

zeggingen over haar toekomstig marktgedrag van de hand gewezen. De Commissie was 'principiële' (r.o. 88) tegen dergelijke toezeggingen omdat ze niet leiden tot structuurveranderingen en lastig te controleren te zijn. De vraag is of de zienswijze van de Commissie gewenst is. Naar mijn mening zijn juist gedragstoezeggingen van belang in een onderzoek naar de waarschijnlijkheid van hefboomgedragingen. Het Hof bepaalde dan ook dat de Commissie wel rekening had moeten houden met de gedragstoezeggingen van Tetra. Aangezien de Commissie dit had nagelaten, heeft het Gerecht terecht de beschikking van de Commissie vernietigd (r.o. 89).

14. De uitspraak van het Hof bevestigt in belangrijke mate de fundamentele rol van het Gerecht bij de controle van fusiebeschikkingen van de Commissie. Uiterst kritisch mag het Gerecht de werkwijze en motivering van de Commissie controleren. Daarnaast maakt de uitspraak duidelijk dat de hefboomtheorie niet al te lichtvaardig kan worden toegepast onder fusiecontrole. Dit standpunt kan toegejuicht worden. Het Hof maakt ook duidelijk dat de Commissie verplicht is zowel structurele verbintenissen als gedragsverbintenissen in beschouwing te nemen bij haar beoordeling van een fusie. Een kwalijke tekortkoming van de uitspraak is echter de onduidelijkheid met betrekking tot de reikwijdte van het onderzoek naar de waarschijnlijkheid van onwettige hefboomgedragingen. De zaak *GE/Honeywell* is momenteel aanhangig bij het Gerecht. De uitspraak over die conglomeratfusie zal zeker beïnvloed worden door de onderhavige uitspraak. Hopelijk geeft het Gerecht iets meer duidelijkheid over de reikwijdte van het waarschijnlijkheidsonderzoek naar hefboomgedragingen. Een van de hete hangijzers is de vraag hoe waarschijnlijk moeten de voorspelde gedragingen zijn. In *Tetra/Sidel* heeft het Gerecht zelf reeds een voorzet gegeven over de gewenste waarschijnlijkheid: 'naar alle waarschijnlijkheid',¹⁸ 'bijzonder aannemelijk',¹⁹ 'de ter rechtvaardiging van een concentratieverbod vereiste zekerheid'.²⁰ Uiteindelijk heeft het Gerecht die begrippen in die zaak niet verder uitgewerkt of toegepast. De zaak *GE/Honeywell* is een nieuwe kans voor het Gerecht om dit te doen.

J. Langer

Voetnoten

- 1 Zaak T-51/89, *Tetra Pak/Commissie* (1990) *Jur.* p. II-309; zaak C-333/94P, *Tetra Pak/Commissie* (1996) *Jur.* p. I-5951.
- 2 Zaak COMP/M.2416, *Tetra Lava/Sidel* (2004) *PbEG* L 34/13.

- 3 Zaak T-5/02, *Tetra Laval BV t. Commissie* (2002) *Jur.* p. II-4381.
- 4 Zaak COMP/M.2621, *SEB/Moulinex* (2002) *PbEG* C 49/18 en zaak COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell* (2001) *PbEG* L 48/1.
- 5 Zie Burnley, 'Who's Afraid of Conglomerate Mergers? A Comparison of the US and EC Approaches?', *W. Comp.* 43 (2005), p. 44, 58-59.
- 6 Voor details, zie Völcker, 'Leveraging as a Theory of Competitive Harm in EU Merger Control', *CML Rev.* 581 (2003).
- 7 Zie Langer, 'De Microsoft-zaak en de 'Leverage'-Theorie', *AM* 169 (2004).
- 8 Zaak COMP/37-792, *Microsoft*, 23 maart 2004.
- 9 Andere voorbeelden: zaak COMP/M.3697, *Symantec/Veritas*, 16 maart 2005 (hefboom onderzocht, niet toegepast) en zaak COMP/M.2803, *Telia/Sonera* (2002) *PbEG* C 201/19 (hefboom toegepast).
- 10 Zie onder meer zaak T-342/99, *Airtours plc t. Commissie* (2002) *Jur.* p. II-2585 en zaak T-310/01, *Schneider Electric SA t. Commissie* (2002) *Jur.* p. II-4071.
- 11 Zie Van Daalen, 'De Rechterlijke Toetsing van Concentratiebesluiten: de zaak Tetra Laval', *AM* 56 (2005) en Hetteema, 'Tetra/Sidel', *NTER* 55 (2003).
- 12 Zie Pieters, 'Groen Licht voor Tetra/Sidel', *NTER* 128 (2005).
- 13 Voor een interessante bespreking, zie Kalbfleisch, 'Intensiteit Rechterlijke Toetsing van Besluiten van Marktautoriteiten', speech, 1 juli 2005, www.nmanet.nl/nederlands/home/actueel/publicaties/lezingen_en_speeches/intensiteit_rechterlijke_toetsing.asp.
- 14 Voor de Nederlandse rechtspraak, zie Ottow, 'De Bewijspositie van OPTA en de Rechterlijke Toetsing van Besluiten inzake Aanmerkelijke Marktmacht', *Mediaforum* 221 (2005) en Lavrijssen, 'De Rol van de Nederlandse Administratieve Rechter bij het Toezicht op de Mededinging', *SEW* 2004, 03, p. 18.
- 15 Zaken C-68/94 & C-30/95, *Franse Republiek t. Commissie* (1998) *Jur.* p. I-1375, r.o. 246.
- 16 Zie ook Bailey, 'Standard of proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective', *CML Rev.* 845 (2003). Volgens de President van het Gerecht is de lat niet hoger gelegd: Vesterdorf, 'Standard of Proof in Merger Cases: Reflections in the Light of Recent Case Law of the Community Courts', *ECJ* 3 (2005).
- 17 Zaak T-5/02, *Tetra Laval BV t. Commissie* (2002) *Jur.* p. II-4381, r.o. 162.
- 18 Zaak T-5/02, *Tetra Laval BV t. Commissie* (2002) *Jur.* p. II-4381, r.o. 148 en 153.
- 19 Zaak T-5/02, *Tetra Laval BV t. Commissie*, r.o. 162.
- 20 Zaak T-5/02, *Tetra Laval BV t. Commissie*, r.o. 324.

NEDERLANDSE RECHTERS

99 Hoge Raad, Co4/245 HR, LJN: AR7930 Ontvanger van de Belastingdienst Amsterdam t. verweerder

EG-Betekendingsverordening – Begrip 'burgerlijke en handelszaken' – Prejudiciële procedure – Acte clair

Arrest van 8 april 2005, *NJ* 2005, 347, m.nt. PV).

1. De zaak

Centraal in deze uitspraak van de Hoge Raad van 8 april 2005 staat de uitleg van het begrip 'burgerlijke en handelszaken' in de zin van art. 1 lid 1 van de zogenoemde Betekendingsverordening (1348/2000/EG).¹ Dit artikel luidt als volgt: 'Deze verordening is van toepassing in burgerlijke en in handelszaken, waarin een gerechtelijk of buitengerechtelijk stuk van een lidstaat naar een andere lidstaat moet worden verzonden ter betekening of kennisgeving aldaar.'

De vraag naar de uitleg van dit begrip rees in het kader van een procedure tot navordering van omzetbelasting door de Ontvanger van de Belastingdienst Amsterdam, gericht tot een in het Verenigd Koninkrijk wonende belastingplichtige (de verweerder, een frauduleuze bestuurder van een vennootschap). Deze verweerder, die een bekende woon- of verblijfplaats in Engeland heeft, is zowel in eerste instantie, als in hoger beroep, en in cassatie niet verschenen.

Indien de Ontvanger enkel op basis van de Invorderingswet 1990 (IW 1990) had nagenvorderd, dan was vrij duidelijk geweest dat het om een 'zuivere' belastingzaak ging, die niet onder het bereik van de Betekendingsverordening zou zijn gevallen, zodat ook de materiële regels van deze verordening niet van toepassing zouden zijn geweest. De situatie was echter gecompliceerder omdat de Ontvanger, voor het eerst in cassatie, als *subsidaire* vordering een vordering uit onrechtmatige daad (art. 6:612 BW) toevoegde. Een dergelijke vordering valt wel onder de Betekendingsverordening omdat deze – volgens een toelichtend verslag – ook op 'civiele vorderingen in dergelijke (belasting)zaken' van toepassing is.

2. Excerpt uitspraak Hoge Raad

'2. Beoordeling van het verzoek tot verstekverleening

2.1. Nu (verweerder) een bekend adres in het Verenigd Koninkrijk heeft, waar de EG-Betekenningsverordening van toepassing is, diende, indien de zaak onder het materiële toepassingsgebied van die verordening valt, de betekening van de cassatiedagvaarding te geschieden met inachtneming van de voorschriften van die verordening, hetgeen niet is geschied. Derhalve moet worden onderzocht of de onderhavige zaak valt onder de omschrijving 'in burgerlijke en in handelszaken' waarmee in art. 1 lid 1 van de EG-Betekenningsverordening de materiële werkingsfeer van de verordening wordt bepaald.

2.2. De tekst en de considerans van de EG-Betekenningsverordening bieden geen aanknopingspunt voor de beantwoording van de vraag hoe het begrip 'in burgerlijke of in handelszaken' moet worden uitgelegd. De verordening kent niet een gepubliceerd toelichtend rapport, terwijl ook de wordingsgeschiedenis van de verordening bij gebreke van voor publieke inzage bestemde stukken geen steun kan bieden bij de uitleg van voormeld art. 1. Wel blijkt uit overweging 5 en de daarbij behorende voetnoot 4 van de considerans van de verordening dat daarin de inhoud van het niet in werking getreden EU-Betekenningsverdrag (Verdrag van 26 mei 1997, *PbEG* C 261, p. 1) grotendeels is overgenomen en dat de Raad op de dag van de opstelling van dat verdrag heeft kennis genomen van het Toelichtend Verslag over het verdrag (op blz. 26 van dat Publicatieblad).

Nu de omschrijving van de werkingsfeer van de verordening en die van dat verdrag vrijwel letterlijk overeenstemmen, kan voor de uitleg van de verordening worden geput uit dat Toelichtend Verslag, dat ten aanzien van het begrip 'burgerlijke en handelszaken' onder meer het volgende inhoudt:

'Tot slot geeft het verdrag, evenals de vele andere overeenkomsten waarin deze termen worden gebruikt, geen definitie van het begrip burgerlijke of handelszaken en verwijst het ook niet naar de definitie die in de verzendende of de aangezochte lidstaat geldt. Wat dat betreft, kan tussen de verschillende overeenkomsten in het kader van de Europese Unie enige samenhang worden bereikt door terug te vallen op de door het Hof van Justitie gegeven uitlegging van het begrip burgerlijke en handelszaken, hierin bestaande dat moet worden uitgegaan van een autonome definitie, aan de hand van de doelstellingen en de opzet van het verdrag

en de algemene beginselen die de nationale rechtssystemen gemeen hebben. Niettemin is het begrip burgerlijke en handelszaken ruimer dan het materiële toepassingsgebied van het Verdrag van Brussel van 1968.

Strafzaken en belastingzaken vallen in de eerste plaats buiten het begrip, civiele vorderingen in dergelijke zaken echter niet. Een soepele interpretatie van deze termen lijkt evenwel op zijn plaats om de rechten van de betrokken partijen en vooral de rechten van de verdediging te beschermen.'

Bij de beoordeling van deze toelichting moet in aanmerking worden genomen dat in art. 1 lid 1, tweede volzin, van het genoemde EEX-verdrag (evenals in art. 1 van de Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken) 'fiscale zaken' uitdrukkelijk van het toepassingsgebied zijn uitgesloten, terwijl bij de EG-Betekenningsverordening van een uitdrukkelijke uitsluiting geen sprake is. De zojuist aangehaalde passage biedt steun aan de veronderstelling dat een uitsluiting van 'belastingzaken' van de werking van de EG-Betekenningsverordening wel is bedoeld, maar weer niet van 'civiele vorderingen in dergelijke zaken', terwijl een 'soepele interpretatie van deze termen' wordt voorgestaan. Nu bedoeld is het toepassingsgebied ruimer te definiëren dan dat van het EEX-verdrag en de vermelde soepele interpretatie in verband wordt gebracht met het beschermen van vooral de rechten van de verdediging, kan worden aangenomen dat die soepele interpretatie gericht dient te zijn op een ruime toepasselijkheid van (thans) de EG-Betekenningsverordening.

2.3. Geen twijfel kan erover bestaan dat een vordering op de grondslag van onrechtmatige daad als bedoeld in art. 6:162 BW, zoals in dit geding door de Ontvanger subsidiair ingesteld, een burgerlijke of handelszaak betreft in de zin van de verschillende communautaire regelingen. De overheid handelt bij het instellen van een dergelijke vordering immers niet krachtens overheidsbevoegdheid, maar krachtens een bevoegdheid die iedere burger aan het civiele recht kan ontnemen.

2.4. Nu de zaak ten aanzien van de subsidiaire grondslag derhalve onder het toepassingsgebied van de EG-Betekenningsverordening valt en de dagvaarding niet met inachtneming van die verordening aan (verweerder) is betekend, moet het gevraagde verstek worden geweigerd, tenzij anders zou moeten worden geoordeeld in verband met de omstandigheid dat de Ontvanger zijn vordering primair

baseert op art. 36 lid 3 Iw 1990. Dat is evenwel niet het geval.

2.5. Tegen de achtergrond van het in 2.2 overwogene is redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar dat de eiser in een burgerlijke of handelszaak die zaak niet in haar geheel buiten het toepassingsgebied van de EG-Betekenningsverordening kan brengen door in de dagvaarding mede (in cumulatieve, alternatieve of subsidiaire zin) een buiten het toepassingsgebied van de verordening vallende (grondslag van de) vordering op te nemen, omdat daarmee de waarborgen die de verordening beoogt te bieden op het punt van de betekening van de dagvaarding op eenvoudige wijze zouden kunnen worden omzeild. Op zichzelf is wel denkbaar dat de verordening zou toelaten dat een zaak, zoals deze bij een dagvaarding aanhangig is gemaakt, met het oog op de toepassing van de verordening wordt gesplitst in een deel dat wél onder het toepassingsgebied valt en een deel dat niet daaronder valt; indien de betekenningsvoorschriften van de verordening niet zouden zijn nageleefd, zou alleen ten aanzien van het onder het toepassingsgebied van de verordening vallende deel van de zaak het verstek moeten worden geweigerd. Indien een dergelijk geval zich voordoet, zullen dienaangaande prejudiciële vragen moeten worden gesteld aan het HvJEG.

2.6. In deze zaak bestaat echter geen grond voor het stellen van prejudiciële vragen. Ook als de verordening het maken van een splitsing als hiervoor bedoeld op zich zelf zou toelaten, zou – naar redelijkerwijs niet valt te betwijfelen – voor een dergelijke splitsing in het onderhavige geval geen plaats zijn. De Ontvanger ontleent de primaire grondslag van zijn vordering aan de specifieke aansprakelijkheidsbepalingen van de eerste afdeling van hoofdstuk VI van de Iw 1990, maar doet de subsidiaire grondslag van onrechtmatige daad steunen op dezelfde feiten als die waarop de primaire vordering is gebaseerd. De beschikking waarin (verweerder) aansprakelijk is gesteld, houdt immers in dat 'bovengenoemde feiten en omstandigheden, jegens de ontvanger als schuldeiser, de conclusie wettigen dat sprake is van onrechtmatig handelen zoals bedoeld in artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek. Voormelde onrechtmatige handelwijze dient aan u als formele bestuurder van belastingschuldige te worden toegerekend.' Bij een dergelijke stellingname is het splitsen van de zaak dermate gekunsteld dat de beslissing de betekening van de dagvaarding toch, voor een mogelijk niet onder het toepassingsgebied vallend deel van (de grondslag van) de vordering, als geldig te beschouwen, daarop niet kan worden ge-

baseerd. Daarbij is nog in aanmerking te nemen dat de Nederlandse rechter niet is gebonden aan de door de eiser aangegeven volgorde van de grondslagen, en de vrijheid heeft de primaire grondslag buiten behandeling te laten indien de vordering op de subsidiaire grondslag toewijsbaar is.

2.7. Het gevraagde verstek moet derhalve worden geweigerd.

3. *Beslissing*

De Hoge Raad weigert het gevraagde verstek en verstaat dat de instantie is geëindigd.’

3. **Annotatie**

1. *De betekenisverordening.* Verordening 1348/2000/EG beheerst sinds 31 mei 2001 de betekening van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken binnen de EU, zij het met uitzondering van Denemarken.² De Betekenisverordening is gebaseerd op art. 65 EG. Het doel van deze verordening is de verbetering en versnelling van de verzending van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en handelszaken tussen de lidstaten met inachtneming van de belangen van de verzender en de geadresseerde.

De verordening kent behalve de betekening via verzendende en ontvangende instanties, alternatieve methoden van betekening, waarvan de belangrijkste de rechtstreekse postverzending is.³ Nederland heeft als verzendende en ontvangende instanties de deurwaarders aangewezen. De belangen van geadresseerde worden onder meer gewaarborgd door een specifieke taalregeling, de regeling dat de betekening plaatsvindt in de lidstaat van de geadresseerde en de bijzondere waarborgen die de niet-verschenen verweerder aan de verordening kan ontleen.⁴

2. *Het begrip ‘burgerlijke en handelszaken’.* Nu de Betekenisverordening zowel temporeel als formeel van toepassing is – de verweerder heeft een bekende woonplaats binnen de EU – is de kernvraag of de vordering binnen het begrip ‘burgerlijke en handelszaken’ valt, omdat deze is ingesteld door een overheidsorgaan en mede haar grondslag vindt in een fiscale rechtsverhouding. Het materiële toepassingsgebied van de Betekenisverordening heeft betrekking op burgerlijke en handelszaken. De verordening geeft echter niet aan wat dient te worden verstaan onder ‘burgerlijke en in handelszaken’, als bedoeld in art. 1 lid 1. Ook de considerans geeft geen uitleg van dit begrip.

Algemeen wordt echter aangenomen – en ook de Hoge Raad doet dit (zie ov. 2.2 van de uitspraak) – dat wel aanknopingspunten ge-

vonden kunnen worden bij het Toelichtend Verslag bij het Europees Betekenisverdrag.⁵ Door de totstandkoming van het Verdrag van Amsterdam is dit verdrag nooit in werking getreden, maar is inhoudelijk grotendeels overgenomen in de EG-Betekenisverordening (considerans nr. 5). Het EU-Betekenisverdrag geeft echter, aldus de genoemde Toelichting, ‘evenals de vele andere overeenkomsten waarin deze termen worden gebruikt, geen definitie van het begrip burgerlijke en handelszaken en verwijst ook niet naar de definitie die in de verzendende of de aangezochte lidstaat geldt’. Het betekent dat het begrip ‘burgerlijke en handelszaken’ autonoom dient te worden uitgelegd. Het Toelichtend Verslag verwijst, wat betreft art. 1, naar het HvJ EG: de uitleg dient te geschieden ‘aan de hand van de doelstellingen en de opzet van het verdrag en de algemene beginselen die de nationale rechtsstelsels gemeen hebben. Niettemin is het begrip burgerlijke en handelszaken ruimer dan het materiële toepassingsgebied van het Verdrag van Brussel van 1968 (of EEX-Verdrag). Strafzaken en belastingzaken vallen in de eerste plaats buiten het begrip, civiele vorderingen in dergelijke zaken echter niet. Een soepele interpretatie van deze termen lijkt evenwel op zijn plaats om de rechten van de betrokken partijen en vooral de rechten van de verdediging te beschermen’.

Het Toelichtend Verslag laat zien dat het begrip burgerlijke en handelszaken in het Europees Betekenisverdrag, en dus ook in de Betekenisverordening, minder beperkt moet worden opgevat dan het materiële toepassingsgebied van het EEX-Verdrag, en eveneens diens opvolger, de Brussel I-Verordening (of: EEX-Verordening) Deze overweging heeft waarschijnlijk betrekking op de vier onderwerpen die in het EEX-Verdrag zijn uitgezonderd, te weten (1) de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, inclusief het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen, (2) faillissement, (3) sociale zekerheid en (4) arbitrage.⁶ Deze vier onderwerpen zijn in de Betekenisverordening niet uitgesloten. Bovendien sluit art. 1 lid 1 EEX-Verdrag (en dezelfde bepaling van de Brussel I-Verordening) met name ‘fiscale zaken, douanezaken of administratief-rechtelijke zaken’ uit van zijn werkingssfeer, terwijl het Europees Betekenisverdrag en de Betekenisverordening deze zaken in art. 1 niet uitdrukkelijk uitsluiten. Het Toelichtend Verslag bij het Europees Betekenisverdrag stelt echter buiten twiifel dat strafzaken en belastingzaken (of fiscale zaken) buiten het begrip burgerlijke en handelszaken vallen, maar civiele vorderingen in dergelijke zaken weer niet.

Het is ons inziens waarschijnlijk dat het HvJ EG deze uitleg van burgerlijke en handelszaken uit het Toelichtend Verslag zal volgen bij de uitleg van art. 1 Betekenisverordening. Ook A-G Stix-Hackl in de eerdergenoemde Leffler-zaak verwijst naar dit Toelichtend Verslag bij het Europees Betekenisverdrag. De Commissie neemt in deze zaak het standpunt in dat de verordening ‘in het licht van’ het EU-Betekenisverdrag moet worden uitgelegd. Enige voorzichtigheid is niettemin geboden, omdat het HvJ EG soms sterk naar de tekst van de betrokken EG-wetsbepaling kijkt, en weinig waarde hecht aan uitspraken in notulen, toelichtingen, verslagen, etc. die verder niet zijn terug te vinden in de ‘harde’ tekst van het EG-besluit. In de woorden van het Hof: ‘Bovendien is het vaste rechtspraak, dat de verklaringen die zijn opgenomen in notulen van de Raad tijdens de voorbereidende werkzaamheden betreffende een richtlijn, niet bij de uitlegging van die richtlijnen kunnen worden gebruikt, wanneer de inhoud ervan niet in de tekst van de betrokken bepaling is terug te vinden en zij dus geen rechtskracht hebben.’⁷ Het Hof zou nog steeds heel wel tot de conclusie kunnen komen dat strafzaken en belastingzaken buiten het begrip burgerlijke en handelszaken in de zin van art. 1 Betekenisverordening vallen, en civiele vorderingen in dergelijke zaken weer niet, maar dan enkel op basis van een interpretatie van de tekst van dit art. 1, hooguit gelezen tegen de achtergrond van, in het licht van, het veel concretere Toelichtend Verslag.

Voor de betekenis van het begrip ‘burgerlijke en handelszaken’ dient naar onze mening ook aanknoping gezocht te worden bij de uitleg van het begrip door het HvJ EG in andere rechtsmaatregelen, in het bijzonder het EEX-Verdrag. De rechtspraak van het Hof van Justitie behoudt zijn betekenis omdat art. 1 lid 1 EEX-Verdrag inhoudelijk identiek is aan art. 1 lid 1 Brussel I-Vo. De uitleg van het begrip ‘burgerlijke en handelszaken’ stond voor het eerst centraal in het arrest *Eurocontrol* uit 1976.⁸ Overwogen werd dat de term ‘burgerlijke en handelszaak’ een *autonoom* begrip dekt. Deze beslissing hield onder meer in dat het EEX-Verdrag niet van toepassing is in een geschil tussen een particulier en een overheidsinstantie, die krachtens overheidsbevoegdheid heeft gehandeld.⁹ In het arrest *Gemeente Steenberg/Baten* maakte het Hof een nadere precisering: een vordering tot verhaal van sociale bijstand valt onder het begrip burgerlijke en handelszaak voorzover de grondslag en de wijze van instellen van deze vordering worden beheerst door de regels van het gemene recht op het gebied van de onderhoudsplicht. Wanneer de verhaalsvordering daarentegen gebaseerd is op

bepalingen waarmee de wetgever het overheidsorgaan een eigen recht heeft verleend, kan niet worden aangenomen dat deze vordering onder het begrip burgerlijke zaak valt.¹⁰

3. *Toepassing op de casus.* Uit deze rechtspraak van het HvJ EG volgt dat een geschil tussen een overheidsinstantie en een particulier alleen dan onder het EEX-Verdrag of de Brussel I-Verordening valt, en hoogstwaarschijnlijk ook onder de Betekeningsverordening, indien de overheid *niet krachtens overheidsbevoegdheid* handelt. Of de overheid met overheidsbevoegdheid dan wel privaatrechtelijk handelt, moet naar *nationaal* recht worden beoordeeld. Uit het arrest gemeente Steenberg/Baten volgt verder dat de *grondslag* van de vordering bepalend is voor de vraag of er sprake is van een civielrechtelijke zaak. Beslissend is of de *oorzaak* van een vordering hetzelfde is; niet bepalend is de wijze waarop de vordering wordt ingesteld.¹¹ In de uitspraak van de Hoge Raad van 8 april 2005 heeft de Ontvanger van de Belastingdienst Amsterdam een vordering bij de rechtbank, en vervolgens het gerechtshof, ingesteld die zijn grondslag vindt in, enkel, de Invorderingswet 1990. In cassatie wordt de grondslag gewijzigd, in die zin dat primair op grond van de toepasselijke bepalingen van de Invorderingswet 1990 (art. 36 en art. 32 lid 2) en subsidiair op grond van onrechtmatige daad wordt gevorderd. De centrale vraag is daarom of de eiser, door de grondslag van zijn vordering te wijzigen, een zuiver bestuursrechtelijke vordering die buiten de werkingsfeer van de Betekeningsverordening valt, daarbinnen kan brengen door een subsidiaire vordering uit onrechtmatige daad toe te voegen.

Inzicht hierin geeft de Invorderingswet 1990. Art. 3 belast de ontvanger met de invordering van de rijksbelastingen waarbij de ontvanger, behalve de specifieke bevoegdheden van de Invorderingswet, ook over de bevoegdheden beschikt die een schuldeiser op grond van enige andere wettelijke bepaling heeft. Kenmerkend voor het 'open systeem' van de Invorderingswet 1990, in tegenstelling tot het gesloten systeem van de wet van 1845, is dat de bevoegdheden naast elkaar kunnen worden aangewend. Het is dus niet zo dat de bijzondere bevoegdheden prevaleren boven de algemene bevoegdheden, dan wel dat de bijzondere bevoegdheden de algemene bevoegdheden zouden uitsluiten. Ook is het mogelijk dat de ontvanger de belastingschuld eerst op civiele wijze, bij dagvaarding, tracht te innen en vervolgens overgaat tot dwanginvordering op grond van hoofdstuk III van de Invorderingswet. Een dergelijke handelwijze is volgens de wetgever op zichzelf niet

in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹²

Bovenstaande bespreking laat zien dat er naar onze mening zeker vragen gesteld kunnen worden bij het civiele karakter van de grondslag van de vordering, en dus bij de uitspraak van de Hoge Raad, ook als deze mede op onrechtmatige daad gebaseerd kan worden. Veeleer wijst het open systeem van art. 3 Invorderingswet erop dat in casu de Ontvanger krachtens overheidsbevoegdheid gehandeld heeft. Het zou ook in strijd zijn met de rechtszekerheid – een van de doelstellingen van het EEX-Verdrag en de Betekeningsverordening – wanneer de toepasselijkheid ervan zou afhangen van de wijze waarop de vordering wordt ingesteld. In een Europese Unie met 25 lidstaten draagt een dergelijk uitgangspunt niet bij aan de rechtszekerheid.¹³

4. *Prejudiciële samenwerking.* De Hoge Raad meent evenwel dat het, vanwege de subsidiaire vordering uit onrechtmatige daad, 'redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar' is, dat de betekening aan de belastingplichtige in het VK, onder de Betekeningsverordening valt (ov. 2.5). Voor A-G Strikwerda is het antwoord op deze rechtsvraag, evenals voor ons, minder evident: men zou de primaire vordering bepalend kunnen laten zijn, en dan valt de betrokken (belasting)vordering niet onder de Betekeningsverordening;¹⁴ men zou ook ieder van de vorderingen bepalend kunnen laten zijn, en dan valt de navordering – vanwege de subsidiaire vordering uit onrechtmatige daad – wel onder de Betekeningsverordening. Ook kan nog de grondslag, de oorzaak, van de vordering hoofdzakelijk bepalend zijn voor de vraag of sprake is van een burgerlijke zaak, en dan lijkt daarvan in casu geen sprake (zie hierboven, nr. 3).

A-G Strikwerda stelde vanwege deze onduidelijkheden voor, drie prejudiciële vragen aan het HvJ EG te stellen: dient bij de uitlegging van het begrip burgerlijke en handelszaken als bedoeld in art. 1 lid 1 Betekeningsverordening aansluiting gezocht te worden bij de rechtspraak van het HvJ EG met betrekking tot de uitlegging van het begrip burgerlijke en handelszaken als bedoeld in art. 1 lid 1 EEX-Verdrag?; is een rechtsvordering van de Ontvanger, ingesteld op grond van de specifieke aansprakelijkheidsbepalingen van de eerste afdeling van hoofdstuk VI van de IW 1990 (art. 36 en art. 32 lid 2), aan te merken als een burgerlijke of handelszaak in de zin van art. 1 lid 1 Betekeningsverordening?; zo neen, brengt de omstandigheid dat de rechtsvordering van de Ontvanger subsidiair is ingesteld op grond van bepalingen van het gemene recht inzake de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad mee, dat de rechtsvorde-

ring is aan te merken als een burgerlijke of handelszaak in de zin van art. 1 lid 1 Betekeningsverordening?

Om te bezien of in casu een prejudiciële verwijzingsplicht bestond, moet eerst worden opgemerkt dat het ging om vragen over een verordening die ex titel IV van het EG-Verdrag is vastgesteld. Dan is de bijzondere prejudiciële procedure van art. 68 EG-Verdrag van toepassing. Deze laatste procedure is echter sterk vergelijkbaar met die van art. 234 EG, althans voor hoogste rechters, omdat deze, evenals onder art. 234 EG, onder voorwaarden *verplicht* zijn prejudiciële vragen te stellen. A-G Strikwerda stelde dan ook voor prejudiciële vragen te stellen 'op de voet van art. 68 lid 1 jo. art. 234 EG-Verdrag'. Ook de hierna te bepreken drie uitzonderingen op de verwijzingsplicht voor hoogste rechters (uitspraak in kort geding; acte éclairé; acte clair) zijn naar onze mening van toepassing op art. 68 EG. Het verschil tussen beide prejudiciële procedures is veel groter voor 'lagere' rechters; zij zijn in het geheel niet bevoegd vragen te stellen over titel IV, waaronder ook art. 65 EG-verordeningen, zoals de Betekeningsverordening.¹⁵

Voor het ontstaan van een prejudiciële verwijzingsplicht moet er, ten eerste, zowel volgens art. 68 lid 1 EG als art. 234 derde alinea EG sprake zijn van een zaak die aanhangig is bij een rechter tegen wiens beslissing geen hogere voorziening openstaat. Daarvan is in casu sprake. Ten tweede, de vraag van uitleg (of geldigheid) van EG-recht moet zijn 'opgeworpen'. In het Cilfit-arrest stelde het Hof dat zowel partijen alsook de rechter ambtshalve dit kunnen doen, maar de rechter beslist of er verwezen wordt.¹⁶ In casu is duidelijk dat een vraag over de uitleg van het begrip 'burgerlijke en handelszaken' in de Betekeningsverordening is opgeworpen, zoals al blijkt uit het geciteerde HR-arrest. Ten derde, in Cilfit stelde het Hof dat ook hoogste rechters de vrijheid hebben te beoordelen of een prejudiciële beslissing wel *noodzakelijk* is om eindvonnis te kunnen wijzen. Dit is weliswaar vrij logisch, maar art. 234 EG stelt de noodzakelijkheids eis alleen voor lagere rechters, in de tweede alinea.¹⁷ In het latere art. 68 EG – want pas ingevoegd in het EG-Verdrag door het Verdrag van Amsterdam – is de eis van noodzakelijkheid wel in de verdragstekst ingebouwd ('indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis').

In casu is een beslissing van het HvJ EG, ons inziens, noodzakelijk voor de Hoge Raad om einduitspraak te kunnen doen. Is namelijk de primaire vordering bepalend voor de vraag of de gehele vordering onder de Betekeningsverordening valt, dan is deze verordening niet van toepassing (want dan gaat het om een

zuivere belastingzaak); is daarentegen ieder deel van de vordering (primair, subsidiair) beslissend, dan is de Betekeningsverordening wel van toepassing – in ieder geval op grond van de subsidiaire vordering uit onrechtmatige daad. De prejudiciële vragen, zoals voorgesteld door A-G Strikwerda, zijn dus ‘ter zake dienend’, aangezien het antwoord van het HvJ EG invloed kan hebben op de oplossing van het geschil.

5. *Uitzonderingen op de verwijzingsplicht.* Nu aan de drie voorwaarden voor het ontstaan van een prejudiciële verwijzingsplicht is voldaan, moet naar de uitzonderingen op die verwijzingsplicht voor hoogste rechters worden gekeken. Hoewel de tekst van art. 234 derde alinea EG hier met geen woord over reept, heeft het Hof de nodige uitzonderingen in zijn rechtspraak erkend.

Afgezien van uitspraken van hoogste rechters in kort geding,¹⁸ wordt, ten tweede, de verwijzingsplicht een verwijzingsbevoegdheid indien het HvJ EG al eens eerder antwoord op de te stellen prejudiciële vraag heeft gegeven.¹⁹ In casu is er nog geen uitspraak van het HvJ EG over de uitleg van het begrip ‘burgerlijke en handelszaken’ in de zin van de Betekeningsverordening, laat staan vaste rechtspraak daarover. Zoals hierboven besproken, is er echter wel veel rechtspraak over het, naar mag worden aangenomen, identieke begrip in het EEX-Verdrag, maar dit lijkt ons niet voldoende om van een *acte éclairé* te kunnen spreken, vooral omdat de uitzonderingen (in art. 1 EEX-Verdrag en art. 1 Betekeningsverordening) niet parallel lopen (vgl. hierboven, nr. 2).

Ten derde – voor het eerst erkend in het Cilfit-arrest – de zogenoemde *acte clair*-uitzondering: ‘Tenslotte kan de juiste toepassing van het Gemeenschapsrecht zo evident zijn, dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost.’²⁰ Vervolgens echter formuleert het Hof zeer strikte voorwaarden: de hoogste rechter moet checken of *iedere* rechter in de EU, ook het HvJ EG, zijn oplossing ook zo vanzelfsprekend zou hebben gevonden. Als een soort van hulp, bij de vraag of zich een dergelijk geval voordoet van het op eigen verantwoordelijkheid mogen oplossen van het geschil, moet door de hoogste rechter rekening worden gehouden met een aantal kenmerken van het gemeenschapsrecht en de bijzondere moeilijkheden bij de uitlegging ervan: (1) de teksten van gemeenschapsrecht zijn in verscheidene talen (thans twintig) opgesteld die allemaal gelijkelijk authentiek zijn – de uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht vereist dan ook, bij enige twijfel over de juiste uitleg, een vergelijking van de verschillende taal-

versies; (2) het gemeenschapsrecht kent vaak z’n eigen terminologie; zelfs wanneer de taalversies volledig overeenstemmen, kan een EG-term een andere betekenis hebben dat het identieke begrip in het nationale recht. In casu heeft het begrip ‘burgerlijke en handelszaken’ een eigen, EG-autonome betekenis, en kan het daarmee een andere betekenis hebben dan in het nationale recht van lidstaten; (3) het uit te leggen artikel moet in de context van het EG-recht in zijn geheel worden geplaatst. In casu betekent dit met name dat de Betekeningsverordening naar zijn doel (teleologisch) geïnterpreteerd moet worden, en in de context van de andere art. 65-verordeningen over ongeveer dezelfde materie.

6. *Toepassing Cilfit-acte clair-leer.* Houden we dus in de kern de toepassing van de acte clair-theorie door de Hoge Raad over. In de woorden van deze rechter zelf, is de uitleg van het EG-recht ‘redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar’ (ov. 2.5 van de uitspraak). Hoewel wij meer twijfelen dan de Hoge Raad, is de gekozen HR-oplossing ook heel goed verdedigbaar, met name om misbruik te voorkomen. In de (boven reeds geciteerde) woorden van de Hoge Raad: ‘(Het is) redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar dat de eiser in een burgerlijke of handelszaak die zaak niet in haar geheel buiten het toepassingsgebied van de EG-Betekeningsverordening kan brengen door in de dagvaarding mede (in cumulatieve, alternatieve of subsidiaire zin) een buiten het toepassingsgebied van de verordening vallende (grondslag van de) vordering op te nemen, omdat daarmee de waarborgen die de verordening beoogt te bieden op het punt van de betekening van de dagvaarding op eenvoudige wijze zouden kunnen worden omzeild’ (ov. 2.5).

Echter, waar het om gaat is dat, indien men de besproken zeer strenge Cilfit-voorwaarden serieus neemt, het maar zeer de vraag is of de door de Hoge Raad vastgestelde *mate van duidelijkheid* wel voldoende is. Immers, de Hoge Raad moet er volgens de Cilfit-criteria van overtuigd zijn dat iedere andere nationale rechter in de hele EU van (thans) 25 lidstaten en het HvJ EG zelf, ook allemaal zouden zeggen: ‘Volkomen helder dat de primaire vordering niet bepalend kan zijn, dus als de subsidiaire vordering onder de Betekeningsverordening valt, dan valt de gehele vordering eronder.’ Maar zouden al die rechters dat wel zo evident vinden, vooral als de ‘eigen’ advocaat-generaal al zodanig twijfelt dat hij voorstelt prejudiciële vragen te stellen over de kwestie?! Bovendien, de drie eerder besproken punten van aandacht bij de uitleg van EG-recht (verschillende taalversies; eigen terminologie; context meenemen)²¹ zijn zeer lastig

te beoordelen voor de (Nederlandse) rechters in de Hoge Raad, zoals de vraag of alle twintig taalversies van art. 1 lid 1 Betekeningsverordening precies met elkaar overeenstemmen.

Kortom, indien een hoogste nationale rechter de zeer strenge Cilfit-voorwaarden enigszins serieus neemt, dan is het zo goed als onmogelijk om *niet* te verwijzen. Een slimme zet van het HvJ EG in een tijd – de Cilfit-uitspraak komt uit 1982 – waarin zoveel mogelijk verwijzen als goed voor de eenheid van het EG-recht werd gezien.²² Maar ons inziens minder nodig in een tijd waarin het HvJ EG zijn autoriteit veel breder heeft ge- en bevestigd, en waarin het aantal lidstaten (25) veel groter is dan in de tijd van Cilfit (10 lidstaten). Het Hof van Justitie zou er naar onze mening dan ook goed aan doen de Cilfit-acte clair-voorwaarden expliciet te versoepelen, en te komen met een nieuw en in de praktijk goed te hanteren criterium, zoiets als de Hoge Raad in deze zaak van de Betekeningsverordening hanteert: *is de uitleg van het relevante EG-recht redelijkerwijs voor twijfel vatbaar?* Dit criterium staat in grotere mate dan thans aan de nationale hoogste rechter toe, te bepalen *hoe* hij aan zijn voldoende mate van evidentie komt. Daartoe kan hij nog steeds andere taalversies raadplegen, en zich afvragen hoe andere rechters op zijn prejudiciële vraag zouden beslissen – maar de ‘margin of appreciation’ is groter geworden dan onder het huidige, welhaast onwerkbare, Cilfit-regime.

De bepleite versoepeling sluit ook goed aan bij de steeds vaker gehoorde noodzaak van een grotere zelfstandigheid van nationale rechters bij de toepassing van het Europese recht, met als bijkomend voordeel een verlagening van de werklust van het Hof van Justitie.²³ Bovendien lijkt het Hof zelf al minder streng te zijn geworden: in zijn ‘Wenken voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechters’,²⁴ staat te lezen (in punt 12) dat hoogste rechters niet verplicht zijn vragen te stellen indien ‘*de juiste uitlegging van het Gemeenschapsrecht evident is*’ – zonder dat de besproken Cilfit-voorwaarden worden genoemd.

7. *Gevolgen (vermeende) schending verwijzingsplicht.* Indien men meent dat de Hoge Raad in de zaak van de Betekeningsverordening ten onrechte heeft nagelaten prejudiciële vragen te stellen, dan zijn er nog (1) een Francovich/Köbler-actie, dus schadevergoeding eisen van de Nederlandse staat wegens onrechtmatige rechtspraak, in casu bestaande uit verzaking van de plicht tot prejudiciële verwijzing en/of onjuiste uitleg van Europees recht; en (2) de Europese Commissie verzoeken een inbreuk-

procedure tegen Nederland te beginnen vanwege dezelfde redenen.

Van beide mogelijkheden moet men echter beslist niet te veel verwachten. Er gelden strenge voorwaarden bij de eerste optie; met name de tweede Köbler-hobbel van een 'kennelijke schending' van het EG-recht door de nationale hoogste rechter, is nauwelijks te nemen. De Commissie gaat alleen een art. 226-actie beginnen indien, kort gezegd, een hoogste rechter structureel weigert 'aan Europees recht te doen'.²⁵ Bovendien, in casu is het de lidstaat (de Ontvanger Belastingen, Amsterdam) die er belang bij had dat prejudicieel verwezen werd, en niet de in het VK woonachtige omzetbelastingplichtige, die zich gedurende de hele procedure niet in Nederland heeft laten zien.

8. *Tot slot.* Bovenbesproken uitspraak roept zowel procesrechtelijke als Europeesrechtelijke vragen op. De EG-Betekenningsverordening is voor de rechtspraak kwantitatief de belangrijkste rechtsmaatregel. Alleen al om die reden is het belangrijk dat de rechtspraak – in het bijzonder de deurwaarders en de lagere gerechten – de bepalingen van deze verordening correct weten toe te passen. Immers, het verloop van een procedure is afhankelijk van de wijze waarop het procesleidend stuk betekend is. De eiser is er niet bij gebaat dat een procedure door een onjuiste betekening voortijdig wordt beëindigd, maar juist wel dat een correcte betekening tot het gewenste rechtsgevolg leidt.

M. Freudenthal
R.H. van Ooik

Voetnoten

- 1 Verordening 1348/2000/EG van de Raad van 29 mei 2000 inzake de betekening en kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, *PbEG* L 160/37 (hierna de Betekenningsverordening).
- 2 Algemeen hierover: M. Freudenthal, 'Europese verordening inzake de betekening en verzending van stukken', *NiPR* 2001, p. 3-14. Denemarken heeft echter te kennen gegeven zowel aan de Betekenningsverordening als aan de Brussel I-Verordening te willen deelnemen.
- 3 Zie zaak C-473/04, *Plumex*, aanhangig (*PbEU* 2005 C 19) over de vraag of rechtstreeks per post verzenden al dan niet van ondergeschikte aard is aan de formele wijze van betekening via de verzendende en ontvangende instantie.
- 4 Over de taalregeling, zie zaak C-443/03, *Götz Leffler/Berlin Chemie AG* (aanhangig; prejudiciële verwijzing van de Hoge Raad), conclusie A-G Stix-Hackl van 28 juni 2005. Op 7 juli 2005 deed de Commissie een voorstel tot wijziging van de Betekenningsverordening (COM(2005)305 final), met o.m. een wijziging van art. 8, in de zin

zoals aangegeven in de conclusie van A-G Stix-Hackl.

- 5 Verdrag van 26 mei 1997, *PbEG* C 261/26.
- 6 Zie art. 1 lid 2 Verordening 44/2001/EG betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*PbEG* 2001 L 12/1).
- 7 Zie bijv. zaak C-292/89, *Antonissen*, *Jur.* 1991, p. 1-745; zaak C-197/94, *Bautiaa en Société française maritime*, *Jur.* 1996, p. 1-505; zaak C-375/98, *Epson Europe BV*, *Jur.* 1991, p. 1-4243.
- 8 Zaak 29/76, *Eurocontrol*, *Jur.* 1976, p. 1541.
- 9 R.o. 3 en r.o. 5 Eurocontrol-uitspraak.
- 10 HvJ EG 14 november 2002, zaak C-271/00, *Gem. Steenberg/Baten*, *Jur.* 2002, p. 1-10527, r.o. 37 (*NJ* 2003, 598, m.nt. P. Vlas). Zie verder ook zaak C-266/01, *PFA/Staat*, *Jur.* 2003, p. 1-4867; uitspraak HR 18 mei 2001, *NJ* 2005, 64 en 65 (m.nt. P. Vlas); zaak C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation/Henkel*, *Jur.* 2002, p. 1-8111 (*NJ* 2005, 221, m.nt. P. Vlas); en zaak C-265/02, *Frahul SA/Assitalia*, *Jur.* 2004, p. 1-1543 (*NJ* 2005, 66).
- 11 In gelijke zin t.a.v. art. 21 EEX: HvJ EG 6 december 1994, zaak C-406/92, *Tatry*, *Jur.* 1994, p. 1-5439 (*NJ* 1995, 659, m.nt. Th.M. de Boer).
- 12 Zie art. 3 lid 2 Invorderingswet 1990, *Kamerstukken II* 1987/88, 20 588, nr. 3, p. 7.
- 13 Vgl. het genoemde arrest PFA/Staat, in r.o. 42 daarvan verwijst het Hof ook naar het belang van de rechtszekerheid.
- 14 In elk geval zouden rechtbank en hof overwogen moeten hebben dat de Betekenningsverordening niet van toepassing was, en zou verstek tegen de gedaagde verleend hebben kunnen worden.
- 15 Hierover uitgebreid K. Boele-Woelki & R.H. van Ooik, 'The Communitarization of Private International Law', in: P. Sarcevic & P. Volken (red.), *Yearbook of Private International Law*, Kluwer Law International 2002, p. 1, 32-34.
- 16 Zaak 283/81, *Cilfit*, *Jur.* 1982, p. 3415, r.o. 9.
- 17 *Cilfit*, r.o. 10.
- 18 Zie zaak 107/76, *Hoffmann-La Roche*, *Jur.* 1977, p. 957; en gevoegde zaken 35 en 36/82, *Morson & Jhanjan*, *Jur.* 1982, p. 3723.
- 19 *Cilfit*, r.o. 13-15. Zie ook reeds gevoegde zaken 28-30/62, *Da Costa en Schaake*, *Jur.* 1963, p. 67.
- 20 *Cilfit*, r.o. 16. In de aanhangige zaak C-461/03, *Gaston Schul Douane* (*PbEG* 2004 C 7/24) is de vraag aan de orde of de *Cilfit-acte clair*-leer ook opgaat voor *geldigheidsvragen*. Volgens A-G Ruiz-Jarabo Colomer (conclusie van 30 juni 2005) is dit inderdaad het geval: in uitzonderingssituaties zouden nationale hoogste rechters, op eigen gezag, EG-regelgeving ongeldig mogen verklaren.
- 21 Ook wel 'de *Cilfit*-valkuilen' genoemd, zie Prechal & Van Ooik, 'Het institutionele recht van de Europese Unie en de Nederlandse rechter: het *acquis* in een notendop', *SEW* 2003, p. 328-352, p. 341.
- 22 Vgl. de genoemde conclusie van A-G Stix-Hackl in zaak C-461/03, *Gaston Schul*, die met verwijzing naar literatuur echter aangeeft dat over de echte drijfveren van het Hof de meningen verdeeld zijn.
- 23 Daarover bijv. Prechal/Van Ooik/Jans/Mortelmans, 'Europeanisation' of the Law: Consequences for the Dutch Judiciary, rapport Raad voor de Rechtspraak, 2005, Research Memoranda nr. 2, vol. 1, p. 25-29.

24 *PbEU* 2005 C 143/1.

25 Vgl. hierover bijv. Jans/de Lange/Prechal/Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 2002, p. 401-406 (tweede druk).

100 Hoge Raad (HR), nr. Co4/183HR, LJN: AT6370

Staatssteun bij grondtransactie door gemeente met voetbalclub wegens niet-marktconforme prijzen? – Transactie door gemeente niet ex art. 88 lid 3 EG bij Commissie aangemeld – Onderzoek door Commissie ex art. 88 lid 2 EG – Rechtsgevolg van onderzoek Commissie in procedure voor nationale rechter

Arrest van 7 oktober 2005 (mrs. P. Neleman, H.A.M. Aaftink, D.H. Beukenhorst, O. de Savornin Lohman en A.M.J. van Buchem-Spapens); conclusie A-G Keus¹

Inleiding

De Gemeente Alkmaar en de Stichting AZ en AZ Vastgoed B.V. (hierna tezamen: AZ) zijn eind 2001 een samenstel van vier overeenkomsten aangegaan. Deze hebben betrekking op de bouw van een nieuw voetbalstadioncomplex met een winkelcentrum, op de bouw van woningen op de locatie van het huidige stadion van de voetbalclub AZ, en – in samenhang hiermee – op de verkoop en levering van enige percelen grond door de gemeente aan AZ.

De Bedrijvenvereniging Huiswaard/Overstad te Alkmaar (hierna: Overstad) vermoedde dat de grondtransactie voor het stadioncomplex niet tegen marktconforme prijzen is geschied en dat hierdoor concurrentie tussen AZ bij de exploitatie van het winkelcentrum van het stadioncomplex en andere winkelbedrijven zou worden vervalst. In dat geval zou de grondtransactie een vorm van staatssteun in de zin van art. 87 EG zijn, die de gemeente ingevolge art. 88 lid 3 EG vooraf aan de Europese Commissie had moeten melden. De gemeente heeft de grondtransactie echter niet gemeld. Om die reden heeft Overstad, tezamen met enige andere partijen (hierna tezamen: Overstad c.s.) op 25 juni 2002 de Commissie verzocht een onderzoek wegens mogelijk verboden staatssteun naar die grondtransactie in te stellen. De Commissie heeft op dit verzoek bij brief van 10 juli 2002 aan Overstad c.s. positief gereageerd. De daarop door de Commissie aan de Nederlandse regering gestelde vragen heeft de regering beantwoord bij brieven van 14 november 2002, 7 februari 2003 en 13 juni 2003.

Op 30 oktober 2002 hebben Overstad c.s. de Gemeente Alkmaar in kort geding bij de