedure geheel niet hadden beroepen op het gemeenschapsrecht. Ambtshalve toetsing daaraan ten gunste van de varkensboeren - zou dus buiten de grenzen van het geschil zijn en daarom in strijd met art. 8:69 Awb (zie daarover o.a. mijn eerdere bijdrage in dit blad: 'Openbare orde, art. 8:69 Awb, art. 25 Rv en ambtshalve toepassing van gemeenschapsrecht', *JutD 2008, nr. 1* (p. 12-14)). Het HvJ geeft in dat soort zaken aan dat de rechten die particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlenen via het nationale procesrecht moeten worden geëffectueerd - bij gebrek aan Europees recht dat (specifieke) procesrechtregels voorschrijft naast de (geharmoniseerde) materiële normen. In beginsel respecteert het gemeenschapsrecht het nationale procesrecht, ook al is de effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht daarmee niet in alle gevallen gegarandeerd; de zogenaamde procedurele autonomie. Die nationale procesregels mogen echter (i) niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en (ii) de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).

Die toets aan de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid voert het HvJ in de zaak *Heemskerk* vreemd genoeg niet uit. In zijn conclusie doet Advocaat-Generaal Bot dat wel onder verwijzing naar de zaak *Van der Weerd* en concludeert dat die toets niet toereikend genoeg is. Het doel van de in de zaak *Heemskerk* betrokken beladingsnormen die lijken te zijn overschreden, is volgens de A-G tweeledig 'namelijk enerzijds [de] bescherming van de gezondheid en het leven van dieren en anderzijds bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap.' Daarom zijn de beladingsnormen van algemeen (en dus blijikbaar van hoger) belang. De A-G

maakt vervolgens een analyse op grond van het effectiviteitsbeginsel, op basis waarvan 'een voorschrift van nationaal recht geen afbreuk mag doen aan de toepassing en de werking van het gemeenschapsrecht.' Het effectiviteitsbeginsel is aan het doeltreffendheidsbeginsel verwant, maar geeft een verdergaande, bijna absolute, verplichting aan de nationale rechter om in zijn rol van 'gewone gemeenschapsrechter' de werking van het gemeenschapsrecht ten volle te beschermen. De nationale regeling die de effectiviteit van het gemeenschapsrecht belemmert, i.c. art. 8:69 Awb, dient in dat geval opzij te worden geschoven/buiten toepassing te worden gelaten door de nationale rechter. Het HvJ gaat echter niet zover.

Verbazingwekkend genoeg verwijzen HvJ, Advocaat-Generaal Bot, noch CBb naar oude rechtspraak over de verhouding tussen de terugvordering van uitvoerrestituties en nationaal procesrecht. In die eerdere rechtspraak heeft het HvJ namelijk wel degelijk getoetst aan de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. In zijn arrest van 5 maart 1980 in zaak 265/78, *H. Ferwerda BV t. Produktschap voor Vee en Vlees* (Jurispr. blz. 617), beantwoordt het HvJ eveneens naar aanleiding van vragen van CBb bijvoorbeeld de vraag of het nationale rechtszekerheidsbeginsel in de weg staat aan de terugvordering door (eveneens) het Produktschap voor Vee en Vlees van onverschuldigd betaalde uitvoerrestituties. Het HvJ komt tot de conclusie dat de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid niet in de weg staan van de toepassing van het nationale beginsel van rechtszekerheid. Het HvJ had in de zaak *Heemskerk* na een vergelijkbare analyse tot dezelfde conclusie kunnen komen en doet dat nu slechts impliciet.

Advocaat-Generaal Bot lijkt met twee maten te meten, waarbij *verplichtingen* voor particulieren ontleend aan het gemeenschapsrecht strenger dienen te worden gehandhaafd door de nationale rechter dan *rechten* die zij aan het gemeenschapsrecht ontleenen. Het HvJ doet dat niet en acht het nationale verbod op *reformatio in peius* niet in strijd met gemeenschapsrecht; op basis van eerdere jurisprudentie moeten we dan concluderen dat blijkbaar voldaan is aan de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

TELECOMMUNICATIERECHT

Mr. P. Wit, Kennedy Van der Laan, Amsterdam

De 'bestuurlijke lus' in de markt-analyseprocedures 08-142

Gastauteur: mr. J.S. Haakmeester, Kennedy Van der Laan, Amsterdam

Inleiding

In de uitspraak van 23 juli 2008 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven, hierna: 'het College' de bestuurlijke lus toegepast in een geschil tussen OPTA en UPC en een aantal mobiele operators.¹ Het College hoopt met deze handelswijze tot een snellere en efficiëntere afwikkeling van het geschil te komen, zo blijkt uit een toelichting op deze uitspraak op rechtspraak.nl.

Achtergrond

De uitspraak kent een lange voorgeschiedenis, reden waarom deze hieronder kort wordt toegelicht.

Onderwerp van het geschil is een besluit van OPTA van 14 november 2005 waarin tarieven voor mobiele gespreksafgifte zijn vastgesteld. Tegen deze vaststelling heeft een aantal mobiele telefonie-aanbieders beroep ingesteld bij het College. Het College heeft bij uitspraak van 29 augustus 2006 het besluit vernietigd en OPTA opgedragen met inachtneming van deze uitspraak nieuwe besluiten inzake de markt voor gespreksafgifte op afzonderlijke mobiele netwerken te nemen.²

Vervolgens heeft OPTA op 30 juli 2007 een nieuw besluit genomen en tarieven vastgesteld voor de afzonderlijke mobiele telefoonnetwerken van KPN, Orange, Tele2, T-Mobiel en Vodafone. De OPTA heeft bij het vaststellen van de tarieven rekening gehouden met het tarief dat door de aanbieders van mobiele telefonie met toestemming van de NMa en de OPTA is overeengekomen. Tegen deze besluiten hebben UPC, een aanbieder van vaste telefonie, maar ook de aanbieders van mobiele telefonie beroep ingesteld bij het College. De beroepen van de mobiele aanbieders zijn voorwaardelijk ingediend. Uit een verklaring van de mobiele aanbieders blijkt dat de